

internacional, el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que la cesación no es una forma de reparación, aunque ha sido confundida a veces con la *restitutio in integrum*. La cesación y la restitución difieren tanto en su naturaleza como en su función y objeto. La restitución va más lejos que la cesación del comportamiento ilícito y exige la restitución efectiva del objeto en el estado en que estaba antes de que su legítimo dueño hubiese sido desposeído de él, esto es, se trata del restablecimiento del *status quo ante* (*ibid.*, párr. 52)

58 Por eso el Relator Especial ha tenido razón al proponer que la cesación de un acto ilícito internacional sea objeto de una disposición aparte de la relativa a las otras formas de reparación, y particularmente la restitución en especie. El nuevo proyecto de artículo 6 lleva el título de «Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo», pero en vista de que los delitos internacionales y los crímenes internacionales han de ser tratados separadamente, sería preferible el siguiente título: «Cesación de un delito internacional de carácter continuo»

59. El nuevo proyecto de artículo 6 ha sido formulado desde el punto de vista de las obligaciones del Estado autor e independientemente de los derechos que asisten al Estado lesionado. La obligación de poner fin al hecho ilícito tiene así su origen en la norma primaria que ha sido violada y que preexistía a la reivindicación del Estado lesionado. El Sr. Razafindralambo suscribe la formulación: «El Estado está obligado a cesar», y señala que el término francés «tenu» no traduce plenamente los matices del término inglés «remains». Por otra parte, tiene dudas sobre las palabras «acción u omisión», fórmula que hasta ahora había adoptado la Comisión sólo en el caso de un hecho que consiste en una «serie de acciones u omisiones» o un «hecho complejo» constituido por una serie de «acciones u omisiones», por ejemplo las situaciones que se tratan en el artículo 18, párrafos 4 y 5, respectivamente, y en el artículo 25, párrafos 2 y 3, respectivamente, de la primera parte del proyecto

60 Si el objeto es indicar que la cesación se aplica tanto a la violación de una obligación de hacer (omisión) como a la violación de una obligación de no hacer (acción), no basta con hablar de un hecho internacionalmente ilícito de «carácter continuo». Hay que mencionar también el hecho «compuesto» y el «hecho complejo» mencionados respectivamente en los párrafos 2 y 3 del artículo 25 de la primera parte. Ello tendría por efecto alargar considerablemente el texto del proyecto de artículo 6, y tal vez lo mejor sería utilizar la fórmula usada en el título del artículo 25 y hablar de un Estado cuya acción u omisión constituye un hecho internacionalmente ilícito «que se extiende en el tiempo»

61 Además, como la obligación relativa a la cesación cae fuera del alcance de la reparación y de las relaciones jurídicas resultantes, que el Relator Especial —a diferencia de su predecesor— tiene la intención de tratar separadamente, es útil indicar que esa obligación no afecta a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad en la que ya se ha incurrido en virtud del comportamiento ilícito. Sin embargo, la formulación utilizada al efecto en el artículo 6, esto es, «sin perjuicio de la responsabilidad en la que ya ha incurrido», no es enteramente satisfactoria. Debería ser sustituida por la siguiente: «independientemente de la responsabilidad en la que ya se ha incurrido»

62 Es, no obstante, en la cuestión de la reparación en sus diversas formas donde el Relator Especial propone las modificaciones más importantes en comparación con las disposiciones de los proyectos de artículos 6 y 7 presentados por su predecesor. Ha aducido abundante documentación, tanto de las obras de los juristas como de la práctica de los Estados, en apoyo de su conclusión, que se orienta a la primacía de la restitución en especie. Las explicaciones de la definición de la *restitutio in integrum* son aceptables y el planteamiento utilizado combina el elemento de la reparación con el de la compensación. Es congruente con el principio general del derecho que impone al autor de un hecho ilícito la obligación de reparar todas las consecuencias de su comportamiento ilícito restableciendo la situación que habría existido si la violación no hubiese ocurrido; eso justifica la restitución en especie, *stricto sensu*, y, en su caso, una indemnización pecuniaria adicional

Se levanta la sesión a las 13 05 horas.

2103.ª SESIÓN

Miércoles 17 de mayo de 1989, a las 10 horas

Presidente. Sr. Bernhard GRAEFRATH

Miembros presentes. Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov

Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/416 y Add.1¹, A/CN.4/L.431, secc. G)

[Tema 2 del programa]

Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos²

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL
(*continuación*)

ARTÍCULO 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) ³

¹ Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

² La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35 y 37¹, figuran en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), pag. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte —artículos 6 a 16— remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36 y 37, *ibid.* pag. 21, nota 66.

³ Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto («Modo de hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las

ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)³ (continuación)

1. El Sr. RAZAFINDRALAMBO reanuda su intervención, iniciada en la sesión anterior, y señala que el Relator Especial rechaza la propuesta hecha por su predecesor, el Sr. Riphagen, en su proyecto de artículo 7 de la segunda parte para establecer un régimen especial en caso de violación de las normas relativas al trato de los extranjeros. A juicio del presente Relator Especial, todas las medidas adoptadas para poner fin al hecho ilícito de que pueda haber sido víctima un nacional extranjero forman parte de la reparación de un daño sufrido por el propio Estado del que éste es súbdito, y de la restitución en especie. Sin duda hay grados en la extensión del daño, y puede suceder, por ejemplo, que la violación de una norma relativa al régimen de extranjería sea al mismo tiempo un acto cometido con intención de causar un daño al Estado; es en este supuesto que, quizás, se puede hablar de «daño directo». Esto es lo que sucede a menudo en caso de violación de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales de los trabajadores inmigrados procedentes de países del tercer mundo. Pero el hecho es que, en todos los casos, no puede ni debe existir en principio más que una sola modalidad de reparación como consecuencia de un hecho o un comportamiento ilícitos. Así pues, el Relator Especial tiene razón al proponer que la restitución en especie constituya la regla general.

2. En lo que concierne a las excepciones a esa regla, el informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1) contiene interesantes consideraciones sobre los casos de imposibilidad de restitución en especie que el orador no puede por menos de hacer suyas. Al igual que el Relator Especial, estima que ningún obstáculo legal puede dimanar del ordenamiento jurídico interno. Con razón también, a su juicio, el Relator Especial prescinde de la opinión expresada por su predecesor según la cual el Estado autor no estaría sujeto a la obligación de restitución en especie si ésta constituyera una violación de su competencia nacional. El argumento (*ibid.*, párr. 89) parece totalmente convincente a este respecto. No obstante, el Relator Especial propone en el nuevo proyecto de este artículo 7 que se admita como obstáculo a la restitución el carácter excesivo de la carga impuesta al Estado autor, que rompería el justo equilibrio entre los intereses contrapuestos. Esta propuesta constituye una aplicación del principio de la proporcionalidad entre la gravedad de la violación y del daño, por una parte, y la calidad y cuantía de la reparación, por otra; por ejemplo, en el supuesto de que la restitución pudiera comprometer gravemente el sistema político, económico o social del Estado. Esa propuesta, que tiene por objeto la salvaguardia de la estabilidad y la paz internacionales, corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional y, por lo tanto, merece ser aprobada.

3. El Relator Especial propone otra innovación importante, consistente en dar al Estado lesionado la facultad de optar entre la restitución en especie y la reparación pecuniaria, elección que el Estado autor estaría obligado a aceptar, cosa que el Relator Especial justifica señalando que el daño es imputable a la culpa del Estado autor. Se

pregunta el orador si no existe en ese punto contradicción con la idea de basar la restitución en especie en la necesidad de restablecer la situación que hubiera existido de no haberse producido el hecho ilícito. El asunto de la *Fábrica de Chorzow*, citado por el Relator Especial en apoyo de su propuesta (*ibid.*, párr. 110), no es totalmente concluyente, dado que, en ese caso, había dejado de haber identidad entre el estado de la fábrica en el momento de la toma de posesión y su estado en el momento de la demanda de reparación; así pues, puede considerarse como un caso de imposibilidad material de restitución en vez de voluntad real del Estado demandante de renunciar a la restitución.

4. Sea como fuere, la libertad de elección del Estado lesionado puede dar pie a abusos, y la condición a la que el Relator Especial propone que quede sujeta, a saber, que no dé lugar a una ventaja injusta en detrimento del Estado autor, parece difícil de aplicar. ¿No sería preferible establecer que el Estado lesionado y el Estado autor pueden llegar a un acuerdo sobre una indemnización pecuniaria en sustitución de la restitución en especie? Bastaría para ello modificar el comienzo del párrafo 4 del proyecto de artículo 7, sustituyendo «demandar» por «acceptar» y «en forma oportuna» por «en su caso» o «en todos los casos».

5. En su opinión, los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 pueden ser remitidos al Comité de Redacción.

6. El Sr. CALERO RODRIGUES aprueba en general las modificaciones que el Relator Especial propone en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1) al esquema de las partes segunda y tercera del proyecto de artículos. En particular, el Relator Especial tiene razón al proponer que se examinen separadamente las consecuencias de los delitos internacionales y las de los crímenes internacionales; en vez de buscar el más pequeño común denominador entre esas dos categorías, más vale aprobar primero las disposiciones relativas a los delitos y ver después en qué medida se aplican también a los crímenes.

7. Asimismo, él cree que, por lo menos por ahora, es preciso hacer lo que propone el Relator Especial y considerar la tercera parte del proyecto desde el punto de vista de la solución pacífica de las controversias dimanantes de la responsabilidad de los Estados y no desde el punto de vista del modo de «hacer efectiva» esa responsabilidad (*ibid.*, párr. 19), lo que supone retirar de esta tercera parte algunos de los artículos propuestos por el anterior Relator Especial, en especial los artículos 1, 2 y 3, y colocarlos en la segunda parte.

8. Respecto al esquema propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 20), se han presentado dos nuevos artículos para la sección I (Derechos sustanciales del Estado lesionado y obligaciones correspondientes del Estado «autor») del capítulo II (Consecuencias jurídicas de los delitos internacionales) de la segunda parte del proyecto.

9. El texto del artículo 6, sobre la cesación, propuesto por el Relator Especial es más conciso y más satisfactorio que el del apartado a del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial, del que sin embargo no se aparta en cuanto al fondo. Los argumentos expuestos en el informe (*ibid.*, párrs. 39 a 62), que demuestran que la cesación tiene características propias por las que se distingue de la reparación, le han convencido plenamente, y no comparte, sobre este punto, la opinión del Sr. Barboza (2102.ª sesión). La consideración esencial, como dice el Relator Especial, es que la obligación prima-

controversias») fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario 1986*, vol II (segunda parte), págs 37 y 38, nota 86

³ Para el texto, véase 2102.ª sesión, párr 40

ria —aquella cuya violación constituye el hecho ilícito— sigue existiendo, y que la cesación del hecho ilícito es una consecuencia de esa obligación primaria. Por el contrario, opina que el proyecto de artículo 6 no tiene cabida en el capítulo II de la segunda parte, sobre las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales, y que hay que incluirlo más bien en el capítulo I, dedicado a los principios generales. Esta sugerencia se apoya en argumentos teóricos, que son los que el propio Relator Especial da en su informe (A/CN.4/416 y Add.1, especialmente párrs. 31 y 40). Pero el argumento decisivo es de orden práctico. El Relator Especial dice que, en lo que se refiere a la reparación, «el mecanismo jurídico secundario se pone en marcha por una decisión del Estado lesionado. Si éste no exigiera una reparación, podría no surgir la relación jurídica secundaria» (*ibid.*, párr. 55). Cabe deducir que, en tal caso, no se aplicarían las disposiciones del capítulo II, mientras que la obligación de cesación, siempre según el Relator Especial, debe considerarse «no sólo existente, sino realmente vigente, por la simple fuerza de la norma primaria, independientemente de que haya una reclamación o denuncia por parte del Estado lesionado» (*ibid.*). Así pues, la disposición sobre la cesación debe figurar efectivamente en el capítulo I.

10. Pasando a examinar el proyecto de artículo 7, sobre Restitución en especie, opina, como dice el Relator Especial (*ibid.*, párr. 114), que la restitución en especie se destaca entre todas las otras formas de reparación porque permite reparar el daño de manera «natural», «directa» e «integral». Sin embargo, el concepto de restitución en especie no se define de manera uniforme; para algunos, se entiende por tal el restablecimiento de la situación que existía en el momento de haberse cometido el acto ilícito; otros la interpretan como el restablecimiento de la situación que habría existido si el acto ilícito no se hubiera cometido. Prefiere esta segunda interpretación, como parecen hacerlo también el Relator Especial y los miembros de la Comisión que han escrito sobre el tema, en particular el Sr. Reuter y el Sr. Graefrath. Ahora bien, y eso constituye una laguna, el Relator Especial no aclara en el proyecto de artículo 7 cuál de esas dos interpretaciones debe adoptarse. Sea como fuere, el Sr. Calero Rodrigues estima que sería preferible evitar la expresión «restitución en especie», que no es bastante explícita. La fórmula del apartado c del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial, que se refiere a la obligación de restablecer «la situación que existía antes del hecho», aunque preferible, presenta un doble efecto: sirve en el caso de que el hecho ilícito esté constituido por una acción, pero no si consiste en una omisión; y consagra la primera interpretación del término «restitución». Sería mejor decir, por ejemplo, «el restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido el acto ilícito».

11. Al igual que el Relator Especial, opina que la restitución es un modo de reparación que se debe aplicar del modo más amplio y universal que sea posible, y que no cabe prever un régimen especial para las violaciones de las normas sobre el trato de los extranjeros, como hacía el anterior Relator Especial en su proyecto de artículo 7. Los argumentos expuestos en el informe (*ibid.*, párrs. 104 a 108 y 121) son, a este respecto, totalmente convincentes. Ahora bien, la restitución, aunque deba aplicarse a todos los actos ilícitos, no puede por ello aplicarse en todos los supuestos. Cabría decir, simplificando al máximo, que no

se debe aplicar cuando es imposible hacerlo; ésta es la fórmula empleada por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 85). Ello es evidente en los casos en que la naturaleza del hecho y sus efectos nocivos hacen que la restitución sea físicamente imposible; la imposibilidad material entraña en ese caso una imposibilidad jurídica. Mas lo que hay que preguntarse es si puede haber imposibilidad jurídica cuando la restitución es materialmente posible. El Relator Especial reconoce esa imposibilidad en el nuevo proyecto de artículo 7 (párr. 1 b) cuando la restitución sería contraria a una norma imperativa de derecho internacional general, y en particular a la Carta de las Naciones Unidas. No se puede dejar de aprobarlo, aunque parezca poco probable que se dé una situación de esta índole. No se alcanza a ver, en efecto, cómo la restitución podría ser contraria a una norma imperativa, a no ser que la obligación primaria de la que dimana lo fuera también, en cuyo caso carecería de efectos jurídicos y no se plantearía la cuestión.

12. Por el contrario, el Relator Especial se niega a considerar como casos de imposibilidad jurídica el supuesto en que la restitución sería contraria a una obligación del Estado autor para con un tercer Estado y el supuesto en que sería contraria al derecho interno del Estado autor. El orador lo aprueba sin reservas. En cambio, está en contra de la excepción establecida en el apartado c del párrafo 1 y en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, que excluiría la restitución cuando ésta es «excesivamente onerosa» para el Estado autor, «represente una carga desproporcionada» en relación con el daño o «menoscabe gravemente el ordenamiento político, económico o social» del Estado autor. Dado que la restitución en especie es, en cierto modo, la ejecución tardía de una obligación, los argumentos doctrinales citados por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 99 y 100) carecen de fuerza para convencer. En cuanto al principio de la proporcionalidad entre la gravedad del daño y el alcance de la reparación (*ibid.*, párr. 103), sólo puede aplicarse en la relación secundaria entre el Estado lesionado y el Estado autor, pero no se puede hacer depender de él la restitución considerada como la ejecución tardía de la obligación primaria. Si, por otra parte, la restitución parece excesivamente onerosa es sin duda porque la ejecución de la obligación primaria también lo hubiera sido, y que una reparación pecuniaria lo sería igualmente.

13. No hay que olvidar, además, que la Comisión ha aprobado provisionalmente el artículo 33 de la primera parte del proyecto, que permite al Estado autor invocar el estado de necesidad cuando el hecho ilícito constituya para él «el único medio de salvaguardar un interés esencial... contra un peligro grave e inminente» (párr. 1 a). Cabe pensar que el Estado que se encontrase en la situación a que se refiere el apartado b del párrafo 2 del proyecto de artículo 7 estaría autorizado para invocar las disposiciones del artículo 33, lo que tendría por efecto excluir la ilicitud del hecho, sin perjuicio de las cuestiones que pudiera plantear la indemnización de los daños (art. 35 de la primera parte). Así pues, no es partidario de mantener el carácter excesivamente oneroso de la restitución como excepción a la obligación de restituir.

14. Por último, en relación con la cuestión de si hay que dejar o no al Estado lesionado la facultad de optar entre la restitución en especie y la reparación pecuniaria (*ibid.*, párrs. 109 a 113), el orador es partidario de adoptar por el momento la postura del Relator Especial y volver a examinar la cuestión cuando éste presente un proyecto de

artículo sobre la reparación pecuniaria. Por el contrario, no cree que haya que dar al Estado lesionado la posibilidad de exigir que una parte de la reparación se preste en forma de reparación pecuniaria cuando la restitución íntegra en especie sea posible.

15. El Sr. MAHIOU dice que los miembros de la Comisión sólo han salido beneficiados del plazo que ha transcurrido entre la presentación y el examen del excelente informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1).

16. A modo de observaciones de orden general, antes de pasar a los artículos mismos, señala en primer lugar que el planteamiento adoptado por el Relator Especial en relación con las partes segunda y tercera del proyecto se ciñe, salvo en algunos aspectos, al de su predecesor y al plan general de la materia aprobado por la Comisión en su 37.º período de sesiones, en 1975⁴. No obstante, el Relator Especial propone correcciones de orden metodológico que entrañan una nueva articulación de la segunda parte. La primera de esas correcciones es la que se refiere a la distinción entre las consecuencias de los crímenes internacionales y las consecuencias de los delitos internacionales. El orador aprueba esta manera de abordar la cuestión tanto más cuanto que el Relator Especial señala que será posible renunciar a ella si se demuestra que tiene escasa utilidad. El informe (*ibid.*, párr. 18) es, por otra parte, claro; en él se subraya que el aspecto metodológico del trabajo de la Comisión no debe influir en sus opciones de fondo. La otra corrección es la que concierne a la cuestión del arreglo de controversias. A este respecto, el Relator Especial se aleja hasta cierto punto de su predecesor, que trataba conjuntamente dos cosas que son quizás diferentes: las condiciones que deben darse para que un Estado lesionado pueda proceder legalmente contra el Estado autor y los procedimientos de solución de controversias propiamente dichos. Es mejor, en efecto, tratar ambos aspectos por separado, puesto que las condiciones que se han de reunir corresponden a la segunda parte del proyecto, mientras que los procedimientos de solución de controversias pertenecen a la tercera.

17. Pasando a examinar los proyectos de artículos, el Sr. Mahiou señala que el Relator Especial opina, no sin razón, que las dificultades con que han tropezado la Comisión y el Comité de Redacción en relación con el proyecto de artículo 6 de la segunda parte, presentado por el anterior Relator Especial, son consecuencia del problema relacionado con la distinción entre la cesación y las otras formas de reparación. Tras examinar la doctrina y la práctica, el Relator Especial llega a las siguientes conclusiones: primera, hay que establecer expresamente en el proyecto la obligación de cesación; segunda, es preciso definir su alcance, y tercera, hay que dedicarle un proyecto de artículo distinto de los relativos a las demás formas de reparación. No tiene nada que objetar ni a la primera ni a la tercera conclusión. Pero el problema del alcance de la cesación es más delicado. El Relator Especial desarrolla a este respecto una argumentación en la que indica las semejanzas y, a veces, las confusiones que existen entre cesación y restitución, señalando especialmente (*ibid.*, párr. 31) lo difícil que es deslindar el concepto de cesación, que guarda relación más bien con las normas primarias que con las normas secundarias. De ser así, no habría que referirse a

él en la segunda parte. Sin embargo, el Relator Especial reconoce asimismo que si bien «la cesación queda fuera del ámbito de la reparación y de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito en sentido estricto, es, no obstante, una de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito en sentido amplio» (*ibid.*, párr. 32), de suerte que, desde este punto de vista, la cesación tendría cabida entre los proyectos de artículos de la segunda parte. El Sr. Barboza (2102.ª sesión) ha esbozado a este respecto un interesante debate doctrinal, en el que, sin embargo, el orador evitará intervenir por temor de alejar a la Comisión de sus preocupaciones inmediatas, que consisten, a su parecer, en la elaboración de una disposición sobre la cesación, aunque luego haya que preguntarse dónde incluirla.

18. Vale la pena detenerse, no obstante, en un aspecto del análisis del Relator Especial. En efecto, introduce (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 38 al final) la idea de una acción o una omisión con una fase inicial que puede llevar al hecho ilícito mismo, fase inicial que autorizaría al Estado que pudiera salir perjudicado a adoptar determinadas medidas y, en particular, a advertir al Estado potencialmente autor que debe renunciar a esa fase inicial si no quiere incurrir en responsabilidad. Aunque comprende la preocupación del Relator Especial, el orador estima difícil darle cabida en el proyecto, ya que se trata más bien de un problema de prevención. En resumen, en la medida en que se sitúa en el umbral de la responsabilidad internacional, la cuestión correspondería más bien al tema confiado al Sr. Barboza. En definitiva, el concepto de fase inicial puede plantear más problemas de los que resuelve, y se muestra tanto más renuente a aceptarlo cuanto que le parece muy difícil identificar al Estado potencialmente lesionado; incluso la identificación del Estado efectivamente lesionado no es tan fácil en ciertos casos.

19. En lo que concierne a la *restitutio in integrum*, los trabajos del Relator Especial ayudan a poner en claro los elementos básicos que deben orientar la labor de la Comisión, y el orador suscribe en general su razonamiento, incluso cuando rectifica ciertos análisis de su predecesor o algunos comentarios de la propia Comisión. Es lógico, por ejemplo, considerar que la restitución en especie tiene primacía sobre cualquier otra forma de reparación (*ibid.*, párr. 116). Es normal también prever los supuestos en que esa restitución en especie no es posible, como el Relator Especial lo hace en el párrafo 1 del nuevo proyecto de artículo 7. Pero subsisten algunos aspectos acerca de los cuales sus dudas no han sido totalmente disipadas.

20. Así, según el Relator Especial, la obligación de restitución no puede resultar afectada por un obstáculo jurídico dimanante del ordenamiento jurídico interno del Estado autor ni por la existencia de otra obligación internacional, salvo si ésta nace de una norma imperativa. El Relator Especial, para ilustrar el segundo caso, cita el ejemplo de un Estado A que, obligado a efectuar una restitución en favor del Estado B, se abstiene de hacerlo para conformarse a una obligación para con un Estado C, y añade que se trata de «un obstáculo fáctico y no legal» (*ibid.*, párr. 87). Ahora bien: ¿por qué calificar la primera situación de jurídica y la segunda de fáctica? ¿En qué se basaría el Estado A, ante dos obligaciones, para reconocer la primacía de una de ellas? En realidad, parece que en este caso las dos obligaciones son equivalentes y que en nada se opone a la libertad de elección del Estado A. Lo que sucede quizás es que, en este caso ilustrativo, el Re-

⁴ *Anuario* 1975, vol. II, págs. 60 y 61, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 44

lador Especial no toma en consideración la naturaleza ni el objeto de la obligación, cuando habría que tenerlos en cuenta para determinar cuál de esas dos obligaciones internacionales y equivalentes debe prevalecer. Si, por ejemplo, la acción del Estado A que causa un perjuicio al Estado B adolece simplemente de un vicio de forma, y si la restitución puede infringir una obligación igualmente importante del Estado A para con el Estado C, ¿dará ese simple vicio de forma lugar a la *restitutio in integrum*? Hay supuestos, pues, en los que la regla de la *restitutio in integrum*, invocada con rigidez, podría tener consecuencias paradójicas.

21. Por lo que hace a la regla denominada de la competencia nacional, que plantea en especial el problema de las nacionalizaciones, el Relator Especial, adoptando una posición diferente a la de su predecesor, dice que el concepto de competencia nacional no constituye para él una excepción posible a la obligación de restitución. Rechaza, pues, la excepción que había previsto su predecesor en materia de extranjería, negándose a aceptar la distinción entre daños directos e indirectos. El orador comparte este análisis; la distinción entre daños directos e indirectos no constituye una base lo bastante sólida para que se pueda deducir de ella una excepción a la obligación de restitución. Por otra parte, el anterior Relator Especial no parecía estar él mismo totalmente convencido. En cambio, el otro problema que planteaba el anterior Relator Especial, si hay que permitir la restitución en caso de nacionalización efectuada en violación de una norma de derecho internacional, es muy real y no es posible eludirlo. El actual Relator Especial es consciente de este escollo y, para no dejarse encerrar dentro de los rígidos límites de la regla de la *restitutio in integrum*, sugiere una solución basada en el carácter excesivo de la carga impuesta; ese criterio, a su juicio, permitiría salvaguardar la libertad de los Estados para proceder a las reformas económicas y sociales que juzgan necesarias. En realidad, sin embargo, hay que constatar que aquello de lo que se trata es menos del aspecto excesivo de la carga que del respeto a las opciones políticas, económicas y sociales de los Estados. Hay, pues, algo de artificial en el establecimiento de un vínculo entre la excepción a la restitución y la carga excesiva, y sería mejor fundar esa excepción en el respeto del sistema político, económico y social de los Estados. Esto es, por lo demás, lo que hace el Relator Especial en el mismo nuevo proyecto de artículo 7, en el que figuran ambas fórmulas. En definitiva, el orador aprueba este texto, aunque el razonamiento que le sirve de base no le parece expuesto con suficiente claridad en las explicaciones del Relator Especial. Por otra parte, en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo, no le parece que el término «menos-cabe» sea el adecuado, sino que sería más normal referirse a la «incompatibilidad» entre la restitución y el sistema político, económico y social del Estado autor.

22. En su opinión, los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 pueden remitirse al Comité de Redacción.

23. El Sr. ROUCOUNAS felicita al Relator Especial por la notable labor de síntesis de su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1). Aprueba su opción metodológica fundada en la distinción aprobada por la Comisión en el artículo 19 de la primera parte del proyecto entre «crímenes internacionales» y «delitos internacionales», que consiste en examinar por separado las consecuencias de esas dos categorías de hechos ilícitos, a fin de poner claramente de

manifiesto los derechos y obligaciones de las partes con respecto a las diversas formas de reparación y a la cesación del hecho ilícito, por un lado, y los derechos y facultades del Estado lesionado para obtener reparación o imponer una sanción, por otro. Este planteamiento intelectual y práctico, que corresponde a la evolución del derecho internacional contemporáneo, está justificado, a pesar de las dudas expresadas en ciertos círculos, en un intento de aclarar el asunto.

24. Pasando a la cuestión de la cesación del hecho internacionalmente ilícito, el orador dice que el Relator Especial hace una exposición muy pertinente de la doctrina y la práctica internacionales en esta materia, a fin de deducir de ellas, a pesar de las divergencias a veces fundamentales que existen, la norma que proponen que se enuncie en el nuevo proyecto de artículo 6. Aprueba *a priori* esta propuesta, y acepta la idea de que la cesación como tal cumple una función correctiva que corresponde a una esfera diferente de la de la reparación, por lo que merece ser objeto de una disposición distinta. Subraya, a este respecto, el vivo interés que suscita el análisis que hizo el Sr. Barboza (2102.^a sesión) de la «obligación primaria» y la «obligación secundaria». Señala asimismo que, en su informe (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 61), el Relator Especial indica que la cuestión de la cesación no guarda relación necesariamente con una obligación primaria ni con una obligación secundaria. Según Combacau y Alland, la obligación de cesación es un sucedáneo de la obligación primaria⁵, por lo que no sería ni una obligación primaria ni una obligación secundaria. De eso deduce el orador que sería preferible incluir el proyecto de artículo 6 en la parte del proyecto dedicada a los principios generales en vez de colocarlo en la parte reservada a las consecuencias jurídicas propiamente dichas del hecho internacionalmente ilícito.

25. Toma nota de que el Relator Especial distingue entre el hecho continuo y el hecho de efectos continuos, y señala que la demanda de cesación es admisible desde el momento en que se franquea el umbral de ilicitud, por lo que, al igual que el Sr. Mahiou, teme que surjan dificultades inherentes a la acción que cabe esperar del Estado culpable cuando éste venga a cobrar conciencia de que su comportamiento degenerará en hecho internacionalmente ilícito. Suponer que la legislación interna, tal como existe en un momento determinado, puede crear las circunstancias propicias para la comisión de un acto ilícito equivale, efectivamente, a aventurarse por un terreno algo peligroso. Este planteamiento, que cabría calificar de monismo «avanzado», quizás sea el adoptado en el ámbito de la CEE, pero ésta constituye un caso aparte, ya que su propio ordenamiento jurídico es un caso aparte. Cabe preguntarse si, en la presente situación, la comunidad internacional está dispuesta a llegar tan lejos.

26. Es interesante señalar que el Relator Especial establece asimismo una distinción fundamental entre el derecho a exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito —derecho que existe mientras dura la violación, pero que se extingue con la cesación— y el derecho a la reparación, que subsiste aunque la violación haya cesado y mientras no haya sido atendido.

⁵ J. Combacau y D. Alland, «“Primary” and “secondary” rules in the law of State responsibility: Categorizing international obligations», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haya, vol. XVI, pág. 97

27. Como reacción a las observaciones del Relator Especial sobre la diferencia de función entre las medidas cautelares y la cesación del hecho internacionalmente ilícito, reconoce efectivamente que tales medidas tienen por objeto hacer que cese el hecho ilícito para preservar los derechos de las partes cuando hay peligro de perjuicio irreparable, pero que dependen de la competencia del órgano a que se ha sometido la cuestión, por ejemplo, la CIJ o el Consejo de Seguridad. Ahora bien, aunque el Estado lesionado siempre puede reclamar la cesación del hecho internacionalmente ilícito mediante la solicitud de medidas cautelares, cabe asimismo que el órgano a que se haya sometido la cuestión no acepte ese criterio. El hecho es que el derecho del Estado lesionado a exigir la cesación y la obligación del Estado autor de hacer que cese el hecho internacionalmente ilícito subsisten aun a falta de medidas cautelares.

28. Hay otra razón por la que el orador estima justificada la inclusión de una norma distinta sobre la cesación del hecho internacionalmente ilícito, y es la que se refiere al interés legítimo afectado. En efecto, basándose en un esbozo de jurisprudencia de la CIJ, en el párrafo 3 del artículo 5 de la segunda parte aprobada provisionalmente, la Comisión ha opuesto a las obligaciones *erga omnes* de un Estado un derecho correspondiente de todos los «Estados perjudicados» si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional. De este modo, la determinación de quién tiene capacidad para intervenir en caso de hecho internacionalmente ilícito depende de la tipificación del hecho ilícito mismo: delito internacional o crimen internacional. Si tal hecho es un crimen, todos los Estados tienen capacidad para exigir su cesación, pero no todos gozan del derecho de reparación.

29. Señala finalmente que el Relator Especial ha colocado la disposición sobre la cesación en la parte del proyecto que trata de las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales (cap. II de la segunda parte) (*ibid.*, párr. 20), y hace observar que si esa disposición no se transfiere a la parte dedicada a los principios generales (cap. I), deberá ser recogida en la misma forma en la parte que versa sobre las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales (cap. III).

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

2104.ª SESIÓN

Jueves 18 de mayo de 1989, a las 10 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucouas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tude-la, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/416 y Add.1¹, A/CN.4/L.431, secc. G)

[Tema 2 del programa]

*Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos*²

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL
(*continuación*)

ARTÍCULO 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y

ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)³ (*continuación*)

1. El Sr. TOMUSCHAT dice que posiblemente la principal innovación introducida por el Relator Especial sea la mayor claridad y el carácter más concreto. Las normas propuestas por el anterior Relator Especial en el anterior proyecto de artículo 6 de la segunda parte trataban demasiado brevemente las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos y el artículo podía así haberse convertido en una mera lista que no llegaba a ofrecer a la comunidad de las naciones la orientación que se esperaba del proyecto de la Comisión. El actual Relator Especial ha visto acertadamente la necesidad de introducir un detalle mucho mayor.

2. En cuanto a la estructura que se sugiere, parece haber una ligera discrepancia. En el esquema presentado en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20), el Relator Especial establece las subdivisiones propuestas provisionalmente para las partes segunda y tercera del proyecto, pero los títulos de esas subdivisiones no aparecen en la parte del informe que contiene los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 (*ibid.*, párr. 132). En realidad, los títulos de que se trata son útiles y deben conservarse.

3. La intención es separar el régimen jurídico de los delitos internacionales del régimen aplicable a los crímenes internacionales, pero el acierto de este planteamiento es discutible. En primer lugar, el artículo 6 —redactado para los delitos— no ofrecería ninguna diferencia si estuviese redactado para los crímenes internacionales. Es evidente que un deber de cesación existe para los crímenes, en realidad todavía más que para los delitos. Las mismas consideraciones se aplican en gran parte al proyecto de artículo 7. En relación con este punto, el Sr. Tomuschat disiente del carácter un tanto polémico de los argumentos del Relator Especial (*ibid.*, párrs. 10 y ss.), que presenta

¹ Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

² La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35.º y 37.º, figuran en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte —artículos 6 a 16— remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36.º y 37.º, *ibid.*, pág. 21, nota 66.

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto («Modo de "hacer efectiva" la responsabilidad internacional y solución de las controversias») fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

³ Para el texto, véase 2102.ª sesión, párr. 40.