

crímenes que deben incluirse en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (véase 2102.ª sesión, párr. 39).

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2105.ª SESIÓN

*Viernes 19 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogi-so, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucouñas, 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.1<sup>1</sup>, A/CN.4/L.431, secc. G)

[Tema 2 del programa]

#### Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos<sup>2</sup>

##### INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

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

ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)<sup>3</sup> (continuación)

1. El Sr. THIAM dice que limitará su intervención a tres aspectos del tema: el daño, la distinción entre crímenes y delitos internacionales y la cesación del hecho internacionalmente ilícito.

2. Por lo que respecta al daño, cabe preguntarse cuál es el lugar que el Relator Especial le reserva en el proyecto. Los primeros artículos propuestos a este respecto suscita-

ron una vivísima controversia que, si bien luego se calmó, no está totalmente apagada. El Relator Especial, que, por así decirlo, ha cogido el tren en marcha, se encuentra en una etapa de los trabajos en que es oportuno volver a plantear el problema. Propone un esquema para la segunda parte del proyecto (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20), pero, a juicio del orador, esta parte se debería iniciar con algunas disposiciones sobre el concepto de perjuicio que entroncaran con la primera parte. La transición de la primera parte a la segunda se basa en el concepto de Estado lesionado, lo que supone la existencia de un daño, mientras que no se dedica ninguna disposición a la naturaleza, los caracteres o los límites de éste. Sería conveniente que el Relator Especial aclarase su posición sobre este punto.

3. En lo que se refiere a la distinción entre crimen internacional y delito internacional, ésta respondía, en la primera parte, a las exigencias del análisis y la clasificación. Sin embargo, estos dos conceptos no constituyen compartimientos estancos, sobre todo desde el punto de vista de las consecuencias. Existen consecuencias que son comunes a los crímenes y a los delitos, así como las hay también que son propias de los crímenes. Así pues, habría que referirse primero a las consecuencias comunes: obligación de poner término al hecho ilícito, en la hipótesis de una infracción continua o de una infracción de carácter repetitivo o complejo; obligación de reparar, con sus diversas modalidades (*restitutio in integrum*, compensación, incluso satisfacción). En cuanto a las consecuencias propias de los crímenes, están sobre todo los efectos *erga omnes*: la obligación de no reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen (ocupación, anexión, etc.), la obligación de no prestar asistencia al Estado autor del crimen, y la obligación de prestar ayuda al Estado lesionado. Están también, en materia de agresión, todos los derechos y obligaciones establecidos en la Carta de las Naciones Unidas. Si el Relator Especial mantiene su planteamiento, basado en la separación entre las dos esferas, se darán sin duda coincidencias parciales o repeticiones.

4. Por consiguiente, el Sr. Thiam propone que se apruebe el esquema siguiente para la segunda parte: 1) consecuencias comunes a los crímenes y a los delitos: cesación, *restitutio*, medidas de reciprocidad, represalias, etc.; 2) consecuencias propias de los crímenes internacionales: efectos *erga omnes*. Esto es, por otra parte, lo que proponía el anterior Relator Especial en el artículo 2 de la segunda parte, aprobado provisionalmente por la Comisión, que dice:

[...] las consecuencias jurídicas de todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado se rigen por las disposiciones de la presente parte, salvo en los casos y en la medida en que esas consecuencias jurídicas hayan sido determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente al hecho internacionalmente ilícito de que se trate.

En consecuencia, los proyectos de artículos 14 y 15 de la segunda parte se dedicaban especialmente al crimen internacional. Se reserva, pues, su posición sobre el método propuesto por el actual Relator Especial, en espera de conocer el contenido de los artículos que quedan por redactar.

5. Pasando, por último, a analizar el nuevo proyecto de artículo 6, relativo a la cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo, el Sr. Thiam señala que la Comisión ha celebrado debates muy sutiles sobre la naturaleza de este concepto: ¿obligación primaria?, ¿obligación secundaria?, ¿forma jurídica *sui generis*...?

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Para el texto, véase 2102.ª sesión, párr. 40.

En cualquier caso, queda en pie la cuestión del lugar que debe corresponder al artículo en cuestión en la estructura del proyecto. A su juicio, el lugar apropiado es la segunda parte; ante todo, porque la cesación tiene lugar después de la comisión del hecho causativo y que, por lo tanto, es consecutiva a éste; seguidamente, porque puede ser difícil establecer una línea divisoria entre la cesación y algunos otros conceptos como la *restitutio in integrum*. Si, por ejemplo, el crimen de que se trata es la ocupación o la anexión de un territorio, la terminación de esa ocupación o de esa anexión es una forma de *restitutio*. Se advierte, por lo tanto, que la cesación corresponde más bien a la parte dedicada a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad.

6. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 7, que sienta los principios básicos de la restitución y enumera diversas excepciones, se trata de una aplicación directa del derecho existente. Se puede aceptar en la forma propuesta, sin perjuicio de posibles modificaciones de forma.

7. El Sr. SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ se felicita del grado de precisión y detalle del informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1) examinado, calidades indispensables, dada la dificultad de la materia, para la elaboración de disposiciones que puedan ser aceptadas por la comunidad internacional. La Comisión está en condiciones ahora de elaborar un conjunto de principios fundamentales sobre las formas modernas de la responsabilidad de los Estados.

8. El plan de trabajo de las partes segunda y tercera del proyecto que el Relator Especial propone provisionalmente (*ibid.*, párr. 20) es aceptable en general, a pesar de la distinción que en él se hace entre las consecuencias jurídicas de los delitos y las de los crímenes. Dicho esquema por lo menos permitirá avanzar a la Comisión, sin perjuicio de que se prescinda más tarde de esta distinción.

9. En su informe (*ibid.*, párr. 3), el Relator Especial menciona la posibilidad de mejorar los proyectos de artículos 6 y 7 de la segunda parte presentados por su predecesor, habida cuenta en especial de la excesiva importancia que el anterior Relator Especial atribuía al régimen de extranjería (art. 7). Recuerda, a este respecto, la polémica que suscitó esta cuestión del régimen de extranjería, y dice que el funcionamiento de las comisiones mixtas ha dejado amargos recuerdos.

10. No aprueba la distinción entre obligación «primaria» y obligación «secundaria», que a su juicio oscurece la materia que se pretende elucidar, como han señalado ya el Sr. Barboza (2102.ª sesión) y otros miembros.

11. Los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 son aceptables, con algunas reservas. Por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 6, el concepto de «carácter continuo» no es convincente; en cualquier caso es mucho más tajante de lo que piensa el Relator Especial, como señaló con razón el Sr. Graefrath (2104.ª sesión). El artículo 6 plantea asimismo el problema del lugar que debe ocupar en el proyecto. El Sr. Calero Rodríguez (2103.ª sesión) ha propuesto colocarlo entre los «Principios generales» del capítulo I de la segunda parte, lo que sería una solución excelente, ya que vincularlo con las disposiciones relativas a la reparación sólo complica la cuestión.

12. En lo que se refiere al proyecto de artículo 7, el Relator Especial ha hecho esfuerzos meritorios para respetar un equilibrio razonable entre los intereses del Estado

autor y los del Estado lesionado. Por consiguiente, el artículo es aceptable en el plano de los principios, pero se podría mencionar más concretamente el problema de la nacionalización de los bienes extranjeros, fenómeno muy frecuente en la época contemporánea.

13. El apartado *b* del párrafo 2 del artículo 7, en el que se dice que la restitución en especie se reputará excesivamente onerosa si compromete gravemente el sistema político, económico o social del Estado que esté obligado a reparar, no es bastante explícito. Cuando un Estado se ve obligado a nacionalizar bienes extranjeros para velar por el bienestar de su población, o incluso su supervivencia, esta circunstancia también debe formar parte de las que atenúan la responsabilidad o eximen de ella, como ha dicho muy bien el Sr. Mahiou (*ibid.*).

14. El párrafo 3 va más lejos, puesto que dispone que ningún elemento del derecho interno podrá impedir que el Estado lesionado ejercite su derecho a la restitución en especie. Sin embargo, existen principios de derecho interno irrefragables que la naturaleza misma de las cosas induce a respetar. Además, una norma tan perentoria haría el proyecto difícilmente aceptable para ciertos Estados. Sin duda se establecerán algunas excepciones, pero se reserva el derecho a volver a plantear esta cuestión.

15. El Relator Especial tiene razón en querer dedicar la tercera parte del proyecto al arreglo pacífico de las controversias. Esta esfera del derecho, que a menudo complican las consideraciones políticas, requiere efectivamente un método de análisis innovador, apto para llegar a una solución rápida y aceptable, que no sirva sólo para reducir la duración de los litigios, sino que proteja también los intereses de la parte más débil y vaya en el sentido de unas relaciones internacionales pacíficas y constructivas.

16. No le convence totalmente la distinción que hace el Relator Especial entre la «responsabilidad directa» y la «responsabilidad indirecta», ni lo que dice acerca del momento en que nace realmente la responsabilidad del Estado y en que el otro Estado puede legítimamente hacer valer sus derechos a la reparación. También tiene el propósito de volver a tratar en su momento estas cuestiones.

17. Por último, manifiesta la opinión de que los proyectos de artículos 6 y 7 se pueden remitir al Comité de Redacción.

18. El Sr. HAYES dice que los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 presentados por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1) representan un bienvenido progreso con respecto a los artículos anteriores, por ser mucho más detallados y elaborados, pero que plantean una cuestión de método. Aunque es conveniente estudiar por separado las consecuencias de un delito internacional y las de un crimen internacional, no debería tomarse todavía una decisión definitiva sobre la manera de presentar unas y otras en el conjunto del proyecto, es decir, ya sea en disposiciones distintas o según el criterio de disposiciones cumulativas, propiciado por el anterior Relator Especial.

19. El problema de la cesación, sobre el que versa el proyecto de artículo 6, ha dado pie a un cambio de impresiones muy fructífero sobre la cuestión de si la cesación se distingue de la reparación, como sostiene el Relator Especial, ya que la primera se considera que corresponde a la esfera de la norma «primaria», mientras que la segunda pertenece a la norma «secundaria» (*ibid.*, párr. 31). Este

debate ha puesto de manifiesto varias cuestiones. En primer lugar, es difícil encerrar ese tipo de conceptos en compartimientos herméticos, como se desearía hacer para salvaguardar la lógica del texto. En segundo lugar, la práctica de los Estados no facilita la clasificación por categorías: el Estado lesionado trata de utilizar una serie de mecanismos procesales más bien que un recurso concreto, definido de manera específica. En tercer lugar, incluso los tribunales se preocupan más de fijar la reparación que de interrogarse sobre sus causas. Por último, como además señala el Relator Especial (*ibid.*, párr. 48), ciertas acciones pueden constituir a la vez una forma de cesación y una forma de restitución en especie, como sucedió en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*<sup>4</sup>.

20. Ahora bien, es preciso a pesar de todo salvar el obstáculo, por lo menos en parte. Los argumentos del Relator Especial no carecen de base, sobre todo cuando lo llevan a concluir que la regla de la cesación podría considerarse como una disposición que se sitúa en un punto equidistante entre las normas «primarias» y las normas «secundarias» (*ibid.*, párr. 61). Tanto desde un punto de vista como del otro, una norma específica sobre la cesación es indispensable en el proyecto de artículos, independientemente de las disposiciones relativas a la reparación. Eso no quiere decir que haya que incluirla en la primera parte del proyecto, como algunos quisieran, ya que en tal caso se encontraría demasiado lejos de la sección dedicada a la reparación. Sería mejor seguir en este punto al Relator Especial e incluirla en un epígrafe particular de la segunda parte.

21. La restitución en especie (*restitutio in integrum*) constituye efectivamente, como se dijo en el informe, una obligación «secundaria». Además, le corresponde la primacía con respecto a las demás formas de reparación (*ibid.*, párrs. 114 y ss.). Es cierto que esa primacía, que deriva de la naturaleza misma de la *restitutio*, no es fácil de respetar en la práctica y la doctrina está dividida sobre si se trata de restablecer el *statu quo ante* o de restaurar la situación que habría existido si no se hubiera producido el hecho ilícito. El orador recomienda que la Comisión apruebe una definición de la restitución que sea conforme a esta segunda posición, aun si implica desarrollo progresivo. Como dice el Relator Especial (*ibid.*, párr. 67), de ese modo se dispondría de una definición «integrada» de la reparación en especie, que combine el elemento «reparación» y el elemento «compensación».

22. El Relator Especial prevé tres supuestos en los que el Estado autor se halla en la imposibilidad jurídica de reparar, de los que rechaza dos. Cabe, en efecto, aceptar que una norma de *jus cogens* constituiría una imposibilidad. Una obligación para con un tercer Estado o el derecho interno en principio no pueden justificar que un Estado se sustraiga a la obligación de restitución, pero sería preciso examinar esas situaciones con más detalle. En el primero de estos dos casos, un Estado debe procurar no contraer obligaciones contradictorias respecto de otros dos Estados. Ninguno de éstos aceptará renunciar a la reparación a pretexto de que compete con el otro. Mas supongamos que un Estado A no pueda proceder a la *restitutio in integrum* con respecto a un Estado B sin violar una obligación para con un Estado C que origina a la vez un segundo y conflictivo derecho del Estado C a la *restitutio in integrum*;

ésta es una situación de imposibilidad en un sentido práctico. Si tal situación puede llegar a producirse en la práctica, debe ser considerada.

23. El Relator Especial señala otro obstáculo a la *restitutio* cuando hace observar (*ibid.*, párr. 90) que, a pesar del principio según el cual el derecho interno no puede influir en las obligaciones internacionales de un Estado, cabe que un gobierno se encuentre obligado por una norma nacional (disposición constitucional, decisión del Tribunal Supremo, etc.) que no pueda modificar por lo menos retroactivamente. También en este caso se podría decir que incumbe al Estado no colocarse en esa situación; no obstante, hay que tomar en consideración esta hipótesis.

24. Esas dos situaciones remiten al principio, totalmente defendible, según el cual la elección de los remedios jurídicos corresponde al Estado lesionado, salvo evidentemente en el caso de imposibilidad o restitución excesivamente onerosa. Sin embargo, cabe preguntarse si esta fórmula es una solución. Si el factor determinante del carácter excesivamente oneroso es la gravedad de la violación o del daño, se correrá bastante a menudo el riesgo de excluirla como una solución a esos problemas, y si, por el contrario, las circunstancias constitutivas de las dos situaciones antes mencionadas reemplazarán el concepto de gravedad, llevarían de hecho a una situación de imposibilidad de reparar. Son problemas que complican la tarea, pero que habrá que resolver.

25. No cree que sea preciso separar ciertas categorías de actos ilícitos. Es partidario, por lo tanto, de eliminar el proyecto de artículo 7 presentado por el anterior Relator Especial, sobre el caso de los extranjeros.

26. Con respecto al nuevo esquema para las partes segunda y tercera del proyecto propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 20), el orador dice que de una manera general no se puede por menos de plegarse a los deseos que le inspiran las necesidades metodológicas de su labor de investigación y de su presentación a la Comisión. Por otra parte, el esquema constituye una base razonable para la continuación de los trabajos, sin perjuicio de la estructura que finalmente se adopte para el proyecto de artículos. Con todo, mantiene la reserva que ha hecho sobre el tratamiento separado de las consecuencias de los delitos internacionales y las de los crímenes internacionales. Expresa reservas del mismo género sobre la colocación de las disposiciones de aplicación, problema que no es sólo de método. Pregunta si esas disposiciones están destinadas a ser incluidas en el capítulo IV (Disposiciones finales) del esquema para la segunda parte.

27. Espera expresarse más generalmente sobre el tema en otra oportunidad.

28. El Sr. YANKOV agradece al Relator Especial que haya llamado a la atención en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20) el esquema que tiene previsto para las partes segunda y tercera del proyecto. En una materia tan compleja, es importante tener de antemano una idea de lo que será el conjunto del proyecto. Por otra parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General pidió a la CDI que procediera de ese modo en todos los temas que examina.

29. Ahora bien, como se trata de un tema del que la Comisión se ocupa desde hace más de 30 años, cabía esperar quizás un poco más de detalles. Además, al esquema le falta equilibrio: algunos elementos se presentan de

<sup>4</sup> Véase 2104.ª sesión, nota 7.

manera bastante precisa, mientras que otros apenas se esbozan. Hay también diferencias en algunos de los títulos de la segunda parte; por ejemplo, en el capítulo II, sección 1, se habla de «derechos sustantivos», mientras que en el capítulo III, sección 1, se habla simplemente de «derechos». ¿Son éstas diferencias voluntarias? Por último, si la distinción entre crímenes y delitos internacionales parece estar hasta cierto punto justificada, es lícito preguntarse si las consecuencias jurídicas dimanantes de unos y otros son suficientemente diferentes para ser tratadas en dos capítulos separados. Incluso si se decidiera mantener esa distinción, quizás sería posible contentarse con regularlas en artículos distintos dentro de un mismo capítulo. El esquema propuesto no es en sí criticable, pero no habría que dar pie a que se conciban esperanzas desmesuradas sobre lo que constituirá el contenido del capítulo III.

30. En relación con el nuevo proyecto de artículo 6 de la segunda parte se plantea una doble cuestión: ¿tiene la cesación del hecho ilícito una función que la distingue de todas las demás formas de reparación y que justifica que se le dedique un artículo separado? Y, en caso afirmativo, ¿en qué parte del proyecto debe figurar ese artículo? Conviene con el Relator Especial en que la cesación, aunque tenga en común con las demás formas de reparación una función correctiva, posee también características que le son propias. Sin embargo, no hay que llegar demasiado lejos y establecer entre la cesación y las otras formas de reparación diferencias que, como acaba de señalar el Sr. Hayes, desconocen casi siempre la práctica de los Estados y la jurisprudencia. En el informe (*ibid.*, párr. 49) se dice acertadamente que, en la práctica, la cesación acompaña a veces otras formas de reparación, pero tal vez convendría insistir más en ello. Otro punto sobre el que habría que insistir es que, en el carácter continuo del hecho ilícito, la duración en sí misma no es determinante, y que la obligación de cesación puede nacer inmediatamente después de la comisión del acto; por ejemplo, cuando el Consejo de Seguridad decide, como medida preliminar, que se ponga fin a un conflicto armado.

31. En lo que concierne al texto mismo del artículo 6, varios miembros de la Comisión han propuesto que se refuerce inspirándose en el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial. El orador, por su parte, opina que el texto anterior ponía más claramente de manifiesto que el Estado lesionado tiene ciertos derechos, y que a esos derechos corresponden ciertas obligaciones del Estado autor del acto ilícito. El nuevo texto insiste más bien en el carácter continuo de la obligación (*remains ... under the obligation*). Con estas salvedades, aprueba el nuevo proyecto de artículo 6 y, aunque estima interesantes los argumentos aducidos a favor de su inclusión en el capítulo I de la segunda parte, sobre principios generales, es partidario de colocarlo en el capítulo II, sobre las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales.

32. Por lo que hace al nuevo proyecto de artículo 7, está de acuerdo con la idea de que la restitución en especie es una de las formas de la reparación, y también en que la obligación de restitución dimana de una norma secundaria. El Relator Especial ha realizado a este respecto un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia que es digno de elogio, aunque muchos de los pasajes citados sean definiciones y presenten, por ello, un interés más teórico que práctico. En efecto, tanto si se define la restitución en especie como

el restablecimiento de la situación que existía antes del hecho ilícito o como el restablecimiento de la situación que habría existido si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar, cabe pensar que, en el plano de la reparación, el resultado final será el mismo. Sin subestimar la importancia de las teorías jurídicas, no hay que perder de vista que la labor de la Comisión es establecer normas de derecho internacional público destinadas a regir las relaciones entre los Estados.

33. Además, el proyecto de artículos no versa sólo sobre los delitos internacionales, sino también sobre los crímenes internacionales, tal como se definen en el párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte del proyecto, es decir, sobre las violaciones graves de obligaciones internacionales de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, para la salvaguardia del ser humano y para la salvaguardia y la protección del medio humano. En todos esos casos, la restitución tendrá indudablemente un alcance y un contenido muy amplios, por lo que no es suficiente contemplarla bajo sus aspectos materiales. Ciertamente, el Relator Especial ha indicado que los artículos siguientes establecerían otras modalidades de reparación; pero, incluso en el marco de la restitución en especie, habría que profundizar en el análisis. Por otra parte, el Relator Especial tiene razón cuando dice que, a pesar de ciertas características jurídicas particulares, la restitución en especie es una de las modalidades de ejecución de la obligación secundaria de reparación, en sentido amplio, y que, si es preciso distinguirla de los demás modos de reparación, y especialmente de la cesación, no hay que descuidar por ello los vínculos que existen entre todos esos elementos.

34. El proyecto de artículo 7 constituye una buena base de trabajo, pero no se podrá decidir si sus disposiciones son bastante completas hasta que se conozca el tenor de los proyectos de artículos dedicados a los otros modos de reparación. Sin embargo, puede indicar desde ahora que atribuye una gran importancia a las disposiciones del párrafo 2, y en especial al apartado *b*, que, a su juicio, podría revestir el carácter de una disposición de orden público en virtud de la cual es legalmente imposible la restitución en especie cuando ésta compromete gravemente el sistema político, económico y social del Estado autor.

35. El Sr. Sreenivasa RAO dice que, siendo un miembro relativamente nuevo de la Comisión, y tratándose de una materia tan compleja como la responsabilidad de los Estados, estima útil, antes de abordar ciertos aspectos particulares de la cuestión, enunciar claramente los grandes problemas que se plantean.

36. El primero de ellos es el de cómo determinar la responsabilidad de un Estado en derecho internacional; se trata de la primera etapa del proceso de conjunto, que culmina en la determinación de las medidas apropiadas para remediar el daño sufrido como resultado de un hecho ilícito. La determinación de la responsabilidad del Estado es el aspecto más difícil del derecho internacional, ya que los derechos y obligaciones de los Estados están sujetos a una amplia gama de interpretaciones y, en diferentes contextos, es necesario ponderar consideraciones y factores diferentes. Es cierto, sin embargo, que los proyectos de artículos en examen no tienen que tratar este aspecto, que aparecerá después de que la responsabilidad haya sido establecida.

37. Los hechos que ponen directa y gravemente en peligro la paz y la seguridad internacionales o las relaciones de amistad entre los Estados tienen que distinguirse de los demás, naturalmente, y la Comisión ha hecho esa distinción al definir los crímenes y los delitos internacionales en el artículo 19 de la primera parte del proyecto. Está sin duda justificado tratar de manera diferente esas dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, aunque sólo sea porque es más difícil determinar la existencia de un crimen que la de un delito. Mas, tanto en un caso como en el otro, pueden pasar años antes de que se pueda determinar si ha habido o no hecho ilícito. En ese contexto, sería bueno que los proyectos de artículos en preparación trataran de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito y de las medidas pertinentes con cierta flexibilidad. Así, a fin de mejorar los proyectos de artículos y de proporcionar una base sólida para las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito, es menester conocer las dificultades que se han encontrado en la práctica para determinar la existencia de un hecho ilícito, así como la gran variedad de posibilidades a que pueden acogerse los Estados para encontrar una base común y definir las responsabilidades.

38. En segundo lugar, la jerarquización de las normas de derecho internacional a que ha procedido el Relator Especial le causa algún desconcierto. No alcanza a comprender la necesidad de categorizar principios de derecho internacional en normas primarias, normas secundarias y principios generales, y la relación entre estas categorías. Es preferible un criterio menos teórico y más formalista del tema a fin de apreciar los principios básicos de que se trata.

39. En relación con los argumentos aducidos por el Relator Especial en apoyo de un proyecto de artículo distinto sobre la cesación y, en particular, la necesidad de evitar que se ponga en peligro el orden internacional, comparte la preocupación del Relator Especial, pero opina que éste insiste demasiado sobre este aspecto de la cuestión. La cesación a veces plantea otros problemas; por ejemplo, un hecho considerado internacionalmente lícito en un momento dado puede no serlo en otro.

40. Para acelerar sus trabajos sobre la cuestión y cumplir la tarea que le ha sido confiada, la Comisión debe inspirarse en la labor ya realizada. El Relator Especial avanza indudablemente en esa dirección. Sin embargo, habría que evitar redactar los proyectos de artículos de manera que puedan suscitar problemas de interpretación. Estima, por ejemplo, que el Relator Especial insiste demasiado en el «carácter duradero o persistente» del hecho internacionalmente ilícito.

41. Como ha dicho antes, el Relator Especial tiene razón en querer tratar la cesación separadamente de las demás obligaciones dimanantes del hecho ilícito. Ahora bien, no habría ninguna dificultad tampoco en aceptar el método adoptado por el anterior Relator Especial. Se pregunta, sin embargo, si el concepto de cesación es completo y el apropiado para cada caso, ya que la cesación, si responde efectivamente a las consecuencias negativas de un hecho ilícito, puede que no responda tan bien a la necesidad de medidas positivas que origina el mismo hecho. Se pregunta asimismo si procede hacer de la cesación una norma previa a cualquier otro remedio jurídico. E incluso, ¿se puede siempre distinguir la cesación de esos otros remedios? Por último, esta norma, ¿se puede invocar en todos los casos? Desearía obtener aclaraciones sobre todos esos extremos.

42. Por lo que hace a la restitución en especie, de la que habría dos definiciones posibles, vale decir, la restitución pura y simple y la vuelta de *status quo ante* acompañado de una indemnización, opina que esos matices, pese a su interés, no son de primera importancia. Es preciso, evidentemente, restablecer en la medida de lo posible la situación que existía antes del hecho ilícito. Pero, en la realidad, puede ser difícil restablecerla completamente, y, siendo irrealizable la restitución propiamente dicha, la indemnización resulta ser siempre necesaria. Por otra parte, el Relator Especial, después de haber establecido el principio de la restitución y su primacía, somete su aplicación a determinadas condiciones, lo que origina cierta confusión. Cabe preguntarse si no habría que concebir el nuevo proyecto de artículo 7 de otra manera que no sea la de enunciar un principio absoluto, seguido de unas excepciones.

43. En cuanto a las limitaciones que el Relator Especial propone que se impongan a la restitución en especie, puede aceptar la imposibilidad material. Pero es más difícil aceptar otras excepciones sin aclaraciones y argumentos acompañados de ejemplos, tales como las imposibilidades «legales», en particular la relativa a la necesidad de no violar una obligación nacida de una norma de derecho internacional general —salvo que se trate realmente de una norma de *jus cogens* propiamente dicha, única norma «superior» a su juicio—, ni la relativa al carácter excesivamente oneroso de la restitución para el Estado autor. Igualmente, otras excepciones que se refieren a las circunstancias atenuantes requieren un cauteloso y cuidadoso tratamiento antes de que puedan ser aceptadas: piensa en aquellas que conciernen a la competencia nacional o al derecho interno o, en nombre del principio de la igualdad de los Estados ante el derecho, las referentes al sistema político, económico o social del Estado autor, aunque quizá sea posible tomar en consideración su nivel de desarrollo económico. La cosa es que el Estado que comete un acto internacionalmente ilícito tiene la obligación de reparar, de la que la restitución en especie es una de las posibles formas, y es ocioso enunciar la primacía de la obligación de restitución en especie si hay que acompañarla inmediatamente después de excepciones. Lo que se necesita es determinar las condiciones en que debe procederse a la restitución en especie, y sus modalidades.

44. El Sr. KOROMA da las gracias a su vez al Relator Especial por la calidad de su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), cuyo contenido convendría que conociera la Sexta Comisión de la Asamblea General.

45. Provisionalmente, y por razones de orden práctico, apoya la idea del Relator Especial de dedicar dos capítulos distintos en la segunda parte del proyecto a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, según que se trate de un delito o de un crimen. Queda en pie que esta cuestión merece más amplia reflexión y que más adelante habrá que estudiar si las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales difieren de las de los crímenes internacionales hasta el punto de que haya que tratarlas separadamente. Esta manera de actuar permitirá determinar los derechos y deberes de las partes en lo concerniente a las diversas formas de reparación y, de ser posible, la cesación del hecho internacionalmente ilícito, así como los medios que haya que utilizar para poner remedio a la violación original.

46. Ahora bien: hay situaciones que, aunque dan lugar a una responsabilidad internacional, no dimanán de un delito internacional ni de un crimen internacional; son, por ejemplo, los litigios territoriales o fronterizos. Sería conveniente, por lo tanto, que el Relator Especial hiciera extensivo su análisis a las situaciones que se sitúan en esta zona nebulosa, a fin de deslindar las consecuencias jurídicas a que pueden dar lugar.

47. Por lo que respecta a la propuesta del Relator Especial (*ibid.*, párr. 4) de distinguir los derechos y obligaciones de las partes en materia de cesación y reparación y de las medidas que hay que adoptar para lograr la cesación o la reparación, la considera lógica en esta fase, porque contribuirá a esclarecer el delicado problema de la determinación de las consecuencias jurídicas de fondo y las consecuencias jurídicas de forma o de procedimiento del hecho internacionalmente ilícito. Se trata de un aspecto importante, pues hay casos en que las cuestiones de procedimiento pueden ocultar cuestiones de fondo; así ocurre, por ejemplo, con la norma sobre el agotamiento de los recursos internos. De ese modo, la Comisión podrá hacerse una idea precisa del camino que toma.

48. No tiene una opinión definitiva sobre la cuestión de si la tercera parte del proyecto debe estar dedicada exclusivamente al arreglo pacífico de las controversias o incluir también el modo de «hacer efectiva» la responsabilidad; ambas soluciones tienen su fundamento.

49. A guisa de conclusión general, aprueba el esquema provisional propuesto por el Relator Especial para las partes segunda y tercera (*ibid.*, párr. 20) y está convencido de que éste sabrá responder a la urgencia de su tarea y a las expectativas de la comunidad internacional.

50. Pasando a considerar la cuestión de la cesación del hecho internacionalmente ilícito y de la restitución en especie como forma de reparación de la violación de una norma o una obligación internacional, conviene con el Relator Especial en que la cesación es la obligación de poner fin al comportamiento ilícito observado y de restablecer la función normativa de la norma primaria violada. Conviene asimismo en que la cesación no es estrictamente una forma de reparación, sino que deriva de la obligación primaria que incumbe a todo Estado de poner fin a un acto en virtud de la norma misma que le ha impuesto la obligación original que ha sido violada. Es porque la obligación de cesación a que está sujeto el Estado autor se concibe como una norma primaria por lo que la cesación debe figurar en los principios generales en el capítulo I de la segunda parte. Igualmente justificada está la idea de que la obligación de cesación no rige en caso de una violación de carácter continuo. En otras palabras, no faltan motivos para convertir la cesación en una forma de reparación distinta en caso de violación de una violación primaria, pero eso no significa que la cesación no pueda combinarse con otras formas de reparación. Es, por otra parte, lo que ha sucedido ya muchas veces, como han señalado el Relator Especial y los miembros de la Comisión.

51. Pasando al nuevo proyecto de artículo 6 de la segunda parte, señala que deberá ser modificado por el Relator Especial o por el Comité de Redacción si esa disposición tiende a constituir una «norma imperativa» —expresión que no se toma aquí en su sentido formal—. Cabría decir, por ejemplo, que todo Estado cuya acción u omisión constituye una violación del derecho internacional o de una obligación internacional está obligado, sin perjuicio de la

responsabilidad en que ya haya incurrido, a hacer que cese sin dilación esa acción o esa omisión. Por otra parte, el Relator Especial había pensado en un texto de esa índole, aunque renunció a él por los motivos que expone en su informe. A juicio del orador, se trata, en efecto, de subrayar que la obligación consiste en poner fin inmediatamente a la violación o al comportamiento ilícito y a salvaguardar la norma primaria más bien que hacer hincapié en el carácter continuo del hecho ilícito. En otras palabras, la cesación tiene por objeto poner fin de inmediato al hecho ilícito, tenga o no carácter continuo. Sin embargo, el texto propuesto por el Relator Especial no destaca suficientemente esa idea de urgencia. En cambio, la fórmula que sugiere el orador tendría la ventaja de prever la cesación inmediata del comportamiento ilícito y, por lo tanto, el restablecimiento de la norma primaria, dejando abierto el camino a la aplicación de la obligación secundaria nacida de la violación.

52. Por lo que hace al nuevo proyecto de artículo 7, existe una apreciable diferencia entre la restitución en derecho interno y la restitución en derecho internacional. En derecho interno, por ejemplo, en el *common law*, la demanda de restitución propiamente dicha no es equivalente a una demanda de indemnización de daños y perjuicios: no tiene por objeto reparar un perjuicio, sino privar al autor del perjuicio de una ventaja, es decir, tiende a colocar las dos partes en la situación en que se habrían encontrado si no hubiera habido contrato entre ellas. En derecho internacional, la *restitutio in integrum* parece tener como finalidad principal el restablecimiento del *status quo ante*. O dicho de otro modo, en derecho interno, por lo menos en el *common law*, la restitución tiene por efecto la falta de relaciones contractuales, mientras que en derecho internacional, como muestra el fallo de la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*<sup>5</sup>, tiende a borrar las consecuencias del hecho ilícito y a restablecer la situación que habría existido si no hubiera habido violación. A este respecto, dice que no comparte la observación de F. A. Mann citada por el Relator Especial (*ibid.*, nota 70): la reparación en especie no es «esencialmente desconocida en el *common law*», sino que simplemente apunta a otro objetivo.

53. Señala, por otra parte, que el Relator Especial ha optado por la función de la restitución tal como aparece en derecho internacional, pero suavizándola: no se debe exigir al Estado culpable que proceda a una restitución materialmente imposible o de carácter irreversible; no se puede decretar la sustitución cuando ésta entrañaría la violación de una norma de *jus cogens*; finalmente, la restitución no debe constituir una carga excesivamente onerosa para el Estado culpable ni ir contra su voluntad. Todas esas condiciones parecen ser aplicables, en particular, en caso de que el acto de que se trate concierna a concesiones o nacionalizaciones, supuestos en los que la parte lesionada no está facultada, salvo excepciones, a presentar una demanda de restitución, sino que la reparación consiste en la indemnización de daños y perjuicios. El Relator Especial tiene razón en adoptar esta posición porque, en realidad, la restitución como forma de reparación se invoca sobre todo en los casos en que es material o políticamente posible; ateniéndose a la práctica de los Estados, e incluso teniendo en cuenta el fallo dictado en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*, la restitución, no obstante los ejem-

<sup>5</sup> Fallo N.º 13 de 13 de septiembre de 1928 (fondo), *C.P.J.I., serie A*, N.º 17.

plos citados por el Relator Especial en su informe (*ibid.*, nota 120), se considera normalmente como una simple cuestión previa a la evaluación de la indemnización pecuniaria. Con todo, opina que el Relator Especial, en el proyecto de artículo 7, ha logrado en conjunto un justo equilibrio.

54. Finalmente, le habría gustado que en un documento de este género, en el que las notas a pie de página son a veces más instructivas que el texto mismo, las notas figuren realmente al pie de la página y no al final del documento.

55. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión por sus observaciones. Juzga preferible recapitular el debate y responder a las cuestiones planteadas en el marco de su próximo segundo informe, que versará, en particular, sobre las otras formas de reparación, sus modalidades y su correlación con la cesación y la *restitutio in integrum*. Es sin duda cierto que los jueces no siempre distinguen entre cesación y restitución, restitución y compensación, compensación y satisfacción, satisfacción y garantías contra la repetición de la violación. Todas esas formas de reparación aparecen mutuamente relacionadas en algún momento y, en su segundo informe, el Relator Especial analizará los fallos judiciales que ilustran ese estado de cosas.

56. El PRESIDENTE, en respuesta a una pregunta formulada por el Sr. AL-KHASAWNEH y el Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, dice que, si se dispone de tiempo suficiente, los miembros de la Comisión que no hayan hecho todavía uso de la palabra sobre el tema podrán hacerlo antes del final del presente período de sesiones.

*Se levanta la sesión a las 13.15 horas.*

## 2106.ª SESIÓN

*Martes 23 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, 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.

### Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (*continuación\**) [A/CN.4/

\* Reanudación de los trabajos de la 2102.ª sesión.

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693)*, pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

### 411<sup>2</sup>, A/CN.4/419 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 5 del programa]

#### SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

#### ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra)<sup>4</sup> (*continuación*)

1. El PRESIDENTE dice que el Relator Especial ha preparado una lista indicativa de crímenes de guerra para su inclusión en el proyecto de artículo 13. La mayoría de los miembros de la Comisión que han hecho uso de la palabra en relación con este tema han expresado su preferencia por la segunda variante del artículo, y se ha señalado que la adición de una lista de crímenes contribuiría de manera importante a orientar la labor del Comité de Redacción.

2. Invita al Relator Especial a presentar el apartado *c* de la segunda variante del artículo 13 (A/CN.4/419 y Add.1), que dice:

*c)* Constituyen crímenes de guerra, en particular:

- i) los atentados graves contra las personas y los bienes y, en especial, el homicidio intencional, la tortura, la toma de rehenes, la deportación o el traslado de poblaciones civiles de un territorio ocupado, los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción o la apropiación de bienes no justificadas por las necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita o arbitraria;
- ii) el uso ilícito de medios y métodos de guerra y, en especial, de armas que, por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares, de armas de efectos incontrolados y de armas de destrucción en masa.

3. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que al elaborar la lista de crímenes en el apartado *c* ha tenido que optar entre varias posibilidades. Podía haber reproducido en su totalidad el artículo 85 del Protocolo I<sup>5</sup> adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que contiene una lista de todas las «infracciones graves», como núcleo de un primer apartado en el que se enumeraran los actos contra las personas y los bienes protegidos. En ese caso se habría dedicado un segundo apartado al uso ilícito de armas. Sin embargo, dadas las reservas formuladas por algunos Estados, el Relator Especial no ha considerado oportuno reproducir el artículo 85 en su totalidad. Además, algunos Estados no han aceptado los Protocolos adicionales I y II. Por consiguiente, la lista propuesta deriva de varias fuentes, entre ellas el Protocolo adicional I, la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado<sup>6</sup>, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>7</sup>, el proyecto de código de 1954 y las sugerencias formuladas por los miembros de la Comisión. La lista es meramente indicativa, y su función es la de un documento de trabajo. Como es natural, pueden añadirse o suprimirse crímenes.

4. En el inciso i) del apartado *c* se enumeran los atentados contra las personas o los bienes que gozan de protección con arreglo a las leyes de la guerra, aun en el caso de que

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2096.ª sesión, párr. 2.

<sup>5</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 11.

<sup>6</sup> *Ibid.*, nota 9.

<sup>7</sup> *Ibid.*, nota 7.