daño. A fin de cuentas, la Comisión debe proseguir su tarea en el sentido que han indicado el anterior Relator Especial y el actual Relator Especial antes de que este último se vea obligado a dar un salto más ambicioso por algunos miembros de la Comisión que quizá han querido apuntar demasiado alto y algunos representantes de la Sexta Comisión que quizá no han captado toda la complejidad del tema. Las bases que ofrece el análisis de los dos relatores especiales no son ni simples ni límpidas, pero son hipótesis de trabajo útiles y al proceder progresivamente, a partir de temas relativamente fáciles de tratar, la Comisión podrá quizá llegar a algo. Tal actitud no es una garantía automática de éxito y el orador alerta a la Comisión en particular contra toda tentativa imprudente de generalización a partir de cuestiones como los cursos de agua, el espacio ultraterrestre, los accidentes nucleares, la contaminación petrolera o el derecho del mar. Aprueba la propuesta del Sr. Pellet de dedicarse en un primer momento a la prevención. De un modo u otro, será preciso que la Comisión encuentre la manera de avanzar.

21. A juicio del Sr. Sreenivasa RAO, hay que abordar el tema de la responsabilidad internacional teniendo conciencia de la urgencia del problema pero dando pruebas de gran circunspección. El Relator Especial habría debido apoyar su razonamiento con ejemplos concretos, aunque fueran hipotéticos. En la medida en que la Comisión no sabe con seguridad lo que trata de prevenir con la ayuda de su proyecto, en que ignora el tipo de principios de prevención que están en juego, no puede verdaderamente avanzar. ¿Se trata de elaborar principios que tengan valor de recomendaciones con la esperanza de que los Estados les den cuerpo en la práctica? Si la Comisión toma un camino ya balizado su proyecto puede duplicar las normas en vigor; si, por el contrario, se aventura por un terreno nuevo, en el que no se ha llegado a ningún consenso a propósito de esta o aquella norma, puede asustar a los Estados que podrían adherirse a un régimen de prevención. La Comisión todavía no ha reflexionado seriamente sobre este dilema. Hasta ahora se ha contentado con jugar con conceptos desprovistos de todo interés práctico. ¿Cómo podrá hacerse la defensora de su proyecto si no se llega a ningún acuerdo sobre la fuente, la causa, el efecto del daño? ¿Ha logrado a fin de cuentas delimitar lo que entiende por «responsabilidad»? En el actual estado de cosas, la Comisión no tiene nada sobre lo que pueda pronunciarse, lo que preocupa tanto más al Sr. Sreenivasa Rao cuanto que se trata de la vida y el modo de vida de millones de seres humanos. Por eso la Comisión no debe tomar a la ligera la misión que se le ha confiado en este caso. Finalmente, el orador estima que la Comisión debe concretar el ámbito de su empresa, dar muestras de realismo, avanzar paso a paso para establecer un régimen razonable, coherente y aceptable.

22. El Sr. KOROMA dice que no puede evitar experimentar cierta simpatía por el Relator Especial, al que se hace pasar sin cesar de una posición a otra. La responsabilidad internacional tiene naturalmente su fuente en la responsabilidad de los Estados y es inconcebible, al examinar el primer tema, hacer abstracción totalmente del segundo. Si la Comisión ve en la responsabilidad sin culpa un tema autónomo debe permanecer fiel a su decisión; en caso contrario, más valdría que renunciara pura y simplemente a su empresa y que considerara que la responsabilidad sin culpa se ha de estudiar en el marco de la responsabilidad de los Estados. Por su parte, el Sr. Koroma —y otros miembros de la Comisión que comparten este punto de vista— está convencido de que la primera hipótesis está bien fundada.

23. Por otra parte, es evidente que la prevención tiene su lugar en el presente tema, pero ¿es función de la Comisión decir a los Estados lo que deben hacer o no hacer en su propio territorio? El orador no lo cree. Pero la situación es diferente cuando se trata de los espacios públicos internacionales, del medio ambiente, del espacio marítimo.

24. Finalmente, el Sr. Koroma no cree que se pueda fundar la responsabilidad en el riesgo solamente; por el contrario, si una actividad de riesgo causa un daño es posible naturalmente hacer entrar en juego la responsabilidad. El Relator Especial ha indicado que en los sistemas derivados del derecho romano no existe la responsabilidad absoluta; quizá se trata de una cuestión sobre la cual debería reflexionar el Grupo de Trabajo, pues el concepto de responsabilidad objetiva no es ajeno a los demás sistemas jurídicos.

25. El Sr. Koroma concluye insistiendo en el hecho de que el tema está bien anclado en el derecho, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

2273.ª SESIÓN

Martes 16 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)* [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial), resumiendo el debate sobre el tema, dice que algunas de las cuestiones

[1] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

más generales serán examinadas por el grupo de trabajo no oficial abierto a la participación de todos que se establecerá y por su parte se referirá en primer lugar a la cuestión de la prevención.

2. Algunos miembros han cuestionado el concepto de «prevención» después de producirse un incidente. El significado del término está suficientemente claro en el párrafo 22 del sexto informe[2], así como de sus dos informes ulteriores. En todos los instrumentos internacionales sobre la responsabilidad por actividades específicas que ha consultado se utiliza el término en el mismo contexto. En cuanto a las medidas de prevención antes de que se produzca un incidente, algunos miembros piensan que deben tener carácter obligatorio; otros aceptan la idea de hacerlas recomendatorias y colocarlas en un anexo; otros prefieren esperar hasta que terminen los trabajos para decidir sobre el carácter de las medidas preventivas. Un miembro desea que las organizaciones internacionales desempeñen el papel que se les asigna en el sexto informe.

3. La razón por la que se propone colocar las medidas preventivas en un anexo es precisamente para privarlas de todo carácter obligatorio. En cuanto a la objeción de que la hipótesis formulada en su octavo informe hace pasar el tema del proyecto de la obligación de reparar *(liability)* a la responsabilidad por ilicitud *(responsibility)*, las declaraciones que ha formulado siguen el razonamiento de juristas de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Hay una excepción a la ilicitud en principio y el ámbito del tema se sitúa dentro de esa excepción, como el orador se propone demostrar. Señala que algunos miembros prefieren que se traten por separado las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos.

4. El proyecto de artículo I, propuesto para el anexo sobre las medidas preventivas, prevé la autorización previa y las medidas previas por parte del Estado en que se van a llevar a cabo las actividades y la actuación de ese Estado para garantizar la adopción de medidas preventivas por los explotadores. No se ha formulado objeción alguna a la segunda de estas propuestas. En cambio, la propuesta relativa a la autorización previa acompañada de medidas previas ha suscitado varios comentarios. Un miembro sostiene la opinión de que cada medida previa debe colocarse en un artículo aparte, para distinguir cada aspecto del proceso de prevención, y que la prevención debe incluir la obligación de los explotadores de contratar seguros, como se prevé en el proyecto de artículo 16 (Medidas unilaterales de prevención) del sexto informe[3]. En realidad, no importa dónde se sitúe en el proyecto esa obligación, siempre que se incluya. Es lógico que la obligación de asegurarse se cumpla antes de que se dé la autorización, puesto que es un medio de asegurar el pago de indemnización. Sin embargo, es importante no confundir el daño con la indemnización. Otra opinión es que el Estado debe obligar y no inducir a los explotadores a cumplir sus obligaciones de prevención. Pero no puede tratarse de obligaciones imperativas en lo que después de todo no es más que un conjunto de directrices.

5. La propuesta relativa a la autorización previa se ha criticado por dos razones: primera, que es obvia y no hay necesidad de hacerla explícita; y segunda, que ese requisito sería inaceptable para los Estados puesto que significaría injerencia en sus asuntos internos. El orador estima que la autorización previa debe mantenerse pues tiene el efecto de hacer intervenir al Estado interesado. Por lo que respecta a la evaluación de los efectos del daño transfronterizo, el orador está de acuerdo en que debe incluirse algún umbral como daño «significativo», quizás especificando en una cláusula de términos empleados que la mención del daño o el riesgo significa siempre daño o riesgo significativo.

6. Los proyectos de artículos IV y VI, relativos a las consultas previas, han suscitado muchos comentarios, con la sugerencia de que se suprima el artículo IV. Se afirma que si la consecuencia de las actividades de efectos nocivos es un daño transfronterizo significativo, esas actividades en principio deben estar prohibidas por el derecho internacional general, lo cual introduciría la cuestión en el ámbito de la responsabilidad del Estado por ilicitud. Si esas actividades se permiten en ciertas condiciones, bastará el artículo VI para abarcar ambos tipos de actividades, las de efectos nocivos y las de riesgo. En ambos casos los Estados interesados han de celebrar consultas. Sin embargo, hay una diferencia entre las consultas previstas en los dos conjuntos de circunstancias. El artículo VI contiene las palabras «se consultarán, si fuera necesario» porque el daño es potencial, mientras que en el artículo IV se supone que las consultas son esenciales porque el Estado de origen no puede autorizar sin ellas la actividad de que se trate. Si la actividad se permite en determinadas condiciones es de suponer que se ofrezcan al Estado afectado a modo de compensación ciertas ventajas que se especificarán durante las consultas.

7. Además, como el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[4] ha opinado, si el daño causado por la actividad es sustancial pero muy inferior al costo global técnico y socioeconómico de evitarlo o reducirlo, el Estado de origen debe entablar negociaciones con el Estado afectado para garantizar las condiciones técnicas y financieras equitativas para llevar a cabo la actividad. Como se explica en su informe, en espera de esas consultas las actividades de efectos nocivos no se considerarían ni claramente lícitas ni claramente ilícitas. Por consiguiente, la actividad será permisible si el equilibrio de intereses se decanta en favor de la actividad. Corresponderá al Estado afectado decidir si es así, puesto que el Estado de origen negociará con el inconveniente de que la actividad propuesta está en principio prohibida, factor que da al Estado afectado un veto en la práctica. Se ha preguntado por qué han de celebrarse consultas cuando el Estado de origen sabe que la actividad en cuestión producirá un daño transfronterizo. La respuesta es que el Estado de origen puede considerar que la prueba del equilibrio de intereses resultará favorable a la actividad y

[2] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1.

[3] *Ibid.*, anexo.

[4] Véase 2268.ª sesión, nota 11.

que el Estado afectado puede aceptarla si se le ofrecen algunas ventajas como compensación. Además, el daño que se va a causar puede no ser significativo para el Estado afectado si, por ejemplo, tiene lugar en una zona desierta.

8. Por lo que respecta al proyecto de artículo V, relativo a las alternativas a una actividad de efectos nocivos, se ha señalado que la formulación presente priva al Estado de origen de su capacidad de realizar o regular la actividad. Naturalmente, el Estado de origen puede, por decisión propia, no autorizar una actividad que vaya a causar daño o por la que no se pueda indemnizar en la forma adecuada. En ese caso el Estado afectado no necesitaría solicitar nada; pero cuando el Estado de origen se negara a facilitar compensación, el Estado afectado podría pedirle que buscara soluciones alternativas. Otra objeción que se ha planteado es que en el artículo no se ofrece suficiente protección al Estado afectado en esos casos y que en cambio debe prohibirse la actividad en cuestión.

9. Un miembro ha sugerido que es necesario definir con más precisión la finalidad de las consultas previstas en el proyecto de artículo VI. En relación con el proyecto de artículo VII se ha señalado acertadamente que no cabe esperar que el Estado de origen cumpla todas las disposiciones del proyecto de artículo II, sino que utilice únicamente el procedimiento de consulta. Se ha expresado también alguna crítica acerca de la última oración del artículo.

10. Como se ha señalado en el debate, la referencia del proyecto de artículo VIII a las consultas celebradas con arreglo a los proyectos de artículos III y V es errónea; debe hacerse referencia a los proyectos de artículos IV y VI. Se ha preguntado también por qué ha de haber un procedimiento para la solución de las controversias si las actividades de que se trata no son ilícitas. Un mecanismo de solución para resolver las discrepancias surgidas durante las negociaciones para llegar a un régimen convenido tendría más bien el carácter de un medio de conciliación. Sin embargo, su propósito ha sido ofrecer algún procedimiento por el cual puedan ponerse de manifiesto los hechos relativos a la actividad: determinar, por ejemplo, si el daño es inevitable, si deben sustituirse ciertos elementos para que la actividad sea aceptable, si el daño es realmente significativo y si el equilibrio de intereses se inclina en favor de la licitud de la actividad. Según las circunstancias, podría ser conveniente también un procedimiento de conciliación. El procedimiento debe ser flexible; como las disposiciones son de carácter recomendatorio no es posible especificar los detalles. Evidentemente, si las disposiciones sobre responsabilidad son obligatorias se habrá de indemnizar por el daño; de no ser así, el derecho internacional general ha de cubrir el vacío. Las obligaciones de procedimiento detalladas (capítulo III del proyecto de artículos) propuestas inicialmente en su quinto informe[5] fueron consideradas demasiado gravosas para el Estado de origen y por lo tanto se le pidió que propusiera un procedimiento simplificado. En el sexto informe trató de hacerlo así, pero hubo dificultades para aceptar disposiciones obligatorias sobre el procedimiento. En consecuencia, ha pensado en unas directrices muy generales. Si una nueva actividad en el Estado de origen suscita objeciones por parte de un Estado potencialmente afectado, las consultas pueden ofrecer el medio de resolver la dificultad. A falta de un procedimiento detallado, se recomendará a los Estados que cooperen y den muestras de la buena fe inherente a todas las transacciones internacionales.

11. En cuanto al proyecto de artículo IX, relativo a los factores del equilibrio de intereses, hay división de opiniones en el seno de la Comisión. Un miembro ha expresado su total perplejidad, estimando que el artículo no corresponde ni a una convención ni a una recomendación y que debe confinarse a un comentario. El orador ha opinado siempre que el proyecto de artículo IX, anteriormente artículo 17, no era adecuado para su inclusión en un conjunto de normas jurídicas obligatorias, pero podía encajar en unas recomendaciones consignadas en un anexo. Sin embargo, después de reflexionar sobre ello, tiene que admitir que el artículo IX desempeña una función importante puesto que contribuye a determinar el carácter de la actividad en cuestión: si el equilibrio de intereses es favorable a la actividad puede considerarse en principio como no prohibida por el derecho internacional. En el caso de una actividad de efectos nocivos quedaría abierta la posibilidad de consultas destinadas a permitir que la actividad se considerará lícita. A juicio de un miembro, el concepto de equilibrio de intereses del proyecto de artículo IX debe reflejar las opiniones expresadas en el informe y establecer una distinción entre las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos. Quizá podría revisarse el proyecto de artículo IX para recoger el criterio de legalidad que contiene el informe del Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[6].

12. La definición de riesgo ha motivado algún debate. En el propio informe se sugiere que el texto de la definición se divida entre el artículo 2 y un comentario y esa sugerencia ha hallado cierta aceptación en la Comisión. Un miembro no considera necesario introducir el concepto de «riesgo significativo»; el riesgo será relativo para el Estado en cuyo territorio se realiza la actividad. Por ejemplo, el riesgo inherente al funcionamiento de un reactor nuclear en un Estado que utilice una tecnología avanzada será menor que el riesgo derivado de otro reactor nuclear en un Estado diferente que utilice una tecnología más elemental. Sin embargo, en la definición no se intenta una estimación uniforme de los grados de riesgo; podría hacerse una estimación diferente si el Estado de origen presentara pruebas suficientes. No obstante, debe haber un umbral de riesgo mínimo para que la actividad entre en el ámbito del proyecto de artículos. Podría obtenerse una buena estimación de la magnitud del riesgo de que se trate ponderando el nivel del daño potencial con la probabilidad de que se produzca.

13. En cuanto a la definición de daño, se ha expresado la preferencia por omitir toda definición de daño «significativo» o «sustancial», tarea que puede dejarse a los tribunales. Un miembro ha señalado que no puede estar de acuerdo con el texto del apartado *c* del párrafo 10 del artículo 1 de la Convención sobre la responsabilidad

[5] *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/423.

[6] Véase 2268.ª sesión, nota 11.

civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales, citado en el informe, definición en la que aparentemente se confunde el concepto de daño con sus consecuencias. En esa Convención el término utilizado es «costo»; en otros términos, el costo de la rehabilitación del medio ambiente, criterio que en sí mismo es una medida del daño. Entre ese concepto y el concepto de indemnización o compensación por el daño sólo hay un pequeño paso que nadie vacilaría en dar. Se ha expresado también preocupación acerca del daño a los espacios públicos internacionales *(global commons)*. Sin embargo, la Comisión no ha llegado a una decisión firme de incluir los espacios públicos internacionales en el ámbito del proyecto. En cambio, se ha promovido la idea de incluirlos en un tema aparte. La adición al sexto informe puede servir como introducción a ese tema.

14. Personalmente, el orador no ve el paralelo que un miembro ha trazado entre «responsabilidad como obligación de reparar el daño causado» *(liability)* y «responsabilidad por hechos ilícitos» *(responsibility)*. A lo sumo pueden representarse por dos líneas en intersección. Si el factor que genera la obligación de reparar el daño es el riesgo y el factor que genera la reparación es el daño, ¿dónde está el paralelo con la responsabilidad por ilicitud, puesto que el factor que genera responsabilidad es el incumplimiento de una obligación? El daño material, como factor que da lugar a la reparación, es el único punto en que las dos líneas se cruzan. Hay otros dos aspectos que se han de tener presentes con respecto al daño material. En primer lugar, están las obligaciones de conducta, en las que no se requiere daño material para que se produzca un incumplimiento de la obligación; por consiguiente ese daño no es un factor que dé lugar a la reparación. En segundo lugar, el significado de reparación es completamente diferente en los dos casos. En el caso de la responsabilidad por hecho ilícito, la reparación surge de la nueva obligación emanada del incumplimiento de la obligación primaria; el riesgo no desempeña papel alguno en la determinación de la responsabilidad. En el caso de la obligación de reparar la indemnización dada no tiene nada que ver con el incumplimiento de una obligación puesto que forma parte de la obligación primaria. Cuando no se cumple la obligación primaria entra en juego la obligación secundaria de reparación. Esa obligación secundaria ha estado siempre presente en caso de que la obligación primaria no se cumpla. No debe confundirse con la compensación primaria, dada como una especie de garantía respecto del riesgo creado.

15. Finalmente, toda decisión de remitir los artículos al Comité de Redacción debe aplazarse hasta que el grupo de trabajo los haya examinado.

16. El PRESIDENTE dice que se celebrará el mismo día una reunión del grupo de trabajo no oficial abierto a la participación de todos. En espera de sus deliberaciones, no se adoptará decisión alguna de remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Responsabilidad de los Estados *(continuación*)* [A/CN.4/440 y Add.1[7], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[8], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14[9] *(continuación)*

17. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/444 y Add.1 y 2).

18. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la presente etapa limitará sus observaciones introductorias a la primera parte de su cuarto informe, contenida en el documento A/CN.4/444, y a los proyectos de artículos 11 y 12 propuestos, que dicen:

Artículo 11.—Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado

El Estado lesionado cuyas demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10 no hayan obtenido del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la respuesta debida podrá, sin perjuicio de las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos siguientes, abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado.

Artículo 12.—Condiciones del recurso a las contramedidas

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, el Estado lesionado no adoptará ninguna medida de la índole indicada en el artículo anterior hasta que no:

***a*) haya agotado todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que sea parte; y**

***b*) haya comunicado su intención en la forma y en el momento debidos.**

2. La condición enunciada en el apartado *a* del párrafo precedente no se aplicará:

***a*) si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles;**

***b*) a las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado hasta que un órgano internacional no haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas en el marco de un procedimiento de solución por intervención dirimente de un tercero;**

***c*) a cualesquiera medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no da cumplimiento a la medida cautelar dictada por ese órgano.**

3. Las excepciones enunciadas en el párrafo precedente no se aplicarán en los casos en que la medida prevista no esté en conformidad con la obligación de solucionar las controversias de manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

* Reanudación de los trabajos de la 2267.ª sesión.

[7] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[8] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[9] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

Las restantes partes del informe (A/CN.4/444/Add.1 y 2) y los artículos propuestos en ellas se presentarán en una próxima sesión, puesto que se acaban de distribuir los documentos pertinentes.

19. Su conocimiento del idioma español no es suficiente para resolver el problema de terminología planteado por el Sr. Villagrán Kramer (2267.ª sesión); y los modestos honorarios de un relator especial no le permiten sufragar los gastos de la asistencia en la materia. Por consiguiente, pide a la secretaría que ofrezca a los relatores especiales resúmenes de los escritos jurídicos en español. Lo mismo puede decirse con respecto a la documentación en árabe, chino y ruso.

20. Algunos miembros han expresado preocupación por el hecho de que no se examinara suficientemente la práctica en el tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1). En realidad se excluyó deliberadamente, excepto cuando servía para delimitar los problemas examinados o se recogía en las publicaciones. Con toda intención se dejó para el cuarto informe, como se explica con toda claridad al comienzo del informe.

21. En el proyecto de artículo 11 hay seis elementos esenciales. El primero es que el recurso a las contramedidas presupone que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. En otros términos, no debe caber duda de que la existencia real de un hecho internacionalmente ilícito es condición básica para la adopción de contramedidas.

22. El segundo elemento es que la referencia a las «demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10» por parte del Estado lesionado cumple una doble finalidad. En primer lugar, anuncia la importante condición de que se debe haber formulado al Estado autor del hecho ilícito una demanda de cesación/reparación. En segundo lugar, subraya la diferencia —o al menos una de las diferencias— entre contramedidas y legítima defensa. Evidentemente, no será necesaria ninguna «demanda» para recurrir a la legítima defensa con arreglo al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. El tercer elemento es un requisito negativo adicional introducido por la referencia en el artículo 11 a la falta de respuesta debida del Estado autor del hecho ilícito. El orador propone tentativamente la expresión «respuesta debida» para satisfacer la exigencia de seguridad para las dos partes implicadas en la relación de responsabilidad y la exigencia igualmente importante de flexibilidad. Sin embargo, no excluye la adición de otros requisitos, como la oportunidad.

23. El cuarto elemento del artículo es la clara referencia a «condiciones» y «restricciones». El quinto elemento se ha de hallar en las palabras «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado», que establece la conocida definición elemental de las contramedidas, a saber, lo que preferiría llamar represalias. El punto que habría que destacar en la frase citada es que implica el abandono de la distinción entre las llamadas «medidas de reciprocidad» o represalias, por una parte, y otras contramedidas «no recíprocas», por otra. El anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, adoptó una posición de principio diferente en sus proyectos de artículos 8 y 9[10]. Por lo que al orador respecta, lo único que lamenta es que al abandonar la distinción hecha por su predecesor no puede ya utilizar el término «represalias», técnicamente correcto.

24. El sexto elemento del artículo 11 es su propuesta tentativa de eliminar las siguientes frases, que figuraban en proyectos anteriores: «a fin de proteger sus derechos» o «a fin de obtener la cesación y/o la reparación». Ha eliminado esas frases para evitar tomar posición sobre la cuestión de la función de las contramedidas examinada en el cuarto informe. Como se explica en el tercer informe, debe hacerse un esfuerzo para extraer más enseñanzas de la práctica de los Estados, pero, como se indica en el cuarto informe, esa práctica no revela lo suficiente con respecto a la finalidad y objeto de la compensación y en particular sobre la presencia de un elemento punitivo. A su modo de ver, aunque es probable que la intención punitiva esté presente en la mente de los órganos del Estado que decide recurrir a una contramedida contra un Estado que comete un hecho ilícito, no es conveniente reconocer al Estado lesionado el derecho correspondiente de sancionar. Por otra parte, sería igualmente inapropiado decir expresamente que no debe tenerse esa intención. La cuestión debe dejarse simplemente a la práctica de los Estados, con sujeción por supuesto a la norma general de proporcionalidad. Hablando a título personal, como observador de las relaciones entre los Estados, el orador diría que de hecho los Estados se castigan unos a otros, algo que la Comisión ha reconocido al adoptar, por lo menos en sesión plenaria, lo esencial del proyecto de artículo 10 (Satisfacción y garantías de no repetición). En todo caso, una función punitiva de medidas no puede ser fácilmente impugnada respecto a los crímenes; y apenas puede ver mucha diferencia entre los más graves de los «delitos» y los «crímenes» indicados en el proyecto de artículo 19 de la primera parte[11].

25. El artículo 12 puede dividirse en cuatro partes estrechamente relacionadas pero perfectamente diferenciables. La primera se refiere a la cuestión de la comunicación previa en general y se recoge en el apartado *b* del párrafo 1, cuyo objeto es definir, aunque en términos generales, el requisito implícito en las palabras «demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10» del artículo 11, cuando no hay «respuesta debida». La comunicación en la forma y en el momento debidos de la intención del Estado lesionado fue considerada indispensable no sólo por el anterior Relator Especial sino también por la Comisión durante el debate sobre la tercera parte del proyecto presentada por éste. Dos puntos se plantean a este respecto. El primero es su opción de tratar de la cuestión en la segunda parte en lugar de esperar a las cláusulas de aplicación de la tercera parte. El requisito de la comunicación en la forma y en el momento debidos ha de establecerse en el comienzo mismo de la reglamentación de las contramedidas, puesto que es una condición demasiado importante del recurso legítimo a las medidas unilaterales para trasladarla a la tercera parte, que ha de regular el problema de las nuevas obli-

[10] Para el texto de los proyectos de artículos 6 a 16 de la segunda parte, remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 21 y 22, nota 66.

[11] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

gaciones generales relacionadas con la solución de controversias acerca de la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el proyecto.

26. El artículo 12 se diferencia en otro sentido de los correspondientes proyectos presentados por el anterior Relator Especial, más en particular de las rígidas disposiciones que este último propuso en los artículos 1 y 2 de la tercera parte[12]. Al adoptar una formulación más flexible el orador espera por su parte salir al paso de algunas de las críticas formuladas en la Comisión a estas disposiciones detalladas.

27. El punto siguiente y más importante se halla en el apartado *a* del párrafo 1 y en el apartado *a* del párrafo 2, que tratan del agotamiento previo por el Estado lesionado de los procedimientos de solución de controversias. La cuestión se trató en el párrafo 1 del artículo 10 de su predecesor que decía así:

> «1. El Estado lesionado no podrá adoptar ninguna medida en aplicación del artículo 9 hasta que no haya agotado los procedimientos internacionales de solución pacífica de la controversia a que pueda recurrir para obtener el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el artículo 6.»[13]

28. La primera diferencia principal entre esa formulación y la que el orador propone ahora es el criterio de disponibilidad. En la propuesta anterior se hacía referencia únicamente al objeto del procedimiento de solución internacional, a saber, «para obtener el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el artículo 6». En el proyecto que ahora propone las fuentes a que puede recurrir son mucho más amplias, a saber, «el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que sea parte». Con arreglo a la propuesta anterior, se entendía que la disponibilidad en principio abarcaba solamente los procedimientos de solución a cargo de terceros que pudieran ponerse en marcha mediante solicitud unilateral. En el nuevo texto la disponibilidad incluirá expresamente todos los procedimientos enumerados en el Artículo 33 de la Carta, desde la negociación más simple hasta las formas más estrictas de arreglo judicial ante la CIJ. De ese modo se impone al Estado lesionado la máxima limitación para impedirle que recurra prematuramente a las represalias.

29. A diferencia de la formulación anterior, en el artículo 12 no se menciona expresamente —en favor del Estado lesionado— el factor que representa la forma en que el Estado que ha cometido el hecho ilícito reacciona a cualquier intento de solución de controversias que haga el Estado lesionado por medio de uno de los procedimientos disponibles. En el apartado *a* del párrafo 2 se dispone que la condición enunciada en el apartado *a* del párrafo 1, a saber, el agotamiento previo de «todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición», no se aplicará «si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles». Serán bien acogidas las sugerencias encaminadas a mejorar la redacción, pero la disposición debe establecer algún equilibrio en la relación entre el Estado lesionado y los autores de la infracción en la evaluación de la existencia o no de esa condición esencial para la licitud de un acto de represalias, a saber, el agotamiento de los procedimientos de solución disponibles. Como el ámbito de la disponibilidad se ha ampliado, evidentemente es fundamental hacer recaer alguna carga sobre el Estado que ha cometido el hecho ilícito.

30. Los apartados *b* y *c* del párrafo 2 son en gran parte similares a las propuestas correspondientes hechas por el predecesor del orador. Si hay diferencias las examinará después de escuchar las observaciones y preguntas de sus colegas y prefiere esperar a que se formulen observaciones sobre el párrafo 3 antes de examinarlo.

31. El Sr. ROSENSTOCK dice que los informes tercero y cuarto del Relator Especial son brillantes exposiciones de su enfoque conceptual y del razonamiento que le ha inducido a proponer los proyectos de artículos 10 a 14 así como las modificaciones de los artículos 2 y 5. La Comisión tiene ante sí los elementos de un proyecto de convención que debe contribuir a codificar y desarrollar progresivamente el derecho de la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, hay algunos problemas que superar.

32. El primero es que, como ha reconocido el Relator Especial, el proyecto de su predecesor para la tercera parte, relativa a la solución de las controversias, no puede considerarse generalmente aceptable. Por consiguiente, no es razonable basar el proyecto de segunda parte en la creencia de que los gobiernos están dispuestos a aceptar la tercera parte, que exige un procedimiento de solución significativo. Por tal procedimiento se entiende un procedimiento que pueda dar una respuesta obligatoria acerca de la ilicitud del hecho inicial e imponer expeditivamente la reparación. Los Estados pueden aceptar ese régimen de solución de controversias en un caso particular y la segunda parte puede formularse de manera que les aliente a hacerlo. No obstante, parece poco prometedor prever una aceptación general de ese régimen para la totalidad del derecho internacional y basar la segunda parte sobre esa premisa.

33. En algunos aspectos el debate se ha adentrado en zonas ajenas al tema y ha dado lugar a algunas declaraciones insostenibles. Por ejemplo, no es necesario ni prudente tratar de abrir de nuevo la cuestión del alcance de la prohibición de las represalias armadas tan bien encapsulada en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[14] y los correspondientes trabajos preparatorios. Es igualmente imprudente e innecesario tratar de abrir de nuevo la cuestión de si el término «fuerza» del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas significa fuerza armada. Hacer disquisiciones sobre las causas del rechazo de la propuesta latinoamericana en la Conferencia de San Francisco es tan inútil como ambiguo. Ciertamente es inquietante oír citar la resolución 2131 (XX) de la Asamblea General,

[12] Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

[13] Véase nota 10 *supra*.

[14] Véase 2265.ª sesión, nota 5.

de 21 de diciembre de 1965, como base para discutir la opinión tradicional a este respecto. El contexto de la adopción de esa resolución, las declaraciones hechas en la época y las extensas actas de los debates en el Comité Especial de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados y en otros órganos no dejan bases razonables para ese intento. Si la presente tarea de la Comisión fuera analizar la base que ofrece la Carta de las Naciones Unidas respecto del principio de no intervención en la forma en que se ha aceptado como enunciado legalmente significativo convendría buscar en otro lugar que no fuera el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta. Afortunadamente, es una labor a la que la Comisión no necesita dedicarse actualmente. Es asimismo inquietante escuchar a otro miembro no sólo realizar el dudoso acto de conceder valor normativo a la Definición de la agresión[15] de la Asamblea General sino también citarla erróneamente. En la Definición de la agresión no se dice que el primer uso de la fuerza cree una presunción de que se ha cometido agresión; más bien se habla de «El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta». Como participante en la negociación del texto de que se trata, el orador puede afirmar categóricamente que ese punto fue decisivo para el éxito de la negociación. Felizmente, también en este caso se trata de una cuestión que no hay que abrir de nuevo en la actualidad, pero no desea que se consigne un error.

34. Sin embargo, el punto más importante con respecto a estas y otras interesantes cuestiones a que se ha referido el Relator Especial, como el alcance del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, es que no son esenciales para completar la tarea de la Comisión. Todo intento de abordar estas cuestiones significaría alejarse de la posibilidad de acabar la tarea asignada oportunamente. De igual modo, citar los comentarios sumamente restrictivos hechos hace varios decenios por Hans Kelsen en el ámbito de la autoridad del Consejo de Seguridad representa un enfoque discutible. No es necesario debatir todas estas cuestiones, por interesantes que sean, para preparar un texto significativo sobre la responsabilidad de los Estados.

35. En cuanto al proyecto de artículos, el orador coincide por entero en que la legitimidad de cualesquiera contramedidas o represalias requiere la existencia previa de un hecho ilícito. No es adecuado ni razonable incluir obligaciones de procedimiento como condiciones previas adicionales. Aunque un régimen riguroso ampliamente aceptado en la tercera parte signifique que pueden imponerse condiciones previas a las contramedidas, no puede decirse lo mismo de las «medidas cautelares». Un Estado lesionado tiene derecho a protegerse —dentro de unos límites— pero no con sujeción a condiciones previas.

36. En cuanto a las contramedidas en general, por contraposición a las medidas cautelares, parece razonable exigir que el Estado lesionado formule una demanda al Estado autor del hecho ilícito pero no lo parece exigir, como requisito previo, que se hayan agotado todos los procedimientos amistosos disponibles en el derecho internacional general. El apartado *a* del párrafo 2 del artículo 12 no resuelve este problema. Dado que los procedimientos de solución de controversias internacionales son lentos y laboriosos, sería más razonable, y más idóneo para persuadir al Estado que ha cometido el hecho ilícito para que se sentara a la mesa, que las contramedidas se sometieran no a condiciones previas sino, en determinadas circunstancias, a condiciones subsiguientes. En otros términos, un régimen en que el derecho de imponer contramedidas se suspenda si el Estado autor de la infracción ha convenido en un procedimiento de solución de controversias que permita llegar a una determinación legalmente obligatoria en cuanto a la ilicitud del hecho y exigir reparación. Desde el momento en que el Estado que tome las contramedidas tenga razones para creer que ha iniciado procedimientos que forman parte de un marco institucional que asegura algún grado de aplicación de las normas, la justificación de las medidas podría desaparecer, pero no antes.

37. En cuanto a la proporcionalidad, la exactitud matemática no es ni alcanzable ni deseable; es lo gravemente desproporcionado lo que se debe regular. No tiene sentido discutir si una determinada contramedida es ligeramente más o menos severa que el hecho ilícito inicial. Como criterio aproximado debe tenerse en cuenta la importancia de las cuestiones de principio que pueden derivarse de la infracción inicial, así como del daño sufrido o, para utilizar las palabras del proyecto de artículo 13, «la gravedad del hecho internacionalmente ilícito [ni a] sus efectos». A este respecto, el orador se pregunta si una formulación para el criterio de la proporcionalidad como la sugerida en el cuarto informe —en el que se adopta el criterio adecuado— no elimina la necesidad de una distinción basada en diferentes clases de ilicitud por parte de un Estado. Si se pueden prever las diferencias de grado adecuadas no es necesario complicar la tarea traspasando desde la primera parte dudosos esfuerzos por crear diferencias de especie. Que sea necesario hacer referencia, como lo hace el Relator Especial, a los «dos males», sugiriendo así una equivalencia moral entre la infracción y la reacción a la misma, es otra cuestión.

38. La idea general del proyecto de artículo 14 (Contramedidas prohibidas) es razonable, aunque es preferible evitar el excesivo detalle, y frases sumamente subjetivas como «que pueda poner en peligro» no son prudentes ni se ven apoyadas por normas consuetudinarias o de otro carácter. Si es necesario llegar a alguna forma específica de redacción sobre ese punto, en lugar de la terminología general basada en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, la terminología del informe, en que se refiere a medidas encaminadas a la subordinación del ejercicio de los derechos soberanos del Estado contra el que van dirigidas, podría ofrecer una base mejor que el proyecto sugerido. La referencia a la actividad normal de la diplomacia parece ir también algo más allá de lo necesario. El orador no puede evitar preguntarse si el Relator Especial, al tratar de insistir demasiado en los *dicta* de la CIJ en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[16], sobre los regímenes especiales, no está creando problemas. Podría ser prudente indicar en algún punto del comentario que la inclusión del inciso iii) del aparta-

[15] Véase 2267.ª sesión, nota 11.

[16] Véase 2261.ª sesión, nota 5.

do *c* en el proyecto de artículo 14 no indica que el *jus cogens* se relaciona o no con algo que no está incluido en los otros incisos.

39. En el informe no se aclara si existen obligaciones *erga omnes* no basadas en tratados que no equivalen a normas imperativas.

40. El orador está de acuerdo con los argumentos del Relator Especial en favor de la supresión del proyecto de artículo 2 de la segunda parte: puesto que apoya cualesquiera medidas que simplifiquen el texto sin empeorarlo, se inclina por la supresión más que por la revisión.

41. Las objeciones del Relator Especial a los conceptos de Estados no directamente lesionados, especialmente afectados y terceros Estados parecen convincentes, en particular en el caso del derecho a la cesación y del derecho general a la reparación. El texto anterior del artículo 5[17] no parecía resolver enteramente el problema de la aplicación de los artículos subsiguientes de la segunda parte a los Estados lesionados de diferente manera. La segunda adición al informe parece sugerir que eso no es realmente un problema, pero el orador no está seguro de que ello sea cierto en todas las situaciones. Si bien no se opone al artículo 5 *bis* en cuanto tal, estima que no añade nada esencial y preferiría no complicar más el proyecto.

42. No está de acuerdo en que deba suprimirse toda la sección relativa a las contramedidas o en que la supresión siembre dudas sobre el reconocimiento tradicional de las contramedidas en virtud del derecho internacional consuetudinario y sobre la terminología correcta y explícita del artículo 8 de la primera parte del proyecto. Sería una lástima abandonar la cuestión de las contramedidas sin tratar de abordarla. Si el esfuerzo resulta demasiado difícil podría pensarse en un enfoque simplificado antes de abandonar por entero la tarea.

43. Siempre que se eviten las cuestiones innecesarias debe ser posible completar los trabajos sobre la primera lectura de las partes segunda y tercera y examinar de nuevo algunas de las complejas cuestiones planteadas en la primera parte durante el presente quinquenio. La Comisión debe adoptar su programa de trabajo con miras a lograr ese objetivo.

44. El Sr. JACOVIDES dice que durante el anterior debate de la Comisión sobre el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/440 y Add.1)[18] ya se pusieron de relieve varios elementos importantes en relación con la naturaleza y la función de las contramedidas. En particular, se hizo notar que el alcance de las contramedidas debería limitarse y definirse estrictamente, que no debían ser punitivas sino que debían encaminarse al restablecimiento y la reparación/indemnización y que debían ser objeto de un amplio sistema de solución de controversias a cargo de terceros que debía aplicarse objetivamente, en su caso. Se subrayó además que, en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, las contramedidas armadas están prohibidas, que en la esfera de las contramedidas las normas imperativas evidentemente no están sujetas a excepción y que también son pertinentes otros factores limitativos, como las violaciones de los derechos humanos fundamentales. El hecho de que el tercer informe haya sido objeto de algunas críticas no le priva en modo alguno de estos elementos positivos.

45. Otro elemento positivo que surgió en la fase inicial del debate se refiere a los planes del Relator Especial para el ulterior examen del tema. A este respecto, es especialmente importante que la Comisión complete durante el presente quinquenio un conjunto integrado de proyectos de artículos, con comentarios, sobre la responsabilidad de los Estados. La labor sobre la segunda lectura de la primera parte sólo debe iniciarse si la Comisión está razonablemente segura de completar esa labor durante el mismo período.

46. Si bien el orador está agradecido por la riqueza de material jurídico que contiene el cuarto informe, todavía tienen cabida en el informe nuevas referencias a obras doctrinales y a la práctica de los Estados tomadas de todo el abanico de la vida internacional contemporánea. Existe, por ejemplo, una documentación jurídica internacional que es mucho más pertinente a los aspectos de derecho internacional de la situación en Chipre, incluidos los debates en el Consejo de Seguridad y en la Asamblea General y las publicaciones doctrinales, que lo que se desprende de la referencia de pasada al lamentable incidente de Larnaca mencionado en el informe.

47. Los procedimientos eficaces de solución de controversias por intervención dirimente de un tercero son condición *sine qua non* en el derecho internacional moderno en general, pero en particular en la esfera de la responsabilidad de los Estados y de las contramedidas, al ofrecer, como lo hacen, protección a los Estados pequeños y militarmente más débiles. La inclusión de esos procedimientos en los principales tratados normativos es hoy menos difícil que en el pasado y debe hacerse todo lo posible por incluir ese sistema en la tercera parte del proyecto. El recurso a los procedimientos de solución de controversias por intervención dirimente de un tercero, en los que son parte el Estado autor y el Estado lesionado, es esencial en el caso de las contramedidas y las excepciones deben interpretarse estrictamente.

48. En cuanto a los efectos jurídicos del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, el orador está de acuerdo con Sir Humphrey Waldock[19] en que las represalias armadas para obtener satisfacción por un perjuicio o la intervención armada como instrumento de política nacional por otro motivo que no sea la legítima defensa es ilegal en virtud de la Carta.

49. No basta con decir que todo el mundo sabe que existen normas de *jus cogens*. Si esas normas han de tener el grado necesario de objetividad y previsibilidad, su contenido jurídico ha de ser definido por un órgano autorizado como la Comisión. El caso más evidente de *jus cogens* al cual no se permite excepción es el principio de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, expuesto en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que hoy se acepta como principio que ha adquirido la fuerza de derecho interna-

[17] Para el texto, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), cap. III.

[18] Véase 2265.ª sesión, nota 4.

[19] Para la fuente, véase la correspondiente nota del documento A/CN.4/444/Add.1.

cional consuetudinario. Sin embargo, ese principio se examina en el informe separadamente del *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. La explicación que se da es sólo parcialmente satisfactoria y es necesaria alguna aclaración. El orador reconoce no obstante que es una cuestión separada que no debe considerarse necesariamente en el contexto ya sobrecargado de la responsabilidad de los Estados.

50. En general, los proyectos de artículos 11 a 14 y el proyecto de artículo 5 *bis* tienen la orientación adecuada y hay que elogiar al Relator Especial por introducir en las soluciones que propone un elemento de desarrollo progresivo basado en conceptos contemporáneos de derecho internacional.

51. Sería conveniente, desde el punto de vista de la precisión y la coherencia, que en el artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado) se incluyera en el texto la palabra «contramedidas» al igual que en el título del artículo.

52. En cuanto a las condiciones para recurrir a contramedidas, el orador acoge con satisfacción la referencia en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12 al agotamiento de «todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que sea parte» el Estado lesionado, y en el apartado *b* del párrafo 1 a la necesidad de que «haya comunicado su intención en la forma y en el momento debidos». Igualmente acertada es la advertencia general en el párrafo 3 en relación con las excepciones consignadas en el párrafo 2 del artículo. Sin embargo, podría ser aconsejable que el Comité de Redacción examinara si el artículo 12 debe dividirse en dos o más artículos pues resulta algo farragoso.

53. Tal vez hubiera sido preferible intentar dar en el artículo 13 (Proporcionalidad) una definición más concreta del alcance y el contenido de la proporcionalidad, aunque en términos generales el texto propuesto tiene el tenor adecuado. Con todo, preferiría que se sustituyeran en el texto inglés las palabras «not be out of proportion» por las palabras «not be disproportionate».

54. Particularmente satisfactorio es el artículo 14 (Contramedidas prohibidas), que abarca los puntos que planteó el orador anteriormente acerca de las limitaciones sustanciales a las contramedidas (2265.ª sesión). Sin embargo, quizá fuera aconsejable sustituir las letras *«a»*, *«b»* y *«c»* por números y los romanos «i)», «ii)», «iii)» y «iv)» por letras. Finalmente, mientras la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en violación de la Carta de las Naciones Unidas se recoge en el apartado *a*, las normas imperativas se incluyen por separado en el inciso iii) del apartado *c*, pero sin indicación alguna de que la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales es una norma imperativa por excelencia. Debe hallarse alguna manera de recoger ese hecho; sin duda, una vez aclarado el contenido jurídico exacto del concepto de normas imperativas la Comisión podrá utilizar una terminología más exacta. Con sujeción a esa observación, el orador está dispuesto a aceptar el fondo, si no la forma, del texto.

55. Espera con interés que continúen los progresos sobre el tema de manera que se pueda concluir, por lo menos en primera lectura, durante el presente quinquenio.

56. El Sr. de SARAM dice que la cuestión a la que la Comisión ha llegado a referirse, desde la preparación de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, como las contramedidas que un Estado lesionado puede tomar en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito es de especial importancia e implica incertidumbres y diferencias de opinión no sólo sobre detalles técnicos sino también sobre cuestiones bastante importantes. Es una cuestión que, como el Relator Especial ha señalado, requiere un examen más detenido.

57. En primer lugar, desea saber con claridad, en particular como nuevo miembro de la Comisión, lo que la Comisión entiende o no entiende por el término «contramedidas». Un buen lugar para comenzar es el párrafo 3 del comentario al artículo 30 (Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito) contenido en el capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) de la primera parte del proyecto de artículos[20]. El artículo 30 está formado por una sola oración, que estipula que la ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado está excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado. No obstante, la oración está llena de implicaciones y no es tan clara como podrían desear los funcionarios públicos que eventualmente tuvieran que aplicar la convención sobre la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, el párrafo 3 del comentario aclara un poco las cosas, al explicar:

> Las contramedidas a que se refiere este artículo son medidas que, por definición, tienen una finalidad de represión o de ejecución, medidas que, en otras condiciones, entrañarían la lesión de un derecho subjetivo, que debería ser respetado, del sujeto contra el cual se aplican. Esta característica general sirve para distinguir la aplicación de esas contramedidas, llamadas a veces «sanciones», del simple hecho de valerse del derecho a obtener reparación por los daños sufridos. Por otra parte... no son en modo alguno medidas que deban entrañar necesariamente el empleo de la fuerza armada[21].

Por consiguiente, a su modo de ver, cuando la Comisión utiliza la palabra «contramedidas» entiende por éstas actos que no impliquen el uso de la fuerza armada.

58. Una vez más, la Comisión distingue las contramedidas, objeto del artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos, de la legítima defensa, objeto del artículo 34, de manera que la legítima defensa significa algo completamente diferente de las contramedidas. Lo que es más, aunque pueda haber discusión en cuanto a los límites de la legítima defensa, ya no es permisible, ciertamente en lo que respecta a las Naciones Unidas, llegar a otra conclusión que no sea que las represalias armadas, o, con las palabras del comentario al artículo 30, las contramedidas que impliquen el uso de la fuerza armada, ya no son permisibles en el derecho internacional. El párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y

[20] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 138.

[21] *Ibid.*

la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General por consenso[22], dejan esto perfectamente en claro.

59. El orador cree también que la Comisión entiende que actos que pueden ser inamistosos para otro Estado pero que no infringen una obligación jurídica internacional para con ese otro Estado, a saber, actos de retorsión, no entran en el ámbito de lo que la Comisión entiende cuando empleó el término «contramedidas». No obstante, cabe hacer la observación de que la disponibilidad y efectividad de las medidas de retorsión, que puede ser considerable en un caso determinado, pueden plantear cuestiones en cuanto a la necesidad de que un Estado recurra a contramedidas.

60. Además, la Comisión entiende que la capacidad de un Estado lesionado para recurrir a las contramedidas no es ilimitada. En primer lugar, es necesario que un Estado lesionado crea de buena fe que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra él y que ese hecho ilícito es imputable al Estado al que se dirige la contramedida. En segundo lugar, para establecer la necesidad de adoptar contramedidas y para distinguir una ocasión para adoptar «contramedidas» de una ocasión para ejercer la «legítima defensa» es necesario, contrariamente al caso de la legítima defensa, que el Estado lesionado (Estado B) lo comunique primero al Estado al que considera responsable del daño (Estado A); entonces, a menos que el Estado A interrumpa el hecho ilícito y conceda reparación, el Estado B tendrá que recurrir a contramedidas. En tercer lugar, están las cinco limitaciones absolutas generales sobre el uso de las contramedidas, aparte de la abstención del empleo de la fuerza armada, que el Relator Especial enumera en los apartados *b* y *c* del artículo 14, a saber, prohibición de los actos que puedan poner en peligro la integridad territorial o la independencia política de un Estado, de los actos que no estén de conformidad con los derechos humanos fundamentales, de los que causen un grave perjuicio en la esfera diplomática, de los contrarios a una norma imperativa de derecho internacional y a los actos que consistan en una violación de una obligación para con un tercer Estado. En cuarto lugar, como reconoce el Relator Especial en el proyecto de artículo 13 propuesto, hay una limitación adicional y específica, a saber, que toda contramedida que se tome debe ser proporcionada al daño recibido, aunque en algunos casos el criterio de la proporcionalidad sea difícil de aplicar en la práctica. En quinto lugar está la reserva de carácter general en el proyecto de artículo 35 de la primera parte que deja abierta la cuestión de la posible indemnización por daños derivados de la utilización de contramedidas.

61. Están, además, los particularmente difíciles tipos de cuestiones que surgen en casos en que más de un Estado, y tal vez varios Estados, se consideran como perjudicados y por lo tanto con derecho a recurrir a las contramedidas. Puede surgir una situación especialmente complicada cuando dos o más Estados se consideran lesionados y por consiguiente con derecho a tomar contramedidas. En tales casos, la estructura de las relaciones jurídicas aplicables es esencialmente bilateral, quizá en tales casos las cuestiones sean relativamente simples: quiénes son los Estados perjudicados; en qué medida tienen derecho a tomar contramedidas; o la cuestión de la proporcionalidad, colectiva e individualmente, de las contramedidas. Los problemas tienden a ser aun más difíciles, sin embargo, cuando la estructura de las relaciones jurídicas aplicables no es bilateral y hay además un núcleo institucional dentro de esa estructura que prevé procedimientos de solución de controversias, medidas correctivas o sanciones. La cuestión se puede complicar más aún en casos en que se puede recurrir no sólo a los procedimientos establecidos en virtud del régimen particular aplicable, sino también a medidas permisibles en virtud del derecho internacional general; un curso que parecería ser permisible a menos que esté impedido contractualmente por un acuerdo previo, expreso o implícito, entre las partes —aunque esto de nuevo no sea totalmente claro frente al convenio multilateral.

62. Surge así una cuestión fundamental, a saber, si aparte del caso de las relaciones convencionales, la «contramedida» sería en la práctica un procedimiento suficientemente comprendido y claro como para ser apoyada y recomendada por la Comisión como un procedimiento legal «coercitivo» en las relaciones entre los Estados en el derecho internacional actual y futuro.

63. Además, en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado podría tener recurso a una serie de posibles medidas, incluidos procedimientos para la solución de las controversias, medidas de retorsión y protestas diplomáticas, cuyos efectos en su forma intensa no pueden considerarse despreciables. El orador se pregunta pues si es necesario, mirando hacia el futuro, que la Comisión prescriba que un Estado que se crea lesionado pueda también, en efecto, «hacerse justicia por sí mismo», particularmente cuando la capacidad para tomar contramedidas efectivas varía mucho de un Estado a otro y el mismo concepto de las «contramedidas» parece ser antitético de algunos de los principios generales fundamentales en que ha llegado a basarse la comunidad jurídica internacional: la igualdad soberana de los Estados, la igualdad ante la ley, el arreglo de las controversias mediante procedimientos acordados, y otros.

64. Se ha señalado, no obstante, y es uno de los puntos que necesitan una cuidadosa evaluación, que hay circunstancias, aunque no se sabe la frecuencia, que salen del ámbito de las relaciones emanadas de tratados y de esta manera se salen de las disposiciones del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en las cuales un Estado es consciente de que ha violado una obligación y sin embargo permanece indiferente a las preocupaciones del Estado lesionado y no responde a sus solicitudes de entablar negociaciones para resolver la controversia. En tales circunstancias, se dice que las contramedidas son la única vía realista y equitativa. Si tal fuera el caso, le parece que hay una buena razón para también pedir que la cuestión de la «contramedida», aparte por supuesto de lo que se pueda convenir en las relaciones emanadas de tratados, se considere sólo en estrecha unión con los procedimientos de solución de controversias, entrelazada con tales procedimientos; y sujeta a tales limitaciones como sea necesario para ex-

[22] Véase 2265.ª sesión, nota 5.

cluir usos irrazonables e injustos. Esto se recoge en los artículos 11 y 12 propuestos por el Relator Especial en su cuarto informe.

65. Hay otro aspecto fundamental que al parecer necesita consideración, quizás en una segunda lectura de la primera parte del proyecto de artículos. El artículo 30 (Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito) figura en el capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) de la primera parte del proyecto de artículos, indicando que una contramedida, aunque violación de una obligación internacional, no es, en las circunstancias, «ilícita» y, en otras palabras, es «lícita» o permisible. Sin embargo, el orador se pregunta por qué no se ha formulado la cuestión en la forma opuesta: a saber, siendo la contramedida una violación de una obligación internacional, se considerará un acto ilícito a menos que el Estado que recurra a esa medida pueda aducir circunstancias que le exoneren de ilicitud. La cuestión no tiene carácter secundario, está íntimamente relacionada eon la de la determinación de la carga de la prueba, cuestión importante que puede facilitar o impedir notablemente las actuaciones internacionales, cuando el testimonio necesario requerido plantea dificultades extraordinarias. La cuestión de la orientación básica del artículo 30 de la primera parte necesitaría mayor atención en algún momento del debate.

66. El Sr. GÜNEY dice que las contramedidas representan una de las cuestiones más difíciles y complejas que ha de tratar la Comisión. No obstante, deben aclararse las condiciones en que un Estado lesionado puede recurrir a contramedidas. Esta tarea requerirá imaginación y una perspectiva progresista.

67. Es preferible el término «contramedidas» a «represalias». Estas representan una violación del derecho y van asociadas al uso de la fuerza; por consiguiente, sólo deben considerarse en circunstancias muy excepcionales. Los límites dentro de los cuales los Estados pueden tomar contramedidas legalmente son la prohibición del uso de la fuerza, el respeto de los derechos humanos y la inviolabilidad de las personas protegidas. En términos generales, sólo pueden tomarse contramedidas dentro del marco del respeto de las normas fundamentales de derecho internacional, sin necesidad de hacer referencia especial a las normas imperativas, acerca de las cuales persisten diferencias de opinión.

68. Las contramedidas sólo son legítimas cuando se ha cometido un hecho manifiestamente ilícito. Todo Estado que haga uso de contramedidas sin que se haya producido un hecho ilícito lo hace asumiendo un riesgo y se le puede exigir responsabilidad por sus actos. Antes de tomar ninguna contramedida el Estado lesionado tiene que demostrar la existencia del hecho o la presunción de culpabilidad. Además, el Estado lesionado tiene que pedir primero la cesación y/o la reparación al Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito.

69. El orador acoge con satisfacción el intento del Relator Especial de aclarar el principio de la proporcionalidad, que actúa como contrapeso de la desigualdad. Las contramedidas que son desproporcionadas a la naturaleza del hecho ilícito y del daño resultante pueden dar lugar a responsabilidad por parte del Estado que utiliza esas medidas. A este respecto, el artículo 13, relativo a la proporcionalidad, debe incluir una referencia al daño derivado de un hecho internacionalmente ilícito. El Relator Especial debe considerar también las circunstancias en que el hecho de que un Estado no preste reparación por un hecho ilícito puede considerarse como un hecho ilícito secundario.

70. Es necesario estudiar más a fondo la cuestión de la suspensión o terminación de los tratados en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito. Además, no conviene tratar en el proyecto de artículos que se examina esa esfera particular del derecho, que ya se ha regulado de manera satisfactoria en las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

71. Con la excepción de actos que amenacen la vida o la integridad física de las personas o provoquen un daño irreparable, no hay ninguna circunstancia en la que un Estado pueda recurrir legítimamente a las contramedidas antes de haber recurrido a uno u otro de los procedimientos de solución pacífica de las controversias enumerados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

72. La responsabilidad de los Estados es un tema que suscita gran interés en el seno de la Comisión. Para que valgan la pena sus esfuerzos en esta esfera, la Comisión debe avanzar rápidamente, con el objetivo de completar el examen del tema o por lo menos realizar una segunda lectura del proyecto de artículos. Para ello sería sumamente provechoso que el Relator Especial formulara un plan de trabajo antes de que termine el actual período de sesiones.

73. El Sr. SHI dice que el cuarto informe sólo sirve para confirmar las opiniones que él expresó anteriormente con respecto al tema de las contramedidas. Las contramedidas son motivo de polémica; más que reflejar normas de derecho internacional generalmente reconocidas son simplemente relaciones de poder disfrazadas. Las contramedidas no son adecuadas para la codificación o el desarrollo progresivo del derecho. Además no entran en el ámbito del tema de la responsabilidad de los Estados.

74. Reitera que para los Estados más pequeños y más débiles la inclusión de las contramedidas en el proyecto representaría la legitimación de un concepto discutido; para los Estados más fuertes y más poderosos todo régimen estricto de contramedidas sería inaceptable. Además, algunos miembros estiman que es difícil, si no imposible, redactar proyectos de artículos sobre la solución de controversias que sean aceptables para todos los Estados. En consecuencia, el orador desea proponer que se excluyan del tema de la responsabilidad de los Estados los artículos sobre contramedidas y solución de controversias. La solución de controversias puede abordarse incluso como un tema aparte, puesto que no guarda relación con el tema que se examina. Además, el artículo 19 de la primera parte es polémico, poco práctico y de dudosa utilidad; esa cuestión debe considerarse de nuevo en segunda lectura.

75. En su resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991, la Asamblea General ha pedido a la Comisión que indique las cuestiones concretas respecto de las cuales revestiría particular interés la expresión de las opiniones de

los gobiernos. La Comisión ha llegado a una encrucijada en su labor sobre el tema. Ya es tiempo de que adopte una decisión audaz o, si no puede hacerlo, trate de obtener las opiniones de los gobiernos sobre la cuestión. Por consiguiente, debe remitir a la Asamblea General la cuestión de la idoneidad de la inclusión de artículos sobre contramedidas y solución de controversias en el proyecto que se está formulando.

76. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que más de una de sus declaraciones anteriores muestra que coincide con las ideas expresadas por el Sr. Shi con respecto a los procedimientos de solución de controversias y la necesidad de dar mayor efectividad a esos procedimientos. No obstante, no puede estar de acuerdo en que las contramedidas y los procedimientos de solución de controversias deban eliminarse del tema. Esas cuestiones constituyen los elementos principales del proyecto. Las contramedidas, cuyas condiciones de utilización deben definirse con precisión, son esenciales porque representan el único medio de asegurar el respeto mínimo de las obligaciones internacionales; los procedimientos para la solución de controversias son a su vez igualmente fundamentales porque representan el único medio de impedir el uso indebido de las contramedidas.

77. Por consiguiente, no sería prudente seguir la sugerencia del Sr. Shi de solicitar asesoramiento de la Sexta Comisión. Formular preguntas a un órgano político acerca de cuestiones técnicas no es apropiado y podría incluso comprometer la integridad y eficacia del régimen de la responsabilidad de los Estados para el que los proyectos de artículos de la Comisión se están elaborando. Habiéndole confiado la Asamblea General la tarea de elaborar un conjunto de proyectos de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, la Comisión debe ser la que decida definitivamente qué es lo que se ha de incluir en los artículos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2274.ª SESIÓN

Miércoles 17 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis y*

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El Sr. CALERO RODRIGUES se congratula de la presentación del cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/444 y Add.1 y 2), que contiene un abundante material y un cuidadoso análisis, pero le decepciona un poco que el propio informe no cuadre realmente con los proyectos de artículos propuestos. Algunas de las consideraciones desarrolladas en el informe no se reflejan en los artículos y éstos a su vez no quedan suficientemente explicados en el informe.

2. Refiriéndose al proyecto de artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), el orador señala que en el texto no figura la palabra «contramedidas», sino que se define mediante una fórmula general que remite al incumplimiento de las obligaciones y que se traduce en la frase «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones». Esta fórmula tiene la virtud de ser satisfactoria y más sencilla que la propuesta por el anterior Relator Especial en sus proyectos de artículos 8 y 9[4]. Además, como engloba toda la panoplia de posibles medidas permite, como ha señalado el Relator Especial, evitar la enumeración de esas medidas y por tanto eludir las ambigüedades inherentes a los sentidos que se les atribuyen.

3. El Sr. Calero Rodrigues propondría no obstante que se sustituyeran las palabras «abstenerse de cumplir» por «suspender la ejecución», con el fin de subrayar bien de entrada el carácter temporal de las contramedidas. Sería mejor aún precisar que las contramedidas deberían cesar desde el momento en que se alcanza su objetivo y, para que la disposición fuera perfectamente completa, que no se puede recurrir a contramedidas si no es para lograr que el Estado autor del hecho lesivo cumpla sus obligaciones secundarias de fondo. Ciertamente, el Relator Especial ha explicado bien en la sesión anterior que esta omisión es deliberada y que no hay que excluir la finalidad punitiva de las contramedidas, añadiendo a manera de justificación que esta finalidad punitiva de las contramedidas se admite ya en el artículo 10 (Satisfacción y garantías de no repetición)[5]. Pero el orador considera que existe una diferencia apreciable entre las consecuencias

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

[4] Véase 2273.ª sesión, nota 10.

[5] *Ibid.*