la Comisión, en su calidad de juristas, no pueden menos que deplorar esos actos y compartir el duelo del pueblo argelino.

47. El Sr. MAHIOU dice que las sinceras expresiones de condolencia de los miembros y el minuto de silencio que se observará representan un particular homenaje de parte de un órgano cuyo mandato es luchar contra el crimen, y especialmente el terrorismo, que amenaza las bases mismas de la comunidad internacional. Desea agradecer a los miembros de la Comisión sus expresiones de condolencia y pesar por el vil asesinato del presidente Boudiaf, uno de los padres de la revolución argelina y personaje de gran estatura moral, conocido por su integridad, modestia y discreción. Los autores de este crimen, al asesinar a un hombre, buscaban destruir una esperanza, simbolizada por el rechazo del fanatismo y de todo acto que pone en peligro a una democracia naciente. El Sr. Mahiou está seguro de que, al igual que en el pasado, el pueblo argelino tendrá la fuerza necesaria para hacer frente con dignidad a esta prueba y al desafío de la violencia terrorista.

Los miembros de la Comisión observan un minuto de silencio en homenaje a la memoria del Presidente de Argelia, Sr. Mohammed Boudiaf.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

2280.ª SESIÓN

Jueves 2 de julio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, 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. MIKULKA dice que dado el carácter rudimentario del mecanismo centralizado de aplicación del derecho internacional, los medios individuales de coacción o coerción que son las contramedidas constituyen un elemento indispensable de ese derecho. Ciertamente la cuestión es muy compleja y delicada pero la Comisión debe asumir su responsabilidad en la materia. Al elaborar los proyectos de artículos sobre las contramedidas, debe evitar petrificar el estado actual —en gran medida insatisfactorio— del derecho relativo al empleo de las contramedidas en las relaciones internacionales e identificar todos los elementos progresivos que se desprenden de la práctica reciente para completarlos con miras a llegar a unas normas claras y precisas que refuercen las garantías contra los abusos. Al proceder así, la Comisión podría prestar un gran servicio a la comunidad internacional.

2. El proyecto de artículo 11 enuncia la norma principal en la materia, a saber, que un Estado lesionado tiene derecho a recurrir a contramedidas, precisando no obstante sin equívocos que el recurso a contramedidas no es una consecuencia directa y automática de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, sino que sólo existe cuando no han obtenido respuesta satisfactoria las demandas dirigidas al Estado autor por el Estado lesionado con miras a obtener la cesación del hecho ilícito o su reparación. La finalidad de este artículo es pues reducir las posibilidades de recurso prematuro —y por lo tanto abusivo— a las contramedidas y el Sr. Mikulka no puede menos de suscribir este planteamiento.

3. En el curso del debate se ha propuesto en repetidas ocasiones que se subraye más el carácter temporal o reversible de las contramedidas sustituyendo en el artículo 11 las palabras «abstenerse de cumplir» por «suspender la ejecución de». No cabe duda de que las contramedidas deben tener un carácter temporal y desaparecer en el momento en que el Estado autor de un hecho ilícito indica que asume las obligaciones que se derivan de su responsabilidad respecto de ese hecho y sobre este punto no hay ninguna divergencia de opiniones en el seno de la Comisión. El orador estima no obstante que la introducción del concepto de «suspensión» limitaría demasiado la latitud que se deja al Estado lesionado, haciendo pensar que sólo las obligaciones de medios que tienen un carácter continuo, por contraposición a las obligaciones de resultado, entrarían en el ámbito de las contramedidas. El Sr. Mikulka no puede suscribir esa conclusión y estima que el problema merece un examen más a fondo.

---

[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. Por otra parte, el orden en que se suceden las disposiciones relativas a las condiciones del recurso a las contramedidas (art. 12), a la proporcionalidad (art. 13) y a las contramedidas prohibidas (art. 14) ganaría quizá si se modificase. Después del artículo 11, que enuncia la norma general según la cual un Estado lesionado tiene derecho, a título de contramedida, a no cumplir una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor del hecho ilícito, habría que indicar inmediatamente que el incumplimiento, a modo de contramedida, de ciertas categorías de obligaciones internacionales está rigurosamente prohibido. Las excepciones a la regla general, es decir, las categorías de obligaciones que no pueden ser objeto de contramedidas, enumeradas actualmente en el artículo 14, deberían estar inmediatamente después del artículo 11, incluso en un nuevo párrafo 2 de ese artículo. Tal enfoque tendría entre otras la ventaja de tener en cuenta las preocupaciones de los miembros de la Comisión que desean que ésta elabore en primer lugar normas que establezcan garantías contra los posibles abusos del recurso a las contramedidas. Si desea avanzar en esa dirección, la Comisión podría por otra parte adoptar una solución todavía más radical, que consistiría en enumerar las categorías de contramedidas prohibidas en un nuevo párrafo 2 del artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos[4], que excluye la ilicitud en el caso de las contramedidas. Para ello, claro está, habría que esperar a la segunda lectura de la primera parte del proyecto de artículos. Este planteamiento es en efecto el adoptado para elaborar los demás artículos del capítulo V de la primera parte del proyecto relativos a las demás circunstancias que excluyen la ilicitud, a saber, el consentimiento (art. 29[5]) y el estado de necesidad (art. 33[6]): en estos artículos la regla principal va siempre acompañada de sus excepciones.

5. Por lo que respecta al fondo del artículo 14, el orador apoya la idea expresada en el inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 de este artículo, a saber, que un Estado lesionado no debe recurrir como contramedida a un comportamiento que sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional. La prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en contravención de las disposiciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, a que se refiere el apartado *a* del párrafo 1, así como una parte por lo menos de las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales, a que se refiere el inciso i) del apartado *b* del párrafo 1, corresponden sin duda alguna al *jus cogens*. No obstante, la forma en que se expresa en el artículo 14 la prohibición del uso de la fuerza, de la violación de las normas relativas a los derechos humanos y de las normas imperativas del derecho internacional general podría dar lugar a interpretaciones *a contrario* inadmisibles. Desde este punto de vista, debe modificarse el párrafo 1 del artículo 14.

6. Por lo que respecta al inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1, que prohíbe todo comportamiento que no se ajuste a las normas del derecho diplomático, se refiere a una categoría de normas que no pueden colocarse al mismo nivel que las normas imperativas o las relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales antes mencionadas: en efecto, sería difícil admitir que en este caso la prohibición de las contramedidas sea igualmente absoluta. El orador comparte a este respecto la opinión de los miembros de la Comisión que estiman que la prohibición del recurso a contramedidas de reciprocidad en el marco del derecho diplomático no está justificada. En esta esfera no está prohibido el recurso a contramedidas, aunque esté considerablemente limitado.

7. Por lo que se refiere al inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1, representa una garantía útil contra el uso extensivo de contramedidas.

8. En cuanto al párrafo 2 del artículo 14, el orador aprueba su tenor pero se pregunta si añade algo a las disposiciones del apartado *a* del párrafo 1 y, por lo tanto, si es necesario.

9. Por lo que concierne al proyecto de artículo 12, el orador comparte, en relación con el apartado *a* del párrafo 1, el temor expresado por varios miembros de la Comisión de que una obligación redactada en términos tan generales sitúe al Estado lesionado en una posición desventajosa. Las observaciones del Sr. Bowett (2277.ª sesión) a este respecto han sido muy convincentes.

10. El párrafo 3 del artículo 12 suscita algunas dificultades ya mencionadas por el Sr. Calero Rodrigues (2278.ª sesión). Esta disposición, cuyo objeto es excluir el recurso a contramedidas no conformes con la obligación de resolver las controversias de tal manera que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, debería tener un alcance más general que el que se le asigna en el marco del artículo 12, que lo limita a las excepciones enunciadas en el párrafo 2.

11. Por lo que respecta al artículo 13 (Proporcionalidad), el orador apoya la propuesta encaminada a sustituir el criterio de la gravedad del hecho ilícito y de sus efectos por otro criterio que tendría en cuenta la finalidad de las contramedidas, a saber, la cesación del hecho ilícito y la reparación. Con todo, no se puede poner en duda la validez de los argumentos aducidos por el Sr. Al-Khasawneh (2278.ª sesión) sobre el carácter sumamente subjetivo de toda evaluación de la proporcionalidad, sea cual fuere el criterio elegido.

12. Finalmente, por lo que respecta al proyecto de artículo 5 *bis*, el Sr. Mikulka señala que en el comentario que le acompaña se hace constantemente referencia al concepto de obligación *erga omnes*, creando así la impresión de que la cuestión de la pluralidad de Estados lesionados es asimilable a la de las obligaciones *erga omnes*, lo cual no es cierto. Las obligaciones *erga omnes*, como ha hecho observar el Sr. Bennouna, corresponden al *jus cogens* y por consiguiente se refieren a los crímenes internacionales, materia que en la presente etapa la Comisión todavía no ha comenzado a examinar. De hecho, el problema de la pluralidad de Estados lesionados no se plantea solamente respecto de las obligaciones *erga omnes*; se plantea respecto de cualquier régimen de obligaciones multilaterales. Es en este sentido que la cuestión se plantea también en el contexto de los delitos internacionales.

[4] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*

13. El Sr. MAHIOU señala que antes de pasar a los aspectos sustanciales de los proyectos de artículos propuestos, desea hacer algunas observaciones sobre los conceptos y nociones a propósito de los cuales el Relator Especial se ha esforzado por facilitar aclaraciones y hacer ciertas precisiones en su tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1) antes de proponer el proyecto de artículo 11.

14. En términos generales, la Comisión debe abstenerse de utilizar ciertos conceptos y negarles carta de naturaleza porque no corresponden al derecho internacional y pueden incluso pervertir su espíritu. El Sr. Mahiou piensa en particular en el concepto de «legítima defensa preventiva», invocado para tratar de justificar de manera más o menos perniciosa el recurso a la fuerza y que no es más que una perversión de la noción de legítima defensa. Cabe recordar a este respecto el comentario de Clemenceau: «Una nación que quiere hacer la guerra está siempre en estado de legítima defensa». La Comisión debe cuidar pues, como recomienda el Relator Especial, de no sancionar ninguna interpretación extensiva o abusiva de ciertos conceptos que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas o de otras normas que pueda minar los fundamentos mismos del derecho internacional.

15. Por otra parte, se ha declarado que las medidas de retorsión no corresponden a las contramedidas puesto que por hipótesis no son contrarias al derecho internacional. Es cierto, pero cabe preguntarse también si no hay que hacer una distinción según que estas medidas se tomen en respuesta a un acto simplemente inamistoso o en respuesta a un hecho ilícito. En este último caso, como consecuencia de un hecho ilícito, corresponden al tema que se examina y quizá no sería inútil recordar, si no en un proyecto de artículo sobre el principio de proporcionalidad, por lo menos en el comentario correspondiente, que las medidas de retorsión tomadas en estas condiciones quedan sometidas a este principio como todas las demás contramedidas.

16. En cuanto a saber si hay que hablar de «represalias» o de «contramedidas», el Sr. Mahiou comprende que se pueda vacilar, sobre todo habida cuenta de las posiciones expresadas en el seno de la Comisión que detrás de la cuestión terminológica dejan entrever un problema de fondo, incluso de concepción del derecho internacional. Dos razones esenciales parecen en particular desaconsejar la utilización del término «represalias». La primera es el riesgo de confusión por contagio entre represalias armadas y represalias no armadas, y el orador remite a este respecto a los ejemplos tomados de la historia que menciona el Relator Especial. Hay que distinguir netamente las reacciones no armadas del recurso de la fuerza y no hablar de contramedidas más que cuando no se utiliza la fuerza, para hacer ver que se trata de dos ámbitos fundamentalmente diferentes. La segunda razón para rechazar el término «represalias» es que detrás de éste se transparenta la idea de castigo de un Estado por otro, o de una jerarquía entre Estados culpables y Estados que pueden castigar a estos últimos por los actos reprensibles que hayan cometido. Ahora bien, tal idea no solamente carece de fundamento en derecho internacional sino que es peligrosa en cuanto que podría ser invocada por un Estado que deseara desempeñar el papel de gendarme internacional. Por otra parte, cabe preguntarse si hablar de «contramedidas» no equivale a presentar bajo un aspecto tranquilizador algo que no lo es, olvidando que en última instancia las contramedidas amenazan el derecho y el orden internacionales igual que las represalias. ¿No sería preferible entonces hablar de represalias por razón de los riesgos y amenazas inherentes a todas las contramedidas, para que éstas mantengan el carácter sospechoso que es su característica fundamental? El orador señala que después de haber vacilado finalmente ha decidido suscribir el término «contramedidas», consagrado ya por lo demás en el título del artículo 30 de la primera parte y en el proyecto de artículo 11 propuesto por el Relator Especial, por optimismo y quizás con la esperanza de que cubriendo al lobo con una piel de cordero se le hará más dócil y más fácil de dominar.

17. Con respecto al artículo 12, el orador aprueba las disposiciones del párrafo 1, que prohíbe a un Estado lesionado recurrir a contramedidas antes de haber agotado todos los procedimientos de solución amistosa de que se disponga y de haber comunicado su intención de hacerlo. Se trata de dos condiciones mínimas y la primera en particular es absolutamente fundamental y merece retener la atención de la Comisión. En efecto, es la ocasión de subrayar el recurso a los mecanismos de solución pacífica de las controversias y de realizar un progreso en esta esfera, y a este respecto el orador apoya por entero los argumentos expuestos por el Relator Especial en el capítulo V de su tercer informe. Para que las contramedidas no sean el punto de partida de una escalada y de reacciones en cadena entre Estados lesionados y Estados infractores es necesario, de una parte, eliminar o reducir al mínimo el carácter subjetivo de la apreciación de la existencia y de la gravedad de un hecho ilícito y, de otra parte, reforzar la credibilidad de los procedimientos de solución de las controversias, en particular los de carácter jurisdiccional.

18. No es menos cierto que la relación entre contramedidas y procedimientos de solución pacífica de las controversias es compleja y que conviene preguntarse no solamente si las contramedidas son posibles mientras se halla en curso un procedimiento de solución sino también plantear el problema en términos de complementariedad y de subsidiariedad. En efecto, el recurso a las contramedidas puede justificarse cuando contribuya a mejorar el funcionamiento de los procedimientos de solución pacífica, por ejemplo ejerciendo presión sobre el Estado autor del hecho ilícito para inducirle a aceptar o a facilitar tal procedimiento; las contramedidas aparecen entonces como complementarias del procedimiento de solución. Las contramedidas pueden también justificarse para paliar la inexistencia o el fracaso de un recurso a los procedimientos de solución pacífica y entonces es cuando se puede hablar de subsidiariedad. En el párrafo 2 del artículo 12 se tiene en cuenta esta relación cuando se trata de reglamentar las contramedidas y de inducir a los Estados lesionados a respetar ciertas condiciones sin favorecer ni alentar por ello a los Estados autores de hechos ilícitos. Como han subrayado algunos miembros, el elemento temporal no debe olvidarse en esta situación y se trata de evitar que el transcurso del tiempo penalice al Estado lesionado en beneficio del Estado infractor.

19. Por lo que respecta al párrafo 3 del artículo 12, está redactado de una manera bastante oscura. El orador cree comprender la intención del Relator Especial, a saber,

enunciar una excepción a la excepción, pero la utilización, al menos en el texto francés, de tres negaciones en cuatro líneas hace difícil de entender la disposición. El Comité de Redacción debería sin embargo poder subsanar esta dificultad. El principio de proporcionalidad, objeto del artículo 13, es sin duda el menos polémico y queda solamente por determinar cómo enunciarlo y sobre todo cómo caracterizar la proporcionalidad. En cuanto al enunciado, el Relator Especial ha estudiado las diversas formulaciones posibles, negativa o positiva, remitiéndose en particular a la sentencia dictada en el asunto del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*[7] y a la propuesta del Instituto de Derecho Internacional[8]. El Sr. Mahiou por su parte se inclina a preferir la formulación positiva porque le parece que limita más el margen de apreciación subjetiva que la formulación negativa.

20. La proporcionalidad debe caracterizar todas las reacciones del Estado lesionado, incluidas las medidas de reciprocidad y las medidas de retorsión. En este sentido se manifiesta de la manera más patente, tras la igualdad abstracta y la simetría formal, la desigualdad de hecho entre los Estados poderosos y los que lo son menos. La interpretación del principio de proporcionalidad debe ser la misma sea cual fuere la reacción, y sobre este punto el orador no comparte la opinión del Relator Especial, que en su tercer informe se refiere, es verdad que con mucha prudencia, a una «aplicación más precisa» en el caso de las medidas de reciprocidad. La proporcionalidad debe aplicarse de la manera más rigurosa posible para evitar todo desequilibrio entre las contramedidas y el hecho ilícito que las ha motivado. Por ejemplo, una medida de reciprocidad adoptada por un Estado ribereño contra un Estado enclavado puede tener para este último consecuencias verdaderamente catastróficas. En tales situaciones la proporcionalidad reviste una importancia fundamental al impedir que los Estados poderosos abusen de su posición en perjuicio de los Estados más débiles haciéndoles soportar las consecuencias excesivas de un hecho ilícito, sea cual fuere la gravedad de éste.

21. En cuanto a los parámetros que permiten definir la proporcionalidad, el artículo 13 retiene la gravedad del hecho ilícito y de sus efectos. El problema es, a este respecto, evitar la aplicación de la ley del talión. La tarea no es fácil, sobre todo si la evaluación de la gravedad del hecho ilícito y de sus efectos se deja a la apreciación del Estado lesionado. Quizás es en este punto donde la Comisión debería esforzarse por promover el recurso a los procedimientos de solución pacífica de las controversias, pues no hay otro medio de limitar el margen discrecional dejado al Estado lesionado y las posibilidades de abuso que el de hacer intervenir a un tercero en la apreciación de la gravedad del hecho ilícito; el problema reside en saber cómo hacer posible la intervención de ese tercero.

22. El orador señala, por otra parte, que el Relator Especial parece considerar que el criterio de la finalidad no tiene cabida entre los parámetros de la proporcionalidad. La desconfianza del Relator Especial está justificada en parte en lo que respecta a la finalidad en general, pero cabe preguntarse si algunas finalidades, por ejemplo, obtener la cesación del hecho ilícito o el recurso a un procedimiento de solución pacífica no deberían tenerse en cuenta en la apreciación de la proporcionalidad de las contramedidas. Tomar en consideración estas finalidades concretas contribuiría a descartar la aplicación de la ley del talión que puede ser resultado de la apreciación de la gravedad del hecho ilícito o de sus efectos.

23. Por lo que concierne al artículo 14 (Contramedidas prohibidas), el apartado *a* del párrafo 1 merece por su importancia una atención especial. En efecto, a juicio del Sr. Mahiou, el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe todo recurso a la fuerza fuera de los casos de legítima defensa, entendida ésta —y lo repite porque es de capital importancia— en el sentido más estricto, excluyendo en particular el concepto de legítima defensa preventiva y otros conceptos invocados para justificar los actos prohibidos por la Carta y el derecho internacional general. El orador no puede menos de expresar su oposición ante ciertos razonamientos, por lo demás mencionados por el Relator Especial, que, en nombre de la lógica y el realismo, invocan el comportamiento de un pequeño número de Estados que han recurrido a la fuerza para sostener que el párrafo 2 del Artículo 4 de la Carta permitiría el recurso a la fuerza y que sostienen que no deberían ser condenados de manera absoluta. Si este mismo razonamiento se aplicara en otras esferas, se podría llegar a la conclusión de que porque un cierto número de Estados, más numerosos aún que los que han recurrido a la fuerza armada, realizan prácticas condenadas por numerosas convenciones, por ejemplo la tortura, estas prácticas son legítimas. A juicio del Sr. Mahiou, si hay una esfera en que la Comisión debe negarse absolutamente a sancionar ciertas interpretaciones perniciosas del derecho es la del recurso a la fuerza, que debe estar prohibido de manera absoluta.

24. El párrafo 2 del artículo 14 plantea el enorme problema de las medidas de coacción política o económica y de su prohibición cuando ponen en peligro la integridad territorial o la independencia política de un Estado. Es cierto que las medidas de este carácter pueden tener consecuencias tan graves, incluso más graves que el recurso a la fuerza armada, pero hay que calificarlas mejor para restringir el alcance de la prohibición. En el texto propuesto por el Relator Especial ésta viene condicionada por el carácter «extremo» de las medidas de coacción pero, además de la imprecisión del calificativo empleado, lo que debe retener la atención no es tanto la naturaleza intrínseca de las medidas como su finalidad, a saber el peligro para la integridad territorial o la independencia política de un Estado. El peligro para la integridad territorial es relativamente fácil de reconocer o determinar pero no sucede lo mismo para la independencia política, que en definitiva podría considerarse inherente a toda contramedida. El concepto de independencia política exige pues una nueva reflexión que permita definir un umbral de gravedad a partir del cual habría prohibición y ello identificando las características y dimensiones que hay que proteger, en lo que respecta en particular a los aspectos esenciales de la soberanía del Estado.

25. En el capítulo VII de su cuarto informe (A/CN.4/444/Add.2), el Relator Especial estudia detenidamente la cuestión de los regímenes llamados autónomos y sus relaciones con el proyecto de artículo 2 de la

[7] Véase 2267.ª sesión, nota 8.

[8] *Ibid.*, nota 10.

segunda parte[9]. El orador no cree que sea preciso abrir de nuevo el debate sobre este artículo. De una parte, la interpretación rígida que de él se da en el cuarto informe, no es la única posible, pues las normas que la Comisión está estableciendo pueden tener también un carácter supletorio en relación con los regímenes llamados autónomos. De otra parte, la Comisión deberá quizá reanudar el debate sobre el proyecto de artículo 2 de la segunda parte cuando examine las relaciones entre la convención en curso de codificación y los demás acuerdos internacionales que rigen la responsabilidad en una determinada esfera. Los regímenes convencionales pueden entrar en el ámbito del proyecto de la Comisión en caso de hecho ilícito, por eso hay que saber si conviene prever una disposición que precise las relaciones entre la convención en curso de preparación y las convenciones existentes o bien si hay que remitirse a las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. El Relator Especial ha delimitado y clarificado bien este problema, pero quizá es demasiado pronto para hallarle una solución.

26. Al proponer un proyecto de artículo 5 *bis*, el Relator Especial cuestiona la vía seguida por su predecesor que condujo al artículo 5[10] aprobado en primera lectura. Tras una argumentación rigurosa, sólida y bastante eficaz llega a la conclusión de que la distinción entre Estados directamente lesionados y Estados no directamente lesionados es inaceptable por ser inapropiada y sobre todo por no estar jurídicamente fundada. Cabe señalar a este respecto que al preparar y aprobar el artículo 5 la Comisión no parece haber hecho suya esta distinción, que ha seguido siendo esencialmente la del Relator Especial anterior. A este problema de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados el Relator Especial propone una solución que el orador se inclina a juzgar en muchos aspectos más coherente y más satisfactoria y que consiste en basarse no en el carácter directo o indirecto de la lesión sino en la naturaleza y el grado del perjuicio sufrido. Esta solución presenta ante todo la ventaja de situar el problema en el terreno más claro y más conocido del perjuicio, noción que guía toda la segunda parte. Además, está exenta de las incertidumbres que afectan a las nociones de Estados directamente o indirectamente lesionados. Finalmente, evita una posible confusión entre Estados directamente o indirectamente lesionados y daños directos o indirectos. Evidentemente, queda por saber si permitirá definir con claridad la posición de los diferentes Estados en beneficio de los cuales existen obligaciones violadas, las consecuencias sustantivas o adjetivas que van a derivarse para cada Estado y las contramedidas que pueden aplicarse según la naturaleza y el grado del perjuicio sufrido. El Relator Especial ha aclarado ya algunas de estas cuestiones, pero otras permanecen en la sombra. En todo caso, su manera de proceder permite una interpretación más coherente del artículo 5, cuya estructura y contenido no se ponen en cuestión. ¿Debería concretarse necesariamente mediante la adición de un artículo 5 *bis* como el propuesto por el Relator Especial? En definitiva, si un problema merece ser planteado y aclarado puede justificarse una disposición en ese sentido. De todas maneras, el conjunto de los proyectos de artículos propuestos puede remitirse al Comité de Redacción.

27. El Sr. RAZAFINDRALAMBO comparte en lo esencial las grandes opciones de los informes tercero y cuarto, que no se desvían sustancialmente de las expuestas por el anterior Relator Especial y examinadas ya por la Comisión en su 37.° período de sesiones. Sus observaciones no se referirán pues más que a algunos problemas que plantea el Relator Especial y a puntos concretos de los proyectos de artículos que propone.

28. La cuestión de la oportunidad de tratar de las medidas adoptadas por el Estado lesionado en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito no es gratuita si se considera que puede ponerse en duda la realidad de la lesión y si se tiene presente que en un pasado no lejano Estados poderosos, pretendiéndose lesionados por un hecho atribuido a Estados débiles, tomaban contra estos últimos represalias en forma de expediciones militares punitivas cuya finalidad era atribuirse ventajas exorbitantes. Sobre estas prácticas, contrarias a la justicia si no al derecho internacional y que han caracterizado la historia reciente de los antiguos países coloniales, las relaciones que se examinan parecen correr un púdico velo como para no despertar viejos demonios. Pero ¿han desaparecido realmente estas prácticas o simplemente toman nuevas formas? La Comisión no puede ocultar este fenómeno, tanto menos cuanto que ha dedicado una disposición específica, el artículo 30, al ejercicio legítimo de las contramedidas en reacción frente a un hecho internacionalmente ilícito. Sería extraño además que después de haber examinado las formas de reacción del Estado lesionado, que el Relator Especial llama consecuencias sustantivas, se abstenga de pasar a otras formas, las que se refieren a la suspensión del cumplimiento de las obligaciones del Estado lesionado, es decir, las consecuencias adjetivas. Dadas las siniestras connotaciones del término «represalias», el Relator Especial, aprobado en esto por la casi totalidad de los oradores anteriores, ha preferido atenerse al de «contramedidas», que ya ha sido utilizado por la Comisión y que se encuentra en la jurisprudencia arbitral, en el asunto del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*, de 1978, y en la de la propia CIJ, en el asunto de *Nicaragua*[11].

29. El régimen de contramedidas diseñado en los informes tercero y cuarto se articula en torno a tres ideas maestras: necesidad de un hecho internacionalmente ilícito, que sería de alguna manera la condición de la existencia de las contramedidas, exigencia de una demanda previa de reparación y del agotamiento de los procedimientos de solución amistosa y finalmente limitaciones de fondo al recurso a las contramedidas. El Sr. Razafindralambo suscribe por entero este plan general, pero el debate que ha suscitado le inspira algunas observaciones. La primera se refiere a la tentación que podría tener un Estado de recurrir a contramedidas sin haber sufrido un perjuicio; es el «síndrome» del gendarme de la totalidad o parte del planeta. En realidad, el sistema concebido por el Relator Especial establece un vínculo necesario entre la contramedida y la demanda de restitución en especie

[9] Para el texto, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 87.

[10] *Ibid.*

[11] Véase 2267.ª sesión, nota 6.

(art. 7[12]) y de reparación por equivalencia (art. 8[13]), demanda que es previa y que tiene por objeto la reparación de un daño sufrido. Otro problema, conexo con el anterior, se refiere a la necesidad de conferir a las contramedidas una función estrictamente compensatoria y reparadora, habida cuenta de las consecuencias ya mencionadas de las represalias punitivas.

30. El Relator Especial cuestiona la validez del concepto de regímenes «autónomos» y se pregunta al mismo tiempo sobre el alcance del artículo 2 que la Comisión ya aprobó provisionalmente en 1986. A juicio del orador, el mantenimiento de este artículo, por el momento, no puede tener incidencia alguna en el estudio de las disposiciones sobre las consecuencias jurídicas tratadas en la segunda parte del proyecto, de manera que la mejor solución sería quizá volver a examinar el problema cuando los Estados hayan formulado sus observaciones sobre el conjunto del proyecto, una vez aprobado éste en primera lectura. Por lo que concierne a la cuestión de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados, la conclusión a que llega el Relator Especial parece fundada, pero como no introduce ningún cambio fundamental en la regla general parece inútil concretarla mediante la adición de un artículo 5 *bis*.

31. Pasando a las observaciones que le inspiran más concretamente los proyectos de artículos propuestos, el orador subraya que el artículo 11, que no es más que la prolongación del artículo 30 de la primera parte y está condicionado por el fracaso de las solicitudes hechas al amparo de los artículos 6 a 10, tiene por objeto abarcar todas las formas de contramedidas, y especialmente las represalias y la reciprocidad, lo que explica el abandono de la condición de correspondencia entre las obligaciones violadas por el Estado infractor y las obligaciones incumplidas por el Estado lesionado. No es menos cierto que la fórmula «abstenerse de cumplir» parece indicar que el Estado no tiene otra opción que poner fin definitivamente a sus propias obligaciones. El concepto de «suspensión de la ejecución» parece más compatible con el carácter provisional de las medidas previstas en el párrafo 2 del artículo 12, más en particular cuando un órgano internacional ha de decidir en el marco de un procedimiento de solución por intervención de tercero. Claro está, hay casos en que las obligaciones no pueden suspenderse materialmente, pero el Comité de Redacción podría sin duda hallar una fórmula que combine la suspensión y la revocación.

32. Por lo que respecta al artículo 12, la condición del agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa puede pasar quizá por un defecto latente del sistema, pero ¿por qué actuar con precipitación? En virtud del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, las partes en una controversia deben buscarle solución por los medios de arreglo, que son muchos. En el plano de la redacción de dicho artículo sería preciso, según el Sr. Razafindralambo, dar prioridad a los procedimientos de solución previstos por un instrumento en el que el Estado lesionado sea parte en relación con los demás procedimientos mencionados en el apartado *a* del párrafo 1. Si el párrafo 2 no plantea problema alguno, en cambio el párrafo 3 no parece suficientemente claro y el Relator Especial podría tal vez revisarlo. Por lo que respecta al artículo 13, la forma negativa parece la indicada para una norma que tiene un valor de prohibición. Por otra parte, esta norma tiene por objeto moderar los efectos del derecho previsto en el artículo 11 y debería situarse pues allí donde el anterior Relator Especial la había colocado, después del enunciado de ese derecho.

33. El orador suscribe el principio de la prohibición de ciertos tipos de contramedidas enunciado en el artículo 14. Apoya resueltamente la idea del Relator Especial de precisar el alcance de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza haciéndola extensiva no sólo a la fuerza armada sino también a todas las medidas extremas de coacción política o económica. De todos modos, así entendidos, la amenaza o el uso de la fuerza constituyen una violación de las disposiciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Por ello, la nueva versión del artículo 14, al relegar una parte de la definición a un párrafo 2 aparte, debilita el alcance de la prohibición y parece pues menos buena que la primera[14]. Quizá el Comité de Redacción hallará la formulación ideal. El inciso i) del apartado *b* hace referencia a la noción de derechos humanos fundamentales, que no figura más que en el Preámbulo de la Carta, pues el Artículo 1 se refiere a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. En el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se estipula que no habrá suspensión alguna de los derechos humanos enumerados en los artículos que siguen; fórmula más precisa y que corresponde a la utilizada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en la definición de una norma imperativa de derecho internacional (art. 53). Cabe pues preguntarse si los derechos humanos fundamentales no corresponden simplemente al *jus cogens* y si, por consiguiente, el inciso i) del apartado *b* del párrafo 1 no duplicaría el inciso iii). El orador opta sin embargo por el mantenimiento de una prohibición en relación con la protección de los derechos humanos fundamentales porque no excluye que esta noción evolucione y que algunos derechos sociales y económicos, incluso derechos como el derecho al medio ambiente, puedan algún día formar parte de ella.

34. La formulación del inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 es preferible a la del apartado *a* del artículo 12, propuesto por el anterior Relator Especial[15], en cuanto la prohibición afecta a todas las formas de diplomacia bilateral y multilateral, pero en otros aspectos parece menos concreta. No hace ninguna distinción entre los privilegios y las inmunidades diplomáticas y no dice nada de los efectos de la prohibición sobre el principio de la reciprocidad. En cuanto al inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1, no parece indispensable dado que el *jus cogens* reviste por definición una fuerza imperativa.

35. El inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1 plantea en cambio más dificultades, en el sentido de que, bajo una apariencia anodina, se pretende en él tratar de la violación de las obligaciones *erga omnes*. A juicio del Relator Especial, la solución propuesta por su predecesor en los

[12] Para el texto propuesto por el Relator Especial, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 78, párr. 230.

[13] Para el texto propuesto por el Relator Especial, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. B, párr. 344, nota 271.

[14] Véase 2277.ª sesión, nota 9.

[15] Véase 2273.ª sesión, nota 10.

apartados *a* y *b* del párrafo 1 y en el párrafo 2 de su proyecto de artículo 11[16] no toma en consideración más que las obligaciones *erga omnes* previstas en tratados multilaterales, dejando a un lado las que se derivan de normas de derecho general, consuetudinario o no escrito. Esta observación ya se ha formulado con respecto al artículo 5 de la segunda parte[17], que para definir al Estado lesionado se refiere justamente al derecho internacional consuetudinario [apartado *e* del párrafo 2 e inciso ii) del mismo apartado]. Para colmar la laguna señalada con razón por el Relator Especial bastaría insertar en el texto introductorio del apartado *a* del artículo 11 propuesto por el anterior Relator Especial la mención «o una norma de derecho internacional consuetudinario por la cual están vinculados». El Relator Especial podría ayudar al Comité de Redacción a hallar una fórmula más completa y más aceptable que permita «desempolvar» el artículo 11. Sea como fuere, el orador está de acuerdo en que los artículos 11 a 14 se remitan al Comité de Redacción.

36. El Sr. FOMBA recuerda que ya ha formulado sus observaciones sobre los capítulos IV, V y VI del cuarto informe (A/CN.4/444/Add.1) (2278.ª sesión); se limitará pues a comentar brevemente los capítulos VII y VIII (A/CN.4/444/Add.2).

37. En lo que se refiere a los regímenes autónomos, el Relator Especial plantea la cuestión central de saber si las normas constitutivas de esos regímenes afectan al derecho de los Estados partes de recurrir a las contramedidas autorizadas por el derecho internacional general. El Relator Especial trata de responder a ello de manera pragmática basándose en el examen de los principales casos de regímenes llamados autónomos (orden jurídico de la Comunidad Europea, normas relativas a la protección de los derechos humanos, normas relativas a las relaciones diplomáticas y el sistema del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) y considera que estos ejemplos no son convincentes. De ello extrae la conclusión de que

> [...] no sería apropiado, al codificar el derecho de la responsabilidad de los Estados, pensar en la inclusión de disposiciones que impongan restricciones «especiales» a las medidas consistentes en la suspensión o terminación de las obligaciones derivadas de tratados que crean regímenes especiales u organizaciones internacionales. [...] la debida interpretación y aplicación de las normas generales que rigen cualquier medida unilateral... deberían ser suficientes para resolver los problemas que pueden surgir en relación con los tratados que establecen organizaciones internacionales o regímenes supuestamente «autónomos».

El Sr. Fomba comparte esta conclusión pues en materia jurídica es partidario de la mayor «integración» posible, es decir, de una complementariedad entre el sistema jurídico global y los subsistemas especiales. En realidad, tras la noción teórica de regímenes autónomos le parece ver perfilarse el viejo debate sobre la dialéctica entre el «macrocosmos» y el «microcosmos» jurídico, debate en el cual la Comisión no tiene que entrar, salvo quizá para subrayar la coherencia y la interdependencia de los dos.

38. Las observaciones formuladas por el Relator Especial en su cuarto informe acerca del proyecto de artículo 2 de la segunda parte, aprobado en primera lectura, y su propuesta de volver a examinar este artículo sin esperar a su examen en segunda lectura, por razón del vínculo existente entre su objeto y los regímenes llamados «autónomos», dejan un tanto perplejo al Sr. Fomba, pero considera que sea cual fuere la posición que finalmente adopte la Comisión sobre la cuestión de los regímenes «autónomos» deberá estar en armonía con el espíritu y la letra del proyecto de artículo 2. No tiene comentario alguno que formular con respecto al proyecto de artículo 4 que, según el Relator Especial, requeriría también una reflexión más a fondo.

39. En lo que respecta al problema de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados que es objeto del capítulo VIII del cuarto informe, el orador ha tomado nota debidamente de las razones por las cuales el Relator Especial considera inaceptable la noción de Estados no directamente lesionados. Le agradece que haya recordado la génesis de esta noción y los debates que tuvieron lugar en la CDI y en la Sexta Comisión en 1984.

40. A propósito de la definición de Estado lesionado en el artículo 5, efectivamente es importante subrayar que el hecho internacionalmente ilícito consiste las más de las veces en una lesión de un derecho, constituyendo esa lesión —con o sin daño— el perjuicio. Es otro aspecto del principio «sin interés, no hay acción».

41. Al orador le ha parecido muy interesante el análisis teórico que hace el Relator Especial de los casos relativos a la posición de los diversos Estados en cuanto a las consecuencias de las obligaciones *erga omnes*.

42. En la sección B del capítulo VIII ha llamado su atención la nota del penúltimo párrafo. Se dice en esta nota que el concepto de Estado «indirectamente» lesionado es fruto de un equívoco, que se deriva de una insuficiente «asimilación» de la definición del hecho internacionalmente ilícito enunciada en el artículo 3 de la primera parte del proyecto. Cabe preguntarse a quién se hace referencia: ¿a los miembros de la CDI o a los miembros de la Sexta Comisión?

43. El orador aprueba la conclusión enunciada por el Relator Especial, según la cual el único punto de partida razonable para las consecuencias, tanto sustantivas como adjetivas, de una violación de obligaciones *erga omnes* es la caracterización de la posición de cada Estado lesionado según la calidad y la entidad del daño sufrido.

44. Finalmente, en la sección C del capítulo VIII relativa a las soluciones posibles en caso de pluralidad de Estados lesionados, el Relator Especial, después de haber recordado que el hecho de que la violación de obligaciones *erga omnes* se traduzca en la existencia de una pluralidad de Estados lesionados, unido al hecho de que esos Estados no son lesionados de la misma manera ni en el mismo grado, complica la relación de responsabilidad, analiza muy juiciosamente la manera en que se ven alteradas las consecuencias tanto sustantivas como adjetivas de la violación. Subraya en particular que estos problemas sólo se han previsto en relación con hechos ilícitos considerados como «crímenes» en virtud del artículo 19 de la primera parte, pero que pueden plantearse también respecto de las consecuencias de hechos ilícitos más ordinarios que se designan comúnmente con la denominación de «delitos».

---

[16] *Ibid.*

[17] Véase 2266.ª sesión, nota 11.

45. El orador se suma en general a las conclusiones formuladas por el Relator Especial al final de este capítulo del informe y en particular a la de que los problemas particulares que plantea la violación de obligaciones *erga omnes* exigen simplemente que las normas generales adoptadas o propuestas hasta ahora se comprendan y se apliquen correctamente.

46. Finalmente, por lo que respecta al proyecto de artículo 5 *bis*, le parece que se justifica por las razones siguientes: el hecho de que el concepto de «Estado lesionado» no lleve consigo, *ipso facto*, un trato igualitario de los Estados lesionados; el recurso, para determinar el Estado o los Estados lesionados a la definición *stricto sensu* del hecho internacionalmente ilícito; y la determinación, sobre la sola base de esta definición estricta, de los derechos o facultades reconocidos a cada Estado. Dicho esto, el alcance del artículo 5 *bis* podría muy bien deducirse de una lectura inteligente del artículo 5, pero quizá sea necesario formularlo expresamente para eliminar todo equívoco. Por lo demás, se trata de una cuestión de redacción.

47. El Sr. VARGAS CARREÑO considera que se ofrece a la Comisión una oportunidad histórica para avanzar con mayor rapidez en el tema que se examina. La falta de confrontación ideológica como consecuencia del final de la guerra fría, las mayores facilidades que proporcionan las relaciones internacionales para lograr el consenso y el hecho de que numerosos Estados hayan venido a reforzar la comunidad internacional son otras tantas circunstancias favorables que la Comisión debe aprovechar. El orador cree que hay que dar prioridad al tema de la responsabilidad de los Estados en el próximo quinquenio, de manera que se pueda adoptar un proyecto definitivo de convención durante el actual decenio del derecho internacional.

48. El problema que aborda la Comisión en el presente período de sesiones, el de las consecuencias adjetivas de un hecho internacionalmente ilícito —o de las contramedidas—, no es fácil. Como ha señalado el Relator Especial, es un tema que no presenta prácticamente ninguna similitud con el régimen de la responsabilidad estatal que reconocen los ordenamientos jurídicos nacionales. La falta en el actual derecho internacional de un marco institucional adecuado hace difícil determinar los elementos de cualquier reglamentación del comportamiento de los Estados. Por otra parte, si bien existe una abundante práctica interestatal, los elementos de *lex lata* no son de por sí suficientes para que ellos solos sirvan de base a un proceso de codificación, por lo que es necesario complementarlos con un desarrollo progresivo en el que se tomen en consideración la actual realidad internacional, los diferentes sistemas jurídicos y la necesidad de lograr fórmulas que permitan soluciones de consenso.

49. El requisito básico para poder recurrir legítimamente a una contramedida es la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que conculca un derecho del Estado que adopta esta reacción. No es suficiente que ese Estado crea de buena fe que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito en contra suya. Si toma contramedidas basándose en esa presunción de ilicitud del comportamiento del otro Estado, debe asumir el riesgo por su conducta y por ende puede él mismo llegar a ser responsable internacionalmente si se llega a la conclusión de que ninguno de sus derechos ha sido conculcado.

50. La función principal de las contramedidas es procurar la cesación del comportamiento ilícito o la reparación del daño causado o la garantía de que el hecho no volverá a repetirse, o las tres cosas a la vez. Su función penal es más dudosa y el orador conviene con el Relator Especial en que sería inadecuado incluir esa función punitiva en el proyecto de artículos. Conviene subrayar igualmente que las contramedidas no pueden ser adoptadas en forma automática y que deben ir precedidas en principio de alguna forma de protesta, intimidación, reclamación o conminación.

51. Refiriéndose más concretamente al proyecto de artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), el orador declara apoyar totalmente la disposición del apartado *a* del párrafo 1, según la cual el Estado lesionado, antes de tomar contramedidas, debe haber agotado todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o los instrumentos relativos a la solución de controversias en los que sea parte. Piensa también, como se dice en el apartado *a* del párrafo 2, que esta condición no es aplicable cuando el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución pacífica.

52. Pero el orador tiene serias dudas en cuanto a la necesidad o la conveniencia de incluir disposiciones que se refieran a medidas cautelares, sobre todo si en el proyecto se autoriza expresamente el recurso a esas medidas antes de que se inicie el procedimiento de arreglo pacífico o incluso, como se ha propuesto, en el curso de ese procedimiento. El apartado *b* del párrafo 2 podría dar origen a dificultades y a unas conductas abusivas por parte de Estados que se ampararan en esa autorización, que debilita el alcance del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Es cierto que en algunas circunstancias puede ser legítimo recurrir inmediatamente a medidas cautelares sin esperar a que se inicie un procedimiento de arreglo pacífico. Pero la misma prudencia que ha inducido al Relator Especial a no incluir el aspecto punitivo de las contramedidas debe disuadirlo de prever una disposición sobre las medidas cautelares que parece ofrecer más inconvenientes que ventajas.

53. El orador dice que está de acuerdo con los proyectos de artículos 11 y 12, pero preferiría que se suprimieran los apartados *b* y *c* del párrafo 2 del artículo 12 o que se formularan de nuevo de tal manera que no se ponga en duda la regla fundamental enunciada en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

54. Respecto al proyecto de artículo 13 (Proporcionalidad), se declara de acuerdo con los planteamientos del Relator Especial, sobre todo en cuanto a la necesidad de evaluar esa proporcionalidad habida cuenta no sólo de los elementos meramente cuantitativos del daño causado sino también de los factores cualitativos, como son la importancia del interés protegido por la norma conculcada y la gravedad de la violación.

55. En el proyecto de artículo 14 (Contramedidas prohibidas) revisado, el Relator Especial propone prohibir al Estado lesionado recurrir a modo de contramedida a la

amenaza o al uso de la fuerza armada y a otros diversos comportamientos enumerados en los incisos i) a iv) del apartado *b*. El orador desearía examinar detenidamente esas disposiciones.

56. En primer lugar, por lo que respecta a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza armada, definida con más amplitud en el proyecto de artículo 14 revisado, parece que la prohibición enunciada en el Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas posea el rango de una norma de derecho internacional general, esto es de *jus cogens*. Así lo confirman toda la doctrina y diversas sentencias de la CIJ, sin contar las resoluciones de la Asamblea General. De la génesis de este artículo de la Carta y de las interpretaciones de que ha sido objeto posteriormente se desprende que por «fuerza» debe entenderse sólo la fuerza física o militar y no otro tipo de coacciones que, aunque ilícitas y contrarias al derecho internacional, no tienen su fundamento en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta. Sosteniendo pues una interpretación restrictiva de este párrafo, el orador sostiene esa misma interpretación con respecto a casos muy excepcionales en que es legítimo el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Esos casos son dos: la legítima defensa individual o colectiva y la intervención de los órganos competentes de las Naciones Unidas con el objeto de restablecer la paz.

57. Por lo que respecta a la primera excepción, la de la legítima defensa, sólo procede en respuesta a un ataque armado, esto es ante un acto de violencia consumado. Cualquier otra interpretación que justifique las represalias armadas no fundadas en razones humanitarias o en la necesidad de proteger a nacionales en el extranjero no puede ser considerada compatible con el derecho internacional.

58. Por lo que respecta al segundo caso excepcional, la intervención de los órganos de las Naciones Unidas plantea diversos problemas jurídicos. La Comisión no es el lugar adecuado para analizarlos pero el Relator Especial ha invitado a los miembros a reflexionar sobre el artículo 4 de la segunda parte[18] aprobado provisionalmente por la Comisión, que somete las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito a la Carta de las Naciones Unidas. Como dice el propio Relator Especial, es una disposición que ofrece también más inconvenientes que ventajas y que plantea problemas que trascienden el de la responsabilidad internacional de los Estados puesto que remiten al tema de la solución de las controversias, a la distinción entre controversias jurídicas y políticas, a las facultades del Consejo de Seguridad y a sus relaciones con los demás órganos de las Naciones Unidas, especialmente con la CIJ. ¿Significa este artículo 4 que el Consejo de Seguridad no podría hacer uso de las facultades que le confiere el Capítulo VI de la Carta? ¿Qué efectos tiene esa disposición sobre la competencia de la CIJ? ¿Acaso la Corte no es competente para reparar las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito?

59. Volviendo al proyecto de artículo 14, el orador declara preferir la anterior versión a la nueva. En efecto, es mejor distinguir lo que es estrictamente la amenaza o el uso de la fuerza y otras situaciones que no constituyen una aplicación estricta del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Si se retiene pues la primera versión habrá que recoger quizá, para expresar el elemento de coacción política y económica que debería figurar en ella, una terminología como la de los artículos 18 y 19 de la Carta de la OEA, que la Asamblea General ha recogido en algunas de sus resoluciones, en particular en la resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, que prohíbe aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquiera otra índole para coaccionar a otro Estado.

60. El orador analiza a continuación las diversas limitaciones que el proyecto de artículo 14 impondría al derecho del Estado lesionado de adoptar unilateralmente contramedidas. La primera, contenida en el inciso i) del apartado *c*, se refiere a las contramedidas no conformes con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales. El derecho internacional de los derechos humanos ha experimentado recientemente un desarrollo vertiginoso y la prohibición propuesta por el Relator Especial parece aceptarse fácilmente. La distinción que establece entre los derechos humanos «fundamentales» o «esenciales» y los demás está recogida en los principales instrumentos en la materia, que distinguen todos entre los derechos que no pueden ser suspendidos (como es el caso del derecho a la vida) y las libertades que sí pueden ser suspendidas. Al emplear la expresión «derechos humanos fundamentales» en esta disposición se sustraen pues, por ejemplo, los derechos patrimoniales de los extranjeros presentes en el país lesionado. La práctica estatal reciente no sólo presenta casos de expropiación de bienes de extranjeros a modo de contramedidas sino también casos de congelación de activos de extranjeros como reacción al comportamiento ilícito del Estado del que son nacionales.

61. En el inciso ii) del apartado *c* se excluyen también las medidas que causen un grave perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral. Pero la fórmula propuesta parece demasiado vaga y amplia. Si hay una esfera en la cual las contramedidas son perfectamente legítimas es precisamente en el derecho diplomático. Los ejemplos abundan: la ruptura o suspensión de las relaciones diplomáticas; el no reconocimiento de un gobierno; el retiro de un embajador o incluso de toda una misión diplomática; la declaración de persona *non grata* de un diplomático, y otros. Estos comportamientos pueden efectivamente causar perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral. En el sector de la diplomacia multilateral, sobre todo cuando se trata de organizaciones internacionales de carácter regional, hay también ejemplos de actos legítimos que no obstante pueden causar un perjuicio a las relaciones normales. Así sucedió en 1976, con ocasión de la Asamblea General de la OEA, que debía celebrarse en Santiago de Chile pero en la cual el Gobierno mexicano se negó a participar por estar a la sazón en el poder en el país huésped un gobierno militar. Así sucedió también en 1978, cuando el Gobierno uruguayo se ofreció para acoger a la Asamblea General en Montevideo, oferta aceptada en principio, pero al no haber invitado este Gobierno a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, varios Estados intervinieron para pedir que la Asamblea General se celebrara en otro país. El texto propuesto sería aceptable si se añadie-

[18] *Ibid.*

ran consideraciones relativas a las inmunidades de los agentes diplomáticos y consulares y a la situación de los locales. El orador propone pues que la prohibición se haga extensiva a las contramedidas que atenten contra la inviolabilidad de las personas y de los locales protegidos por el derecho diplomático, fórmula más concreta y más conveniente en este caso.

62. El inciso iii) del apartado *c* prohíbe las medidas contrarias a las normas imperativas de derecho internacional general. Es una disposición prudente pues las prohibiciones anteriores no agotan el *jus cogens* que además presenta un carácter histórico y puede pues ampliarse, reducirse o modificarse con el tiempo sin que para ello sea necesario modificar una convención.

63. Se propone además una restricción que constituye una aplicación del efecto *erga omnes* de determinadas obligaciones jurídicas internacionales. La obligación *erga omnes* no se caracteriza por la importancia del interés protegido por la norma sino más bien por la indivisibilidad jurídica del contenido de la obligación. Es ésta una materia compleja que ya ha sido en parte recogida en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En el informe que se examina el Relator Especial la recoge, con razón, de una manera cautelosa.

64. Resumiendo su posición, el orador declara que los proyectos de artículos 11 a 14 presentados por el Relator Especial le parecen en términos generales acertados. El Comité de Redacción introducirá en ellos las modificaciones necesarias y la Comisión podrá seguir avanzando.

65. El Sr. KUSUMA-ATMADJA expresa su admiración al Relator Especial por el enorme trabajo que ha realizado. Piensa como él que no hay que apresurarse demasiado en redactar proyectos de artículos. En efecto, se puede tomar tiempo suficiente para reflexionar sin renunciar por ello a obtener resultados concretos de aquí a cinco años.

66. Existe un vínculo evidente entre los trabajos que la Comisión realiza actualmente sobre la responsabilidad de los Estados y los otros temas que tiene ante sí, a saber la creación de un tribunal penal internacional y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Desde el momento en que las contramedidas autorizadas por el derecho internacional causan al Estado contra el que van dirigidas daños desproporcionados en relación con lo que era necesario para obtener satisfacción nace una responsabilidad «objetiva» *(liability)* a cargo del Estado autor de esas contramedidas. Y quien dice responsabilidad objetiva dice reparación del daño causado. Este aspecto es particularmente interesante pues la Comisión no debe ocuparse solamente de redactar leyes y convenciones sino también preocuparse por su resultado en el plano humano. A este respecto el Sr. Shi (sesiones 2267.ª y 2273.ª) ha insistido muy justamente en los peligros que encierra la codificación de las contramedidas, que pueden ser la expresión de la ley del más fuerte. No obstante, la conclusión del orador es diferente de la suya: este peligro es una razón más para que la Comisión se ocupe del problema, pues es preferible mirar de frente las realidades de este mundo, que se caracteriza por una extremada diversidad de situaciones. El recurso a la fuerza, apenas imaginable en algunos países ricos y desarrollados, es todavía moneda corriente en otras partes del mundo y el nacionalismo, que puede parecer una idea anticuada, dista de estar muerto, como demuestra la situación actual en la Europa del Este y en la antigua Unión Soviética.

67. Por lo que concierne a los proyectos de artículos 11 a 14, sobre la cuestión de las contramedidas, el Sr. Kusuma-Atmadja se adhiere a la orientación general dada por el Relator Especial aun cuando le parezcan aconsejables algunas pequeñas modificaciones de redacción. Aprecia en particular que las contramedidas se hayan tratado como una solución muy excepcional que no debe utilizarse más que en situaciones extremas. Comparte no obstante la opinión del Sr. Razafindralambo con respecto al hecho de que en el artículo 13, relativo a la proporcionalidad, habría que haber utilizado quizá la forma negativa para dar más fuerza a la prohibición.

68. En lo que concierne a los regímenes autónomos, experimenta las mismas dificultades que el Relator Especial pero piensa que el artículo 5 *bis* no es necesario y que lo que se dice en él podría relegarse a un comentario. En esta esfera, como en la de las contramedidas, la Comisión debe ser mesurada en sus formulaciones. No conviene que se detenga demasiado en situaciones excepcionales so pena de producir una especie de «monstruo». En su conservadurismo los anteriores proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial precedente tenían aspectos acertados y si se combinaran estas antiguas versiones con las propuestas más audaces del actual Relator Especial se podría sin duda llegar a un buen resultado. Por lo que respecta a la relación entre los regímenes autónomos y las obligaciones *erga omnes* dimanantes de tratados o de convenciones, la Comisión debería dejarse guiar por las normas generales derivadas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Después de todo ¿no son los regímenes autónomos también tratados?

69. Tampoco en este caso hay que pretender apresurarse a redactar disposiciones, pues si se estudian ejemplos concretos se ve por ejemplo que los países miembros de la Comunidad Europea han necesitado años, tanto individualmente como en cuanto comunidad de Estados, para adaptarse al nuevo régimen establecido por las Convenciones de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. De hecho, en esta esfera, como en la de las contramedidas, hay que considerar que se trata de aspectos muy particulares del derecho internacional y obrar en consecuencia. ¿Sería tolerable, por ejemplo, que los artículos que la Comisión se esfuerza por elaborar disminuyan o debiliten las obligaciones *erga omnes* dimanantes de los Convenios de Ginebra de 1949? Esto lleva al orador a hablar de la cuestión de las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos que el Relator Especial menciona con toda razón en el proyecto de artículo 14. Este aspecto, que efectivamente merece reflexión y que podrá desarrollarse más en el comentario relativo a ese artículo, tiene una gran importancia para el tema que se examina. Así, por ejemplo, los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, que son esenciales para los países en desarrollo, son escarnecidos a menudo por las sociedades de explotación transnacionales que no piensan más que en sus beneficios y operan sin tener en cuenta las reglamentacio-

nes locales. En este caso, si el país huésped toma contramedidas, en su opinión, están perfectamente justificadas. Claro está que es preciso que las violaciones de los derechos humanos que dan lugar a contramedidas hayan sido persistentes y violentas. A este respecto se pregunta si la expresión «uso de la fuerza» que se utiliza en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 14 designa únicamente la fuerza física o toda clase de fuerza. No tiene una respuesta a esta cuestión, pero quisiera advertir a los miembros de la Comisión que se corre el riesgo aquí de abrir la caja de Pandora. Insiste en el hecho de que hay que ser mesurado y consciente de los límites que no se deben traspasar.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2281.ª SESIÓN

Viernes 3 de julio de 1992, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr.Yamada, Sr. Yankov.

Cooperación con otros organismos *(continuación*)*

(Tema 8 del programa)

DECLARACIÓN DE LA OBSERVADORA DEL COMITÉ EUROPEO DE COOPERACIÓN JURÍDICA

1. El PRESIDENTE da la cordial bienvenida a la Sra. Margaret Killerby, Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, y la invita a dirigir la palabra a la Comisión.

2. La Sra. KILLERBY (Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica) dice que desde julio de 1991 dos Estados más, Polonia y Bulgaria, se han sumado al Consejo de Europa y que se espera que los demás Estados de Europa Central y Oriental pasen a ser miembros del Consejo en el próximo futuro. El Consejo consta actualmente de 27 Estados miembros europeos. El Consejo continúa su amplio programa de cooperación en la esfera jurídica para los Estados de Europa Central y Oriental. El programa Demo-Droit, destinado a facilitar el establecimiento de instituciones y marcos legislativos basados en el principio de la democracia pluralista, los derechos humanos y el imperio del derecho, contiene programas multilaterales y ajustados a los países que tienen en cuenta las prioridades de los Estados interesados. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha sido mantenido al tanto regularmente de las actividades de la Comisión, y en su 56.° período de sesiones, en noviembre de 1991, tuvo el placer de oír una declaración del Sr. Eiriksson sobre ese tema.

3. En su período de sesiones de junio de 1992, el Comité adoptó un proyecto de segundo protocolo para enmendar la Convención sobre la reducción de los casos de múltiple nacionalidad y de obligaciones militares en los casos de múltiple nacionalidad. El proyecto de protocolo permite la doble nacionalidad y facultará a los Estados contratantes a permitir a los emigrantes de segunda generación que adquieran la nacionalidad del país de acogida manteniendo su nacionalidad de origen. También permitirá a un cónyuge adquirir la nacionalidad del otro cónyuge sin perder la nacionalidad de origen, y a los hijos de ambos cónyuges tener las dos nacionalidades. El proyecto de protocolo será examinado en otoño por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el mismo período de sesiones, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha invitado al Comité de Ministros a adoptar dos proyectos de recomendación: uno sobre la protección de los datos personales en materia de servicios de telecomunicación, con particular referencia a los servicios telefónicos; y el segundo sobre la enseñanza, la investigación y la formación en materia de derecho y tecnología de la información.

4. Un comité de expertos del Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha concluido su trabajo sobre el proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, cuyo objeto es asegurar la debida indemnización por esos daños y proporcionar medidas de prevención y restablecimiento. Establece un equilibrio entre las necesidades de la protección ambiental y las necesidades de la industria. Aplica la responsabilidad estricta a una amplia gama de actividades peligrosas y los agentes son responsables en derecho civil por los daños causados por sus actividades incluso si no han transgredido el derecho y no han cometido falta alguna. Las actividades consideradas peligrosas para el medio ambiente son las que producen o utilizan sustancias peligrosas, o que hacen uso de organismos modificados genéticamente, así como las que comportan el tratamiento de desechos y el vertido de desechos. La futura convención estará abierta a todos los países europeos y también a otros países de fuera de Europa. El texto será examinado por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica en su período de sesiones de diciembre de 1992.

5. Otro comité de expertos del Comité Europeo de Cooperación Jurídica está preparando un proyecto de convención europea sobre el ejercicio de los derechos por las personas menores de 18 años, teniendo en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, y especialmente el artículo 4, en virtud del cual los Estados están obligados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo para la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención. El proyecto de convención europea tiene por objeto asegurar que los niños reciban asistencia y dispongan de derechos de procedimiento a fin de aplicar sus derechos, en

---

* Reanudación de los trabajos de la 2275.ª sesión.