

pone que concluya su intercambio de opiniones para que el Grupo de Trabajo examine las diversas cuestiones planteadas. Cuando la Comisión haya examinado el informe del Grupo de Trabajo, el Presidente de la Comisión, con la ayuda del Relator Especial, podrá formular las orientaciones apropiadas para los trabajos del Comité de Redacción y de la Comisión sobre el tema de un tribunal penal internacional.

29. El PRESIDENTE asegura que todas las cuestiones serán objeto de un nuevo examen a fondo, tanto en el Grupo de Trabajo como en el Pleno.

30. El Sr. KOROMA reitera que la Comisión debe hacer un esfuerzo por que haya realmente un intercambio de opiniones y no un mero debate formal, que nada aporta al desarrollo del derecho.

31. El Sr. KUSUMA-ATMADJA lamenta que en su recapitulación el Relator Especial no haya reseñado las tendencias del debate sobre el tema en su conjunto. Por su parte, observa dos grandes tendencias: la de los partidarios del rechazo y la de los optimistas que confían en que un día se encontrará la solución. Pero le parece que también se perfila una posición intermedia, a saber, que si la Comisión no es demasiado ambiciosa podría elaborar un texto en respuesta a las interrogantes de la Asamblea General y de la Sexta Comisión en relación con una jurisdicción penal internacional entendida en un sentido general. Observa asimismo que algunos oradores han hecho proposiciones muy útiles que se deberían reflejar en los trabajos de la Comisión. Pero tal vez incumbe al grupo de trabajo o al Comité de Redacción poner de relieve ciertas tendencias que permitan lograr una solución intermedia y examinar la cuestión de manera más realista.

32. El PRESIDENTE subraya que durante la sesión el Relator Especial ha hecho todo lo posible por contestar las preguntas concretas relativas a la segunda parte de su informe. De todos modos, sería conveniente que al concluir el examen en el presente período de sesiones se haga un resumen de las diversas tendencias que se han manifestado. Esta cuestión se señalará a la atención del Comité de Planificación.

33. El Sr. THIAM (Relator Especial) está seguro de que el Grupo de Trabajo, que ha tomado nota de los debates, podrá dar la debida orientación al informe a la Asamblea General de modo que, efectivamente, refleje las dos principales tendencias de la Comisión.

34. El PRESIDENTE dice que con estas observaciones concluye el debate sobre el décimo informe del Relator Especial y que el Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Koroma continuará el examen del tema. La Comisión volverá a tratarlo una vez recibido el informe del Grupo de Trabajo.

*Se levanta la sesión a las 11.20 horas.*

## 2265.<sup>a</sup> SESIÓN

*Martes 26 de mayo de 1992, a las 10.00 horas*

*Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT*

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

**Responsabilidad de los Estados [A/CN.4/440 y Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/444 y Add.1 a 3<sup>2</sup>, 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

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14<sup>3</sup>

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a hacer un breve resumen del contenido de su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/440 y Add.1), destinado a los nuevos miembros de la Comisión. Recuerda que ese informe se presentó en el anterior período de sesiones<sup>4</sup>. El examen del cuarto informe (A/CN.4/444) comenzará ulteriormente.

2. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que decidió adaptarse a la moda y hablar de contramedidas en vez de represalias, pero que si habla de medidas o represalias en algún momento debe entenderse que son sinónimos de contramedidas. Personalmente prefiere el término represalia porque es claro cuando se traza una distinción entre autodefensa y retorsión.

3. En lo que respecta al comienzo de la parte «dispositiva» del tercer informe, la primera cuestión que se plantea en relación con el régimen de las contramedidas es la condición básica de las represalias legítimas: la existencia de un hecho internacionalmente ilícito o, para utilizar un término propuesto por uno de los nuevos miembros, una transgresión, ya sea de breve duración o continuada. La creencia de buena fe de que se ha cometido una trans-

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

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

<sup>4</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. I, 2238.<sup>a</sup> sesión, párrs. 2 y ss.

gresión no es de por sí justificación suficiente para recurrir a una contramedida. Tal creencia de parte del Estado A, supuestamente lesionado por una transgresión supuestamente cometida por el Estado B, podría sólo disminuir una vez que se haya declarado que de hecho no hubo transgresión o que el Estado B no era el transgresor, el grado de ilicitud, y por consiguiente de responsabilidad, del Estado A por haber recurrido a una reacción injustificada. Ahora bien, la existencia de una transgresión y de su autor no tiene por qué ser objeto de una determinación previa del juez, árbitro u órgano político, salvo en la medida en que se contemple un procedimiento de sanción de controversias.

4. La segunda cuestión es la función de las contramedidas, que algunos consideran estrictamente compensatorias, en tanto que otros consideran que las medidas de este tipo son también, o incluso principalmente, punitivas. Se inclina a pensar que ambos elementos concurren, aunque en medida diferente, según los casos. Indudablemente, al recurrir a una contramedida el Estado lesionado considerará que está asegurando no sólo la justa compensación sino también la satisfacción que supone para la parte lesionada infligir cierto tipo de castigo. A su juicio, la Comisión no debería indicar explícitamente que la función de las contramedidas es en parte compensatoria o en parte punitiva o ambas. El proyecto de artículo no debería indicar qué contramedidas deberían perseguir reparación solamente. El asunto debería dejarse tal cual, por cuanto una acción punitiva no podría denegarse en el caso de crímenes y sería extraño si esto tuviera que hacerse explícito en alguna disposición que trate de crímenes. Debería también tenerse en cuenta que la diferencia calificativa entre las violaciones denominadas «delitos» y las denominadas «crímenes» puede que sea, en un análisis que queda por hacer, sólo de un grado, probablemente grado de culpa. El más grave de los «delitos» estaría tan cerca a la supuesta distinta categoría de crímenes que una distinción desde el punto de vista de la presencia o ausencia de consecuencias punitivas sería difícil de justificar tanto en la práctica como en la teoría.

5. La tercera cuestión es si recurrir a contramedidas está sujeto a condiciones que ha de cumplir el Estado lesionado y en qué medida. Las condiciones son de dos tipos: la demanda previa de cese del acto ilícito, de reparación, o de ambas cosas, la protesta o algo similar, y el recurso previo a los procedimientos de solución de controversias y su agotamiento. Los problemas que surgen de estos dos tipos de condiciones, en particular el recurso previo al procedimiento de solución de controversias, son fundamentales para idear un régimen de contramedidas. El orador volverá más tarde al asunto, pero de momento indicará simplemente que ha colocado la cuestión de las condiciones en la segunda parte del proyecto, apartándose así de la práctica de su predecesor, quien había puesto la mayoría en la tercera parte.

6. La cuarta cuestión se refiere a otras condiciones para las represalias legítimas, derivadas de la prohibición del uso de la fuerza, el respeto de los derechos humanos, el derecho de las relaciones diplomáticas, el respeto de los derechos de terceros y las normas imperativas de derecho internacional. Tras proclamaciones tan solemnes como las formuladas en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones

de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>5</sup> y en otros instrumentos de las Naciones Unidas y de órganos distintos de las Naciones Unidas, no cabe duda de que las contramedidas armadas están prohibidas en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. La opinión universal de los juristas, que el orador no comparte, es que el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta se ha convertido en norma de derecho internacional consuetudinario. La prevención y condena de las represalias armadas debería incluirse expresamente en uno de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Naturalmente, no debe dejar de lado esa parte de la doctrina que plantea la cuestión de si la no aplicación de los Artículos 42 a 47 de la Carta, núcleo del sistema de seguridad punitiva de las Naciones Unidas, no justifica una interpretación «evolutiva» del párrafo 4 del Artículo 2 que permita excepciones a la prohibición contenida en el mismo. Se refiere a la doctrina según la cual la prohibición establecida en el párrafo 4 del Artículo 2 debería sujetarse no sólo a las excepciones previstas en el Artículo 51 de la Carta sino también a otras excepciones no expresamente previstas en el Artículo 51. Ahora bien, esa doctrina sólo puede englobar, y en la medida en que puede ser aceptable, aquellos supuestos en que el recurso a la fuerza pueda estar justificado por las graves situaciones de emergencia para las que se idearon los Artículos 42 a 51 de la Carta. Aun cuando algunas de esas hipótesis tal vez exijan una ampliación del concepto de legítima defensa, eso no justificaría una excepción a la prohibición de las contramedidas armadas contra un hecho internacionalmente ilícito. Los Estados invariablemente invocan la legítima defensa, y no situaciones que requieren represalias o contramedidas, cuando recurren a la fuerza en respuesta a situaciones que consideran emergencias graves. Esto no prueba que las represalias armadas sean admisibles; y de hecho, el Consejo de Seguridad ha condenado las acciones en cuestión en más de una ocasión.

7. En cuanto al significado del término «fuerza», en su tercer informe hizo un breve bosquejo de las diferentes posiciones doctrinales sobre la ilicitud de ciertas contramedidas económicas y políticas. Por fuerza puede entenderse algo más que la fuerza armada, y a este respecto remite a la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía<sup>6</sup>, la Declaración sobre las relaciones de amistad ya citada, el Acta Final de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa<sup>7</sup> y a varios instrumentos regionales, en particular la Carta de la Organización de los Estados Americanos. En algunos de esos textos, la prohibición de ciertas formas de coacción política y económica se ha tratado en el marco del principio de la no intervención. Aunque la práctica de los Estados no es abundante a este respecto, frecuentemente se ha recurrido a medidas políticas y económicas y se consideran admisibles como contramedidas. Ahora bien, su admisibilidad no está exenta de varias restricciones. En la práctica, parece haber una ten-

<sup>5</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

<sup>6</sup> Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965.

<sup>7</sup> Firmada en Helsinki el 1.º de agosto de 1975.

dencia a prohibir las medidas políticas y económicas que comprometen la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que se adoptan.

8. En cuanto a compatibilidad con el respeto de los derechos humanos, las restricciones al recurso legítimo a las contramedidas deberían limitarse a los derechos humanos fundamentales. El derecho a poseer bienes, por ejemplo, no debería ser incluido entre los derechos cuya violación por medio de las contramedidas debería declararse inadmisibles. Esto no quiere decir que la Comisión debería enumerar los derechos humanos que considera suficientemente importantes para ser protegidos de tomar contramedidas contra un Estado. La cuestión debería dejarse al ulterior desarrollo del ordenamiento jurídico de los derechos humanos.

9. Más tarde hablará más ampliamente de la inviolabilidad de las personas especialmente protegidas, junto con los regímenes autónomos, del que es un ejemplo. A este respecto es menester gran cautela y la Comisión debería inspirarse en la razón de ser de las inmunidades diplomáticas. Si los diplomáticos no están protegidos por inmunidades diplomáticas, lo están por la normativa internacional de los derechos humanos. Debería imponerse una prohibición a las contramedidas que pudieran obstaculizar seriamente la práctica normal de la diplomacia: una limitación que no debería entenderse, sin embargo, como condenando, por ejemplo, el rompimiento de las relaciones diplomáticas como una represalia de un Estado contra otro. Acertadamente se ha planteado la cuestión de por qué es necesario mencionar la pertinencia del *jus cogens*. Es sabido que las normas de *jus cogens* existen y que, por ser lo que son, esas normas no están sujetas a derogación y por tanto no pueden ser violadas por un Estado que recurra a una contramedida simplemente porque está respondiendo a una transgresión internacional. Ahora bien, así como debería mencionarse expresamente la prohibición de la fuerza armada, también debería serlo la prohibición de toda contramedida incompatible con las normas de *jus cogens*. En el cuarto informe volverá a la cuestión de las obligaciones *erga omnes*, pero es evidente que el Estado que recurra a una contramedida no debería hacerlo en detrimento de los legítimos derechos de los Estados que no tienen nada que ver con el hecho ilícito.

10. Evidentemente, el régimen de las contramedidas constituye el núcleo del derecho de la responsabilidad de los Estados y al mismo tiempo es su parte más crucial y problemática. Al estudiar el régimen de las consecuencias sustantivas, cabe basarse en gran medida en analogías con el derecho interno, pero no se dispone de esa ayuda en lo relativo a las consecuencias instrumentales de los hechos internacionalmente ilícitos. En ningún otro ámbito del derecho internacional está tan clara la desnudez del emperador, por decirlo así. Los medios institucionales de reparación son muy pocos y donde existen no son siempre satisfactorios. En términos generales, a la comunidad internacional le preocupa más el mantenimiento de la seguridad que las consecuencias de las transgresiones del derecho internacional; incluso la Carta de las Naciones Unidas es de poca ayuda a este respecto. La aplicación de las normas sobre la responsabilidad de los Estados queda en manos de éstos e inevitablemente la desigualdad de los Estados en términos de riqueza y

poder se deja sentir más en el ámbito de las contramedidas que en ningún otro. El hecho de que las contramedidas en su mayoría se deciden y aplican unilateralmente es inconveniente para ambas partes en la relación de la responsabilidad. El Estado supuestamente transgresor se encuentra en desventaja él mismo al enfrentar las decisiones unilaterales del Estado que supuestamente ha injuriado. Por su parte, el Estado injuriado está sujeto a condiciones y restricciones que le ponen en desventaja siempre que se encuentra frente a un transgresor obstinado e intransigente. La prohibición del uso de la fuerza y la obligación de respetar los derechos humanos y los intereses humanitarios ponen al Estado lesionado respetuoso de la ley en grave dificultad para lograr el cese de la conducta ilícita y obtener una reparación adecuada. Estos factores disminuyen la eficacia tanto de las normas primarias como de las secundarias. La única manera de abordar estos factores negativos reside en un esfuerzo muy serio de la CDI y de la Sexta Comisión para robustecer los procedimientos de solución de controversias previstos en la tercera parte del proyecto. Aunque se reserva el derecho de volver a este asunto en su debido tiempo en forma expresa en un informe *ad hoc*, en su cuarto informe presenta algunas reflexiones preliminares partiendo de un análisis de la evolución de las obligaciones de solucionar las controversias desde la primera guerra mundial. Volverá a la cuestión cuando la Comisión empiece a examinar el cuarto informe, pero considera útil en la presente etapa señalar a la atención las conclusiones a que ha llegado, a fin de facilitar el debate posteriormente.

11. El Sr. JACOVIDES dice que el tema de la responsabilidad de los Estados ofrece a la Comisión una excelente oportunidad para ejercer su influjo no sólo en la codificación sino también en el desarrollo progresivo de las normas pertinentes. El tema ha estado en el programa durante mucho tiempo y, a su juicio, la Comisión debería centrarse en él lo más posible en el actual período de sesiones y en el resto del presente quinquenio, dando prioridad al tema, de ser necesario, sobre otros de menor importancia en el derecho internacional contemporáneo, tales como el tema de las relaciones entre Estados y las organizaciones internacionales. La terminación de los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados durante el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional<sup>8</sup> constituiría un logro importante y sería muy bien recibido por la Asamblea General, a quien le cuesta entender por qué la Comisión tarda tantos años en avanzar. Y por último, pero no menos importante, debe recordarse que, en el debate del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se acordó por vía de avenencia restringir ese tema a los individuos, quedando entendido que la responsabilidad penal de los Estados se incluiría en el tema de la responsabilidad de los Estados. En vista de este nexo, es esencial que el avance en la responsabilidad de los Estados siga el ritmo de los progresos en el proyecto de código; de lo contrario, se pondría en peligro la validez de esa avenencia.

<sup>8</sup> Véase 2255.<sup>a</sup> sesión, nota 5.

12. Felicita al Relator Especial por la minuciosidad y erudición de que hace gala en el tercer informe, que trata del régimen jurídico de las medidas que un Estado lesionado puede adoptar contra un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. Por el momento el debate se limita a las medidas aplicables al caso de los delitos o los hechos ilícitos ordinarios y el examen de las medidas análogas en el caso de los crímenes internacionales se deja para una fase ulterior. El Relator Especial tiene razón al mencionar en la introducción el contraste entre la igualdad a que todo Estado tiene derecho según la ley y las desigualdades de hecho que tientan a los Estados más fuertes a imponer su poder económico y militar, contraste que se manifiesta particularmente en las contramedidas contra hechos ilícitos. Son los Estados pequeños y medianos quienes, por motivos de legítima defensa o incluso de autoconservación, tienen que recurrir al efecto protector del derecho internacional y contribuir a su eficacia. Además, a este respecto entra en juego el desarrollo progresivo del derecho internacional por medio de conceptos tales como el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes*, el reconocimiento de la existencia de normas y principios de jerarquía superior establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, conceptos que deberían dar un valor especial a la labor de la Comisión en general y a sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados en particular. La Comisión podría aportar una valiosa contribución para elevar el concepto de la responsabilidad de los Estados, trasladándolo desde su contexto tradicional, en el que se insiste primordialmente en el daño causado a extranjeros, al contexto contemporáneo del orden público internacional y de los intereses de la comunidad internacional en general.

13. En el informe se habla del «vago y ambiguo concepto de un “nuevo orden internacional”». Pese a que varias partes del mundo actualmente están sufriendo lo que podría calificarse de nuevo desorden internacional, es de celebrar el concepto de nuevo orden internacional, pero sólo si adquiere el debido significado jurídico y conduce a un orden jurídico internacional. Ello es imposible a menos que el nuevo orden mundial se base no en un directorio de los poderosos sino en la justicia igual para todos los miembros de la comunidad internacional. Hay que establecer el debido equilibrio entre, por una parte, las medidas contra las violaciones de los derechos humanos que ponen en peligro la paz, y por otra, la injerencia no regulada y abusiva en la jurisdicción interna de los Estados y la erosión de su soberanía. La proporcionalidad y el rechazo de doble rasero son elementos esenciales para determinar si hay adecuación en las contramedidas. Primero y fundamental, las decisiones han de adoptarse según la letra y el espíritu de las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

14. La legítima defensa debería considerarse una reacción armada unilateral frente a un ataque armado. Aunque es legítima en ciertas circunstancias, debería considerarse una medida excepcional, ya que la norma básica de la Carta es la prohibición completa del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. En consecuencia, la legítima defensa debería delimitarse cuidadosamente. A su juicio, la relación entre el párrafo 4 del Artículo 2 y el Artículo 51 de la Carta ofrece el mejor criterio del margen concedido, con una interpretación estricta del Artículo 51, ya que una interpretación amplia abriría la puer-

ta a los abusos de los Estados más fuertes. La tendencia en el derecho internacional contemporáneo debería ser la aplicación de la legítima defensa en forma restrictiva. En cuanto al concepto de autotutela, está de acuerdo en que es demasiado general e impreciso para examinarlo en el presente contexto. Análogamente, el término «sanciones» debería limitarse a las medidas adoptadas por un órgano internacional, siendo el Consejo de Seguridad el ejemplo más evidente de ello. La retorsión, en el sentido de medidas no amistosas adoptadas en respuesta a actos igualmente no amistosos pero no ilícitos *per se*, no debería figurar en el proyecto.

15. En cuanto a las represalias, como conducta que es ilícita *per se* en cuanto comporta la violación de un derecho de otro Estado pero que pierde su ilicitud por el hecho de ser una reacción a un acto ilícito cometido por el otro Estado, la Comisión debería adoptar un planteamiento restrictivo e interpretar el ámbito de las represalias lo más estrictamente posible. El término «contramedidas» debería comprender todas las medidas a que cabe recurrir para lograr el cese del hecho internacionalmente ilícito o la reparación; como señaló el Relator Especial en el informe, la propia Comisión, en el contexto del proyecto de artículo 30 de la primera parte, entendió que comprendía las medidas calificadas tradicionalmente de represalias, así como las sanciones decididas o aplicadas por órganos internacionales. La expresión «medidas de reciprocidad» utilizada en el contexto de contramedidas es una aplicación particular del concepto más amplio de reciprocidad que se aplica a diversas esferas del derecho internacional y de las relaciones internacionales. La adopción de contramedidas sobre la base de reciprocidad estaría destinada a restablecer el equilibrio entre la posición del Estado transgresor y la del Estado lesionado, y por tanto diferirían de las represalias tal como se han definido anteriormente.

16. Coincide con el Relator Especial en que el recurso legítimo a las contramedidas presupone una conducta internacionalmente ilícita de carácter instantáneo o continuado, y que la convicción de buena fe del Estado que ha sido o está siendo lesionado por un hecho internacionalmente ilícito no basta de por sí. Esta posición concuerda con la idea general de permitir la aplicación restrictiva de las contramedidas. La misma consideración general inspira su respuesta a la cuestión planteada en cuanto a las funciones y fines de las contramedidas. Aunque las contramedidas pueden contener un elemento punitivo, debería insistirse en la restitución e indemnización más que en el castigo. Está de acuerdo también en que no debería ser legítimo el recurso a los actos de represalia antes de que haya resultado inútil la protesta o la demanda de cese del acto hostil y de reparación, o ambas cosas, y observa con aprobación la declaración del Relator Especial según la cual, si la cuestión no se regulase satisfactoriamente de *lege lata*, tal vez habría que tratar de mejorarlo, con objeto de proteger mejor a las partes posiblemente más débiles, como cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional. Análogamente, y de forma más significativa, en el proyecto en examen debería tenderse a fomentar la solución pacífica de controversias por intervención dirimente de terceros. Este principio se enuncia en el párrafo 3 del Artículo 2 y en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y recientemente ha habido mucha actividad a ese respecto, no

sólo a nivel internacional sino también regional, en el marco de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa y en otras partes. La respuesta a la cuestión de los efectos de las obligaciones relativas a la solución de controversias se aplica principalmente a las contramedidas con uso de la fuerza, pero es pertinente también para las medidas sin uso de la fuerza. Es de esperar que para la tercera parte del proyecto se adopte un sistema eficaz de arreglo de controversias, y está plenamente de acuerdo con las opiniones del Relator Especial sobre el tema expresadas en el informe.

17. El problema de la proporcionalidad es sin duda un elemento crucial para determinar la validez de las contramedidas. La norma de la proporcionalidad no es sólo la doctrina moderna sino que también está firmemente arraigada en el derecho internacional clásico y en la práctica judicial. En tanto que el principio en sí se presta difícilmente a la duda, puede haber cierto margen de debate sobre su ámbito preciso y aplicación en el presente contexto. El orador confía en que el Relator Especial guíe a la Comisión hacia una formulación más adecuada del derecho a este respecto. En cuanto al régimen de la suspensión y la terminación de los tratados efectuadas a título de contramedidas, su posición es que hay que basarse lo más posible en las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y, si la Convención no trata la cuestión, aplicar las contramedidas en la menor escala posible. Comparte la opinión del Relator Especial de que el problema de los denominados regímenes autónomos no debería tratarse en la sección de la segunda parte relativa a las contramedidas sino más bien en la sección o capítulo relativos a los principios generales del contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional.

18. Señala que el problema de los Estados diferentemente lesionados ya se ha examinado y que, tras la debida deliberación, la Comisión aprobó el proyecto de artículo 5<sup>º</sup> y más concretamente los apartados *e* y *f*, en los que se definen los Estados diferentemente lesionados y las circunstancias en las que tienen *locus standi*. Sin excluir la posibilidad de expresar opiniones diferentes o intentar mejorar el texto, tal vez convendría tomar ese artículo como punto de partida para continuar los trabajos sobre el tema. Las cuestiones planteadas bajo el epígrafe de las cuestiones de limitaciones de fondo encierran algunos de los temas fundamentales de política pública del derecho internacional contemporáneo y ofrecen excelentes oportunidades para que la Comisión deje su impronta en la codificación del desarrollo progresivo del derecho. Comparte la opinión dominante de que la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, ha pasado a ser parte del derecho internacional general no escrito y norma imperativa, de la que no debería estar permitido apartarse ni por tratado ni de otra forma. Cabe afirmar con seguridad que el recurso a las represalias con uso de fuerza armada está prohibido por el derecho internacional. Aprueba la opinión del Sr. Bowett sobre esa cuestión, citada en una de las notas, y respalda la opinión del Relator Especial, según la cual

la Comisión difícilmente podría admitir derogación alguna a la prohibición de las represalias armadas implícita en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y destacada en la parte correspondiente de la Declaración sobre las relaciones de amistad.

19. El Relator Especial acertadamente dice que la limitación basada en el respeto de los derechos humanos y los principios humanitarios fundamentales representa una nueva restricción a la libertad de los Estados de recurrir a formas de represalia incompatibles con tales derechos y principios. Ahora bien, a fin de permanecer dentro de los límites tanto de la realidad como del derecho, es importante definir el umbral más allá del cual no pueden permitirse las contramedidas en respuesta a un hecho ilícito, ya que no todo derecho humano puede considerarse que constituya una limitación absoluta. La inviolabilidad de las personas especialmente protegidas con razón es ampliamente aceptada como otra limitación de las represalias, particularmente en el caso de los jefes de Estado y los enviados diplomáticos. Esta noción está hondamente arraigada en el derecho internacional clásico y hay sobradas razones para seguir observándola. Ahora bien, cabe prever excepciones, por ejemplo, las restricciones a la libertad de movimiento de los enviados diplomáticos basadas en la reciprocidad, y para la línea de demarcación exacta habría que tener en cuenta la práctica de los Estados. Por último, no puede dudarse de la limitación adicional a las contramedidas que imponen las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Las medidas que comporten una violación de esas normas y obligaciones serían ciertamente ilícitas, cosa que ha aceptado debidamente la Comisión. Ahora bien, en tanto que el principio del *jus cogens* es claro y su existencia fue debida y solemnemente aceptada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, su contenido jurídico exacto nunca ha sido definido por un órgano autorizado. Ha sido objeto de estudio por los juristas y se menciona frecuentemente en la doctrina, pero permanece indefinido en gran medida. Dado que actualmente la Comisión está buscando temas para su programa de trabajo a largo plazo, merecería la pena examinar la posibilidad de tratar de definir el contenido jurídico del principio del *jus cogens*.

20. En el momento oportuno presentará sus observaciones al cuarto informe. Simplemente señalará que el texto de los proyectos de artículos 11 y 12 propuestos no contiene una referencia a las cuestiones examinadas en el capítulo del tercer informe relativo a las cuestiones de las limitaciones de fondo. ¿Cuáles pueden ser las razones de esa omisión? ¿Trató el Relator Especial dichas limitaciones en otras partes? También desea señalar la referencia en el cuarto informe al informe de la CIJ a la Asamblea General, en el que el Presidente de la Corte, Sir Robert Jennings, destaca que la Corte podría desempeñar un papel más activo en la solución de controversias si los Estados y los órganos de las Naciones Unidas utilizaran más ampliamente su jurisdicción consultiva<sup>10</sup>. El Secretario General ha aplaudido la idea y ha señalado que incluso las controversias internacionales que son de naturaleza predominantemente política a menudo tienen un elemento jurídico, y un pronunciamiento no vinculante

<sup>9</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

<sup>10</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Sesiones Plenarias, 44.ª sesión.*

en esos casos podría contribuir a su solución por medios tales como la negociación y la mediación<sup>11</sup>. La sugerencia es prudente y apropiada al mismo tiempo y debería recibir la atención que merece.

21. El Sr. VERESHCHETIN dice que le han impresionado la lucidez y profundidad con que el Relator Especial ha realizado la complejísima tarea que se le había asignado. Comparte la opinión del Relator Especial de que las medidas unilaterales u «horizontales» en el caso de delitos no deberían considerarse aisladamente o como medio de castigar al Estado infractor, sino primordialmente como un medio empleado por el Estado lesionado para lograr que cese el hecho ilícito y obtener indemnización y la garantía de no repetición.

22. En la actual fase de evolución del derecho internacional sería apropiado enunciar condiciones previas y limitaciones específicas para la aplicación de tales medidas. Estas limitaciones y condiciones se refieren tanto al requisito preliminar de cese del hecho ilícito como a la limitación en el sentido amplio de la palabra y a la fijación de un plazo razonable para el cumplimiento de ese requisito preliminar. Esto se aplica también a la condición del uso previo de los procedimientos disponibles de solución de controversias, ya sean los procedimientos generales previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas o los procedimientos específicos contenidos en tratados entre el Estado lesionado y el Estado transgresor. Coincide con el Relator Especial en que las contramedidas sólo podrían estar justificadas en poquísimos casos. Como se dice en el informe, los Estados ya habían adoptado tal posición antes de la segunda guerra mundial, pero esa posición estaba aún más en consonancia con la evolución contemporánea del derecho internacional, teniendo particularmente en cuenta el proceso de Helsinki y el fin de la «guerra fría» y la consiguiente aparición de nuevas oportunidades para un uso más eficaz de los mecanismos y procedimientos existentes para la solución pacífica de controversias.

23. A este respecto, desea recordar la importante observación del Relator Especial según la cual los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados deberían robustecer y desarrollar esos procedimientos, y en particular los procedimientos de resolución judicial y de arbitraje. Aunque esto será objeto de la tercera parte del proyecto de artículos, incluso durante el examen de la naturaleza y condiciones de la admisibilidad de las contramedidas unilaterales, la Comisión debería tener presente la futura tarea de realzar la función y ampliar la gama de los medios pacíficos de solución de controversias y la consiguiente limitación del ámbito de las contramedidas. Por esa razón, no debería atenuarse el requisito del recurso previo a los procedimientos existentes de solución pacífica de controversias antes de recurrir a las contramedidas.

24. Otra cuestión es la de las contramedidas que han de considerarse admisibles como acción unilateral de los Estados. ¿Deberían especificarse esas medidas en el proyecto de artículos? ¿Deberían expresarse en términos más generales, como en el proyecto de artículo 11 del cuarto informe del Relator Especial? El Relator Especial

no ha sido plenamente congruente en su planteamiento. Parece haber tomado el término «contramedidas» como sinónimo de «represalias», pero no se ha limitado a considerar las represalias como contramedidas y se ha referido también a otras medidas, tales como la suspensión y la terminación de los tratados internacionales o de artículos específicos de los mismos, y a las medidas de reciprocidad. Tampoco ha sido el Relator Especial plenamente congruente al tratar medidas tales como la retorsión. Por una parte, no incluye la retorsión como contramedida cuya aplicación esté sujeta a regulación en el marco de la responsabilidad de los Estados, y por otra, acertadamente ha señalado que, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, en determinadas circunstancias, el Estado debe abstenerse tanto de las contramedidas como de la retorsión. De ello se sigue que la retorsión no puede considerarse siempre como una acción legítima desde el punto de vista del derecho internacional.

25. Sea como fuere, el texto de los artículos sobre las contramedidas debería afirmar con más claridad la posición de la Comisión sobre la cuestión de si las contramedidas han de considerarse análogas a las represalias y si las condiciones de aplicación de las distintas contramedidas son idénticas. Incluso un examen preliminar del proyecto de artículo 11 del cuarto informe del Relator Especial revela que mucho queda por hacer para aclarar esta cuestión, y espera que el Relator Especial esté dispuesto a arrojar más luz sobre ella.

26. Otra importante cuestión se plantea en relación con las represalias con uso de la fuerza armada y el tratamiento que el Relator Especial da al párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta. Abordará estos aspectos del informe en una fase ulterior.

27. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que la Comisión ya ha examinado las consecuencias sustantivas de los hechos internacionalmente ilícitos y ahora es tiempo de abordar las consecuencias «instrumentales», a saber: los derechos del Estado lesionado a adoptar medidas para asegurar que el Estado que cometa el acto cumpla sus obligaciones secundarias.

28. Aunque en el tercer informe el Relator Especial dio pruebas de su saber y lucidez habituales, el principal inconveniente es que no propuso ningún proyecto de artículos, lo cual es tanto más lamentable cuanto que la segunda parte del proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados había figurado en el programa de la Comisión desde 1980 y cabía esperar que ya se adoptara un planteamiento más práctico. En efecto, sólo se han presentado unos pocos artículos para que los examine la Comisión. Al mismo tiempo, el orador desea señalar que considera el tercer informe del Relator Especial sumamente útil para fines docentes.

29. Ahora bien, en la fase actual las observaciones de la Comisión deberían servir de base para sugerencias y propuestas del Relator Especial para proyectos de artículos. Dado que el cuarto informe contiene proyectos de artículos, no puede sino considerar que un debate centrado en el tercer informe es en gran medida académico. Esto es particularmente cierto de las frecuentes referencias hechas en el tercer informe a la necesidad de remitirse a la práctica de los Estados. En el tercer informe no se dieron ejemplos concretos de esa práctica, pero se

<sup>11</sup> *Ibid.*



proporcionan abundantemente en el cuarto. En todo caso, la tarea primordial de la Comisión es llegar a normas jurídicas adecuadas, labor para la que los periplos por el ámbito de la historia del derecho sólo pueden tener interés marginal.

30. En general, la Comisión debería ser sumamente cautelosa en su actitud ante la práctica de los Estados. En definitiva, las contramedidas significan que los Estados tienen derecho a tomarse la justicia por sus manos. La aplicación de los derechos sustantivos de un Estado lesionado debería confiarse cada vez más a órganos imparciales facultados para decidir si se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, si de hecho se ha sufrido una lesión y, en caso afirmativo, el alcance de la lesión. Siempre habrá casos en los que la naturaleza imperfecta del mecanismo dejará cierto margen para la acción directa e independiente de los Estados que se consideren lesionados, pero los esfuerzos de la Comisión deben encaminarse a reducir al mínimo el ámbito de esas iniciativas unilaterales, ya que suelen prestarse a abusos. Si un Estado se considera lesionado, y si es más poderoso que el Estado que considera transgresor, fácilmente tendrá la tentación de recurrir a contramedidas, cosa que evidentemente no ignora el Relator Especial, como se desprende de la introducción de su tercer informe, que la Comisión haría bien en tener presente en las futuras deliberaciones sobre el tema.

31. El Sr. CRAWFORD dice que él también habría preferido referirse al tercer informe junto con el cuarto. Por el momento se limitará a preguntar si el Relator Especial puede hacer un bosquejo provisional de las disposiciones restantes que han de incluirse en las partes segunda y tercera, y si considera que una primera lectura del texto completo de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados será factible durante el actual quinquenio.

32. El Sr. KOROMA dice que, leyendo el tercer informe, inicialmente tuvo la impresión de que el Relator Especial replanteaba cuestiones que ya habían sido resueltas, pero con su declaración resulta evidente que se ha esforzado por asegurar que, cualesquiera que sean las normas que finalmente adopte la Comisión, deben basarse en doctrinas y principios generales de derecho internacional. En efecto, el tercer informe ofrece una especie de síntesis de las cuestiones planteadas y proporciona un considerable volumen de valioso material que deberá tenerse en cuenta cuando la Comisión examine el cuarto informe.

33. El PRESIDENTE señala que, por deferencia a aquellos miembros cuyo idioma de trabajo no es el inglés, el examen del cuarto informe se ha aplazado hasta que estuviera disponible en todos los idiomas de trabajo.

34. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que las dificultades mencionadas por el Sr. Calero Rodrigues derivan del hecho de que, desde 1985, cuando él entró a formar parte de la Comisión, ésta había asignado al menos un tercio de su tiempo al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por esta razón, en el anterior período de sesiones, el Relator Especial no pudo disponer de la orientación de los miembros sobre las cuestiones planteadas en su tercer informe. Ciertamente que el proyecto de código es importante,

pero se pregunta si es realmente necesario centrarse en él en tal medida, con detrimento de otros temas ante la Comisión.

35. No comparte en absoluto la opinión de que un informe sea inútil a menos que contenga proyectos de artículos. En el pasado ha habido ocasiones en que se han presentado informes sin artículos a la Comisión y el propósito de esos informes era permitir a los miembros sacar las conclusiones pertinentes sobre la doctrina y la práctica, y dar al Relator Especial la orientación necesaria. No sería sagaz adoptar artículos sin explorar antes todas las cuestiones. En cuanto al futuro, no podrá presentar ningún proyecto de disposición sobre el problema de la categoría de «crímenes» internacionales de los Estados a menos que tenga la orientación de las opiniones de la Comisión sobre los principales asuntos surgidos a raíz de la distinción establecida en el artículo 19 de la primera parte: esto sobre la base de un informe sin artículos. El hecho de que no haya podido obtener la orientación de la Comisión antes de redactar los proyectos de artículos 11, 12, 13 y 14 no significa que las cuestiones planteadas en el tercer informe no merezcan debate. En efecto, el Sr. Calero Rodrigues también ha mencionado que ha utilizado parte del material del tercer informe para fines académicos.

36. Ha pedido al Sr. Vereshchetin que tuviera la amabilidad de transmitirle sus preguntas por escrito, y por consiguiente, responderá a ellas en la próxima sesión. En cuanto a la cuestión del Sr. Crawford, el orador propone tratarla en el quinto informe, en 1993, con los crímenes y con la tercera parte del proyecto. Ya ha pedido a la secretaría que reúna todo el material doctrinal y jurisprudencial para un estudio preliminar que ha de llevarse a cabo para la segunda lectura de la primera parte del proyecto. En su sexto informe comenzará a preparar lo necesario para esa segunda lectura. Es de esperar que la Comisión termine la segunda lectura de la primera parte y la primera lectura de las partes segunda y tercera durante el actual quinquenio. Con los proyectos de artículos 11 a 14 concluirá la segunda parte del proyecto, excepto la difícil cuestión de los crímenes y algunas otras disposiciones, en particular los artículos 2 y 4. También puede ser necesario incluir una breve disposición, tal vez como artículo 5 *bis* del proyecto, para aclarar la posición de los Estados que no estén materialmente afectados o menos afectados directamente. Por último, la tercera parte del proyecto tratará de la solución de controversias en el marco de la responsabilidad de los Estados. Es un tema sumamente importante y sobre el cual es esencial recibir las opiniones de los miembros.

37. El PRESIDENTE señala que se ha pedido a todos los relatores especiales que presenten al Grupo de Planificación sus planes para el tratamiento futuro de sus temas. Sobre esta base, el Grupo podría elaborar un programa para el quinquenio, que podría someterse a la Comisión.

38. El Sr. IDRIS dice que, en vez de debatir los aspectos de procedimiento de la cuestión, la Comisión debería oír las declaraciones de los miembros. Ahora bien, para una organización eficiente de los trabajos, primero es necesario disponer de la respuesta a tres preguntas: ¿Cuándo formulará el Relator Especial sus observaciones su-

plementarias al tercer informe? ¿Cuándo presentará el Relator Especial su cuarto informe? y ¿Cuándo se distribuirá la adición al cuarto informe?

39. El Sr. JACOVIDES señala que los artículos propuestos por el Relator Especial en su cuarto informe no tratan de las cuestiones de limitaciones sustantivas a que se refiere el tercer informe. Pregunta si el Relator Especial intenta referirse a estas cuestiones en proyectos de artículos ulteriores.

40. El PRESIDENTE dice que el Relator Especial formulará sus observaciones suplementarias al tercer informe en la próxima sesión. El cuarto informe no podrá presentarse hasta que esté disponible en todos los idiomas de trabajo, lo cual sucederá probablemente a finales de mayo o principios de junio. Además, la adición sólo acaba de presentarse y el Relator Especial estará ausente durante las dos primeras semanas de junio. Por tanto, la fecha prevista para reanudar el debate sobre las contramedidas es el 16 de junio de 1992.

41. El Sr. CRAWFORD dice que le preocuparía mucho que la Comisión examinara algún sector de la primera parte antes de terminar el examen de las partes segunda y tercera y los comentarios en primera lectura. No son temas separados sino partes integrantes de un todo. Durante el actual quinquenio la principal prioridad debería ser ultimar un conjunto integrado de proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

42. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, a petición de su predecesor, el Sr. Riphagen, se ha reunido una lista de materiales con miras a preparar la segunda lectura de la primera parte del proyecto. Esa lista, que parece ser muy valiosa tanto respecto de la doctrina como respecto de la práctica, está hora anticuada. El trabajo debe reanudarse tan pronto como sea posible. Es igualmente esencial que la División de Codificación efectúe lo antes posible un estudio de dichos materiales con el objeto de preparar un compendio de la doctrina y la práctica respecto a las cuestiones que abarcan los 35 artículos de la primera parte. La secretaría debería realizar esa labor, ya que él no dispone de dinero para ordenar hacerlo. En respuesta a la pregunta del Sr. Jacovides, dice que por cierto habrá un artículo sobre las cuestiones de limitaciones sustantivas en la adición que hará a su cuarto informe.

43. El Sr. EIRIKSSON dice que la Comisión debería iniciar la segunda lectura sólo si está segura de concluir la durante el actual quinquenio.

44. El Sr. BENNOUNA dice que comparte las opiniones del Sr. Crawford y del Sr. Eiriksson.

45. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que si la Comisión puede o no terminar sus trabajos sobre el proyecto de artículos de las partes segunda y tercera del proyecto durante el actual quinquenio dependerá también de lo que el Comité de Redacción pueda lograr.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

## 2266.ª SESIÓN

*Miércoles 27 de mayo de 1992, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Christian TOMUSCHAT

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, 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<sup>1</sup>, A/CN.4/444 y Add.1 a 3<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup> (continuación)

1. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), continuando la recapitulación de la presentación de su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/440 y Add.1)<sup>4</sup> en beneficio de los nuevos miembros, aborda en primer lugar la cuestión de los regímenes llamados «autónomos». Señala que se caracterizan por el hecho de que las obligaciones de fondo que prevén van acompañadas de normas especiales relativas a las consecuencias de la violación de esos regímenes. El análisis de la práctica internacional hace ver que los tratados multilaterales, y en particular los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales, comprenden con frecuencia normas de este tipo. La característica esencial de estas normas es que suponen a menudo la intervención de un órgano internacional, sea para velar por el respeto de las mismas, sea para estudiar las medidas que han de tomarse en caso de violación, aplicar esas medidas o autorizar su aplicación. La cuestión que se plantea aquí es pues la de saber si las normas constitutivas de los regímenes «autónomos» vulneran —y en su caso, en qué forma— los derechos de los Estados partes de recurrir a las contramedidas que autoriza el derecho internacional general.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.<sup>a</sup> sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 bis, 13 y 14, véase 2275.<sup>a</sup> sesión, párr. 1.

<sup>4</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. I, 2238.<sup>a</sup> sesión, párrs. 2 a 24.