

trabajo, su ayuda, su comprensión y su gran disponibilidad. Expresa también su profundo reconocimiento a la Sra. Noll-Wagenfeld, Directora del Seminario. La sensación de asistir a la creación misma del derecho en el curso de los debates, en los que la creatividad rivalizaba con la originalidad de pensamiento, ha sido para todos los participantes una experiencia fascinante y enriquecedora, y en lo sucesivo leerán los informes de la CDI con ojos nuevos y un renovado interés. Esta estancia en Ginebra ha sido también para muchos de ellos la ocasión de tener por primera vez contactos internacionales en perfecta consonancia con el espíritu de las Naciones Unidas. Espera que el Presidente y otros miembros actuales de la Comisión estén presentes todavía cuando algunos participantes en el Seminario tengan la oportunidad de volver un día a la Comisión de Derecho Internacional en calidad de miembros.

El Director General entrega a los participantes un certificado de asistencia a la 28.ª reunión del Seminario sobre derecho internacional.

Se levanta la sesión a las 12.15 horas.

2277.^a SESIÓN

Martes 23 de junio 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. Kabatsi, 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. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Visita de un miembro de la Corte Internacional de Justicia

1. El PRESIDENTE da una cordial bienvenida al Príncipe Ajibola, magistrado de la Corte Internacional de Justicia y ex miembro de la Comisión, y está seguro de que habla en nombre de todos los miembros de la Comisión al expresar su convicción de que la contribución del Príncipe Ajibola a la labor de la Corte será tan fructífera como la que hizo a la obra de la Comisión.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
[A/CN.4/440 y Add.1¹, A/CN.4/444 y Add.1 a 3², 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 14³ (continuación)

2. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) desea hacer una aclaración respecto del último párrafo del capítulo VII de su cuarto informe (A/CN.4/444/Add.2), en el cual señalaba que el proyecto de artículo 4⁴ de la segunda parte del proyecto merecía quizás una mayor reflexión, de ser necesario, en otra breve adición al informe. El hecho de no haber preparado esa adición no significa que no siga considerando pertinente esa cuestión, sino más bien que su importancia es tal que merece un examen a fondo. Le complacería mucho conocer la opinión de los miembros sobre esta cuestión, a la que ya se ha referido en otras oportunidades; por ejemplo, en las sesiones 2267.^a y 2275.^a.

3. En su opinión, el artículo 4 en su forma actual tendría el efecto de subordinar las disposiciones del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados tanto a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales como a los procedimientos previstos en ella. En particular, esto significa que el proyecto de artículos quedaría subordinado a cualquier recomendación o decisión adoptadas por el Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus funciones en materia de arreglo de controversias y seguridad colectiva. La Carta señala inequívocamente que la función del Consejo de Seguridad consiste en formular recomendaciones no vinculantes, en virtud del Capítulo VI, que trata del arreglo de controversias, y en adoptar también decisiones obligatorias, en virtud del Capítulo VII, que trata de las medidas relativas a la seguridad colectiva. Según la doctrina —que no parece haber sido impugnada realmente ni en los escritos de los tratadistas ni en la práctica—, el hecho fundamental es que el Consejo de Seguridad, cuando actúa en virtud del Capítulo VII, no está facultado para imponer arreglos en virtud del Capítulo VI de tal manera de cambiar la naturaleza de sus decisiones en virtud del Capítulo VI, que constituyen recomendaciones, para que se transformen en decisiones obligatorias sobre arreglo de controversias o de situaciones.

4. ¿Qué sucedería si el Consejo de Seguridad tratara de imponer arreglos de controversias obligatorios? ¿Subordinaría el artículo 4, aprobado por la Comisión y even-

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

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

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

⁴ Véase 2266.^a sesión, nota 11.

tualmente incorporado en un tratado, la interpretación y la aplicación de algunas disposiciones de una convención de codificación del derecho de la responsabilidad de los Estados a alguna decisión del Consejo de Seguridad que imponga el arreglo de una controversia o situación? Aunque no ha podido llegar a una opinión considerada sobre el asunto, puede de momento pensar en dos ejemplos. Primero, si una decisión del Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, afecta una controversia o situación entre uno o más Estados lesionados y uno o más Estados infractores de una manera no conforme con las normas establecidas en una convención sobre la responsabilidad de los Estados, de la cual forma parte el artículo 4, ¿cuáles serían las implicaciones para la relación en términos de la responsabilidad, ya sea de carácter sustantivo o instrumental, entre los Estados interesados? Segundo, en la ocurrencia de una situación de esa naturaleza, ¿cuál sería la relación entre la competencia de la CIJ, por una parte, y la del Consejo de Seguridad, por otra, en el caso en que, sobre la base de una relación jurisdiccional válida, el Estado B entabla unilateralmente una acción contra un Estado A infractor ante la CIJ y la Corte se encuentra con una contradicción entre una de las disposiciones de la convención sobre la responsabilidad de los Estados y una decisión tomada por el Consejo de Seguridad en violación de la limitación de su competencia en virtud del Capítulo VI de la Carta?

5. Aunque por el momento no podría responder sobre tan delicadas y difíciles cuestiones, piensa que ellas no pueden ser ignoradas por la Comisión. En todo caso, respecto a la inclusión del artículo 4 en el proyecto, opina que para mantener tal disposición sería necesario que la Comisión la estudiara en profundidad y extensión adecuadas. También se da cuenta de que, por el momento, el mandato de la Comisión no parece suficientemente amplio como para interpretar la Carta de las Naciones Unidas, en particular los Capítulos VI y VII, o para determinar la relación entre el Consejo de Seguridad y la CIJ, o para determinar la consecuencia que tendría el Artículo 103 de la Carta sobre específicas disposiciones de las normas sobre la responsabilidad de los Estados en la forma codificada por la Comisión y aprobada por los Estados en una convención. Cree, por consiguiente, que sería mejor que la Comisión dejara fuera del proyecto el artículo 4. Cualquier cuestión respecto a la relación entre una posible convención sobre la responsabilidad de los Estados y la Carta de las Naciones Unidas debería registrarse por el Artículo 103 de la Carta.

6. El Sr. BARBOZA, al felicitar al Relator Especial por sus informes tercero (A/CN.4/440 y Add.1) y cuarto (A/CN.4/444 y Add.1 a 3), que contienen información muy valiosa, desea subrayar, en particular, la importancia del análisis de los regímenes autónomos y del problema de la pluralidad de Estados lesionados. En lo que respecta a la necesidad de codificación y quizás de desarrollo progresivo del derecho relativo a las contramedidas, si bien reconoce la mala fama que las represalias tienen tanto en el derecho internacional como en las relaciones internacionales, no puede compartir la posición del Sr. Shi (sesiones 2267.^a y 2273.^a) porque las represalias siempre han sido y seguirán siendo una realidad de la vida internacional. Como es dudoso que se lleguen a abolir las contramedidas, a su juicio, la

Comisión debería presentar a la Asamblea General un proyecto que regule detalladamente las condiciones necesarias para la adopción de represalias. Esta es la única garantía que el derecho internacional puede ofrecer a los Estados más pequeños y más débiles.

7. El Sr. Barboza está de acuerdo con otros miembros en que el objetivo de las contramedidas se debe limitar fundamentalmente al logro de la cesación del hecho ilícito así como a su reparación. Aun en el caso de que el objetivo sea lograr satisfacción, las contramedidas no se pueden considerar como medidas de carácter punitivo. La satisfacción es quizás la única manera que cabe de indemnizar al Estado lesionado por el daño sufrido como consecuencia de la violación de sus derechos subjetivos. En el derecho internacional moderno no cabe considerar, pues, que las represalias cumplen una función punitiva, independientemente de las razones subjetivas que impulsan al Estado lesionado a adoptar esas medidas. Un artículo que enunciara esta circunstancia constituiría una nueva salvaguardia para los Estados más pequeños. A este respecto observa que el Relator Especial no es partidario de que se incluya esa disposición y prefiere recurrir al principio de la proporcionalidad para evitar que las contramedidas revistan un carácter punitivo. Sin embargo, la proporcionalidad no siempre tiene un significado claro y por esa razón es necesario un artículo sobre la función de las represalias. El Sr. Barboza está de acuerdo también en que el proyecto no debe hacer ninguna referencia a las sanciones en cuanto tales. Como la retorsión se ha omitido del proyecto y la reciprocidad, que figuraba en el antiguo artículo 8⁵, se ha equiparado a las represalias, que figuraban en el antiguo artículo 9⁶, lo que aprueba plenamente, las contramedidas se limitan ahora exclusivamente a las represalias. Sin embargo, el Relator Especial ha señalado que la expresión «contramedidas» no es un concepto útil o claro. ¿Por qué no usar entonces la palabra «represalias», a pesar de sus connotaciones desafortunadas?

8. Al igual que el Sr. Calero Rodrigues (2274.^a sesión), el Sr. Barboza aprueba la frase final del artículo 11: «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado», pero se pregunta por qué se ha omitido la palabra «suspender» utilizada en los antiguos artículos 8 y 9 elaborados por el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen. La oración actual denota un cierto grado de permanencia cuando en realidad las represalias deberían cesar al lograrse el fin perseguido. También en este caso está de acuerdo con el Sr. Calero Rodrigues en que esa circunstancia se debe enunciar claramente en el proyecto. El artículo 11 dispone además que el Estado lesionado sólo podrá poner en marcha el procedimiento de solución de controversias previsto en el artículo 12 cuando no haya recibido la «respuesta debida» a sus demandas con arreglo a los artículos 6 a 10. Habida cuenta de lo dispuesto en el apartado a del párrafo 1 del artículo 12 y del hecho de que la represalia quizás esté encaminada a poner en marcha un procedimiento de solución, una contramedida podría ser aceptable siempre que su legalidad se examine en el marco de ese procedimiento.

9. En lo que respecta al artículo 12, a pesar de la excepción establecida en el apartado a del párrafo 2, el

⁵ Véase 2273.^a sesión, nota 10.

⁶ *Ibid.*

Sr. Barboza tiene dudas acerca del significado exacto de la expresión «todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición...» que figura en el apartado *a* del párrafo 1 y preferiría que las palabras «todos los» se reemplazaran por las palabras «cualquiera de». Los apartados *b* y *c* del párrafo 2, al igual que el párrafo 3, reflejan al parecer el mismo razonamiento expuesto en los párrafos de la conclusión del capítulo II del cuarto informe sobre la naturaleza y la función objetiva de la medida prevista. No obstante, el artículo no refleja las diferencias en cuanto a las consecuencias de los procedimientos de solución y de las contramedidas mencionadas en el informe.

10. El artículo 13, sobre la proporcionalidad, es una disposición fundamental y, al igual que los laudos en el incidente de Naulilaa⁷ y en el asunto del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*⁸, está redactada en términos negativos. Ese texto representa una mejora respecto del antiguo proyecto de artículo 9 redactado por el Relator Especial anterior —que sólo mencionaba los efectos de la represalia— en la medida en que introduce un elemento a la vez cualitativo y cuantitativo y en que omite la expresión «manifiestamente», cuyos alcances son muy amplios. La comparación hecha por el Relator Especial en su informe entre dos males, representados por la violación y la reacción a la violación, hace recordar la *lex talionis* del derecho primitivo, cuyo propósito era fijar límites a la venganza privada y establecer los rudimentos de una sanción de carácter más civil que penal. Sin embargo, abundan las razones en apoyo de la sugerencia del Sr. Bowett (2274.ª sesión) de que las contramedidas son necesarias para lograr, en primer término, la cesación del hecho ilícito y, en segundo término, el recurso a los medios pacíficos de arreglo. El hecho de aplicar más coacción que la necesaria es una clara indicación del carácter desproporcionado de la represalia.

11. En el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 14, sea en la versión original presentada⁹ o en la revisada, quizás sea preferible utilizar las expresiones «en

⁷ Véase 2267.ª sesión, nota 7.

⁸ *Ibid.*, nota 8.

⁹ La versión original presentada por el Relator Especial decía:

«Artículo 14.—*Contramedidas prohibidas*

«El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:

»a) a la amenaza o al uso de la fuerza armada en violación de la Carta de las Naciones Unidas;

»b) a cualquier otro comportamiento que pueda poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que esté dirigido;

»c) a cualquier comportamiento:

»i) que no esté en conformidad con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales;

»ii) que cause un grave perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral;

»iii) que sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional general;

»iv) que consista en la violación de una obligación para con cualquier Estado distinto del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.»

Posteriormente, el Relator Especial presentó un texto revisado en la 2275.ª sesión, párr. 1.

contravención de la Carta de las Naciones Unidas y no sólo del párrafo 4 de su Artículo 2». El apartado *b* de la versión original es quizás preferible al párrafo 2 de la versión revisada, aunque su texto podría no ser aceptable. El objetivo perseguido por el Relator Especial en el párrafo 2 es el de imponer una limitación a los efectos de las represalias en cuanto dispone que no pueden poner en peligro «la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que estén dirigidas». Aunque esa idea merece estudiarse, cabe preguntarse primero si no basta el principio mismo de la proporcionalidad para dar carácter de ilegal a cualquier represalia de efectos tan catastróficos. También se plantea una segunda cuestión: si la reacción que produce esos resultados catastróficos es, de hecho, proporcionada a la violación, ¿eso no significa acaso que la propia violación ha puesto en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado lesionado? Ahora bien, de la aplicación del párrafo 2 del artículo 14 y del principio de la proporcionalidad se llega a la conclusión de que, al adoptar represalias, el Estado lesionado no puede ir tan lejos como ha ido el Estado infractor al cometer el hecho ilícito. Es un hecho paradójico que la exigencia de proporcionalidad entre la coacción utilizada y la finalidad objetiva de la represalia significa que la represalia debe terminar no bien cesa el hecho ilícito o se logra la reparación.

12. En la versión revisada están en juego dos elementos: la naturaleza de las contramedidas que ponen en peligro la integridad territorial o la independencia política de un Estado y la equiparación de ciertas contramedidas al uso de la fuerza. El artículo parece dar a entender que las prohibiciones a que se refiere el apartado *a* del párrafo 1 dimanen de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, el Sr. Barboza se pregunta si el artículo 14 no introduce nuevos elementos de interpretación de la Carta que son ajenos a ella. El Sr. Barboza está dispuesto a aceptar el contenido de los cuatro incisos del apartado *b* del párrafo 1. Sin embargo, tal como está redactado, el inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 puede dar lugar a la utilización abusiva de las contramedidas. Por consiguiente, preferiría que se sustituyeran las palabras «que cause un grave perjuicio a» a fin de que su texto sea el siguiente: «que obstaculice la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral».

13. El informe contiene también información valiosa sobre el problema de los Estados no directamente lesionados. En particular, el razonamiento expuesto en la sección C del capítulo VIII del cuarto informe es útil para aclarar la cuestión de la responsabilidad en el caso de la contaminación de los espacios públicos internacionales, en el supuesto de que el deber de no contaminar esos espacios sea una obligación *erga omnes*. La Comisión debería examinar más a fondo la cuestión de los Estados no directamente lesionados y el proyecto de artículo 5 *bis* propuesto por el Relator Especial.

14. El Sr. BENNOUNA considera interesante el amplio análisis doctrinal hecho por el Relator Especial en su cuarto informe. Sin embargo, le preocupa que ese enfoque lleve a la Comisión a plantear una controversia interminable, frustrando el objetivo de elaborar un conjunto de proyectos de artículos.

15. En general, el Sr. Bennouna está de acuerdo con las observaciones del Relator Especial sobre la proporcionalidad y aprueba el contenido del proyecto de artículo 13. Sin embargo, todavía no se ha resuelto la cuestión de los criterios para evaluar la proporcionalidad. Por ejemplo, la equidad es un criterio muy vago y generalmente su aplicación depende de la definición dada a ese término en el procedimiento de solución de controversias.

16. Las contramedidas pueden ser el pretexto invocado por un Estado, o un grupo de Estados, para imponer a otro Estado su concepción propia del orden internacional. De ahí que se plantee la cuestión de si es aceptable que un grupo regional, como la Comunidad Europea, tras determinar unilateralmente que un Estado ha violado los derechos humanos o el derecho a la libre determinación, pueda suspender o terminar su asociación con este Estado, poniendo en peligro de ese modo su equilibrio económico y social. Dicho de un modo más general, ¿puede la Comunidad Europea ampararse en una violación de los derechos humanos para no seguir cumpliendo ciertas obligaciones específicas contraídas respecto de otro Estado cuando el objetivo real es el de imponer a ese Estado un sistema económico y social de carácter más favorable para la Comunidad? Evidentemente, al enfocar el principio de la proporcionalidad y la cuestión conexa de las contramedidas, uno de los elementos fundamentales que cabe tener en cuenta es el objetivo real de esas medidas. Esta cuestión merece estudiarse con más detenimiento. La relación entre las contramedidas y la prohibición del uso de la fuerza es una cuestión profundamente delicada. El Sr. Bennouna teme que la manera en que la enfoca el Relator Especial en su cuarto informe lleve a ampliar las posibilidades de uso de la fuerza. En su opinión, la Comisión debería adoptar el enfoque contrario: al tratar la cuestión del uso de la fuerza, bastaría que se remitiera a la norma del derecho internacional generalmente aceptada, en la forma en que se establece en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En realidad, todas las justificaciones para el uso de la fuerza mencionadas en el informe del Relator Especial son simplemente diversos medios de ampliar el alcance de la única excepción legítima a la prohibición del uso de la fuerza, esto es, la legítima defensa. En la sección A del capítulo V del informe se proporcionan diversos ejemplos, pero no se dice que la legítima defensa se ha invocado como un medio de encubrir otros objetivos inconfesables, hecho corriente en la época de las zonas de influencia: en ese período, la finalidad real era asegurar la unidad ideológica de una determinada región.

17. Cabe tener presente que las contramedidas están prohibidas por el derecho internacional, aun en el caso en que sean adoptadas por un grupo de Estados, a menos que estén comprendidas en el ámbito de aplicación del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas y sean autorizadas por el Consejo de Seguridad con fines de mantenimiento de la paz. A este respecto, el Sr. Bennouna considera inaceptable la afirmación en la sección A del capítulo V del informe, según la cual

La licitud de la intervención armada para proteger a los nacionales que se encuentran en peligro en el extranjero parece generalmente aceptarse no tanto en virtud del Artículo 51 [...] cuanto al amparo de la excepción de legítima defensa tal como se entiende en la práctica de

los países anglosajones, es decir, la legítima defensa en sentido amplio.

Es fundamental el reconocimiento de que la licitud de la legítima defensa basada en un estado de necesidad no es una cuestión generalmente aceptada ni por la doctrina ni por los propios Estados. Al contrario, ella es impugnada decididamente por los tratadistas, entre los que cabe mencionar a Jiménez de Aréchaga y Tanzi. La doctrina que propicia una interpretación amplia del concepto de legítima defensa está basada, en gran parte, en asuntos fallados antes de que entrara en vigor la Carta de las Naciones Unidas, en 1945. Esos asuntos son de un interés meramente histórico y no tienen ya ninguna cabida en el pensamiento moderno sobre la cuestión de la legítima defensa. Uno de los asuntos fundamentales en la materia es el del *Estrecho de Corfú*, que data de 1949, y en el cual la CIJ en su fallo rechazó los argumentos del Reino Unido en defensa de la «Operation Retail» como un método de autoprotección o autoayuda, y sostuvo que el «respeto de la soberanía territorial es un principio fundamental de las relaciones internacionales entre Estados soberanos»¹⁰. Es un hecho también que muchos Estados se han negado a aceptar el planteamiento de aquellos Estados que invocan la legítima defensa alegando un estado de necesidad. En razón de esa oposición generalizada, la interpretación amplia del concepto de legítima defensa no ha pasado a ser parte de las normas generalmente aceptadas del derecho internacional. No se debe colocar a los miembros de la Comisión en la situación de tener que adherirse a una doctrina profundamente discutible, cual es la del estado de necesidad. La Comisión no tiene ningún mandato para abordar detalladamente las cuestiones de la prohibición del uso de la fuerza o de la naturaleza de la legítima defensa.

18. En términos generales, el Sr. Bennouna está de acuerdo con las observaciones del Relator Especial sobre el uso de las medidas económicas y políticas como medios de coacción. Probablemente, la Comisión no necesita iniciar un prolongado debate a este respecto. En el artículo 13 (Proporcionalidad) y en el párrafo 2 del texto revisado del artículo 14 (Contramedidas prohibidas), el Relator Especial ha definido apropiadamente las restricciones a que deben estar sujetas esas medidas.

19. El Sr. Bennouna está de acuerdo también con las secciones del cuarto informe, que trata de la relación entre las contramedidas y el respeto de los derechos humanos, así como con las observaciones del Relator Especial respecto de las normas sobre inviolabilidad de los agentes diplomáticos y otras personas protegidas. No obstante, debe objetar el texto de la penúltima oración del último párrafo de la sección D del capítulo V del informe, según el cual esas normas surgieron mucho antes que las normas sobre la protección de los derechos humanos y las normas de *jus cogens*. El concepto de *jus cogens* no corresponde a normas específicas. Ese concepto guarda relación más bien con la jerarquía de las normas en un ordenamiento jurídico, de modo que el lugar que se ocupa en esa jerarquía determina el carácter de la norma. Existe al parecer una cierta confusión entre las obligaciones *erga omnes* y las obligaciones dimanantes de tra-

¹⁰ C.I.J. Recueil 1949, pág. 35.

tados multilaterales; estos dos conceptos son diferentes y no deben confundirse. Las obligaciones *erga omnes* son aplicables a todos los Estados.

20. En resumen, el proyecto de artículos no le plantea ningún problema en cuanto a su sustancia, pero le preocupa el hecho de que los propios artículos no reflejen plenamente la doctrina del cuarto informe.

21. El Sr. BOWETT comprende la renuencia de algunos miembros de la Comisión a la idea de que el proyecto apruebe las contramedidas en razón del desagradable recuerdo que tienen de la coacción ejercida sobre los Estados débiles por las principales Potencias en el siglo XIX. Sin embargo, se debe ser realista: los Estados no están dispuestos a renunciar a su derecho a adoptar contramedidas y, ciertamente, el proyecto de artículos brinda la oportunidad de que las contramedidas se utilicen como un medio positivo y constructivo de promover la observancia del derecho. El proyecto debe, pues, tener presentes tres objetivos: el primero, eliminar el aspecto punitivo de las contramedidas; el segundo, utilizar las contramedidas como un medio de obligar a los Estados a volver a la observancia del derecho; y el tercero, someter la controversia que originan las contramedidas a un procedimiento de arreglo imparcial a cargo de un tercero, que abarque también el examen de la legalidad de cualquier contramedida adoptada.

22. En lo que respecta a la anterior versión del proyecto de artículo 14, el Sr. Bowett dice que no tiene ninguna dificultad en aceptar la disposición del apartado *a* de que las contramedidas no deben entrañar la amenaza o el uso de la fuerza, o la disposición del apartado *c*, a excepción de su inciso *ii*), cuyo carácter es muy amplio y muy subjetivo. Si la idea es que no se adopten contramedidas que afecten al personal o a los locales de las misiones diplomáticas, el proyecto debe señalar esa circunstancia. El párrafo 2 del proyecto de artículo 14 revisado suscita serias dificultades y, por su parte, preferiría que se eliminara una disposición que haría extensiva la prohibición del uso de la fuerza, contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, a la coacción política y económica, posición que ha sido rechazada terminantemente en las resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía¹¹ y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados¹². Aunque se podría incluir una disposición separada que prohíba las contramedidas por ser incompatibles con la obligación de no intervención, sin referencia al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, ello sería también inaceptable. En su informe, el Relator Especial muestra claramente que la obligación de no intervención es extremadamente amplia pues abarca, en los términos del párrafo 1 de la resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965,

[...] cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen [...].

¹¹ Véase 2265.ª sesión, nota 6.

¹² *Ibid.*, nota 5.

Si la prohibición se estableciera en esos términos tan amplios, prácticamente todas las contramedidas quedarían prohibidas. Evidentemente, el objetivo del Relator Especial no es el de dar ese alcance tan amplio a la prohibición sino el de que ella sólo abarque

las medidas de naturaleza económica o política que pueden dar lugar a consecuencias muy gravemente perjudiciales, cuando no catastróficas, para el Estado contra el que se adoptan.

Pero si las únicas medidas prohibidas han de ser las medidas extremas de este tipo, la prohibición existiría de todos modos, ya que esas medidas serían desproporcionadas. No es necesaria una disposición separada al respecto, excepto para subrayar la necesidad de la proporcionalidad.

23. En su exposición inicial, el Relator Especial se refirió al proyecto de artículo 4 de la segunda parte, aprobado provisionalmente por la Comisión, señalando que la Comisión tal vez deba examinarlo una vez más. El texto del artículo 4 es el siguiente:

«Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado enunciadas en las disposiciones de la presente parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.»

24. Probablemente, la cuestión que preocupa al Relator Especial es la posibilidad de que las contramedidas puedan ser prohibidas no por aplicación de una disposición expresa de la Carta de las Naciones Unidas sino de una decisión del Consejo de Seguridad de carácter obligatorio para los miembros en virtud de lo dispuesto en el Artículo 25 de la Carta. El Sr. Bowett considera que el lugar apropiado para tratar ese problema es el comentario y desea sugerir algunas cuestiones que se deberían incluir en él.

25. En primer término, habida cuenta de los propósitos y principios de la Carta, no es de suponer que el Consejo de Seguridad utilice sus poderes para denegar a un Estado cualquiera el ejercicio de sus derechos o los recursos jurídicos de que dispone, con inclusión del derecho a adoptar contramedidas lícitas. En segundo término, es un hecho reconocido que incumbe al Consejo de Seguridad la responsabilidad principal en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En tercer término, es un hecho aceptado que el Consejo de Seguridad tiene atribuciones para observar la aplicación de las contramedidas y señalar si, en un caso determinado, esas contramedidas son, a su juicio, desproporcionadas. En cuarto término, el Consejo de Seguridad puede pedir a un Estado que aplase la adopción de contramedidas cuando, en su opinión, ellas agraven la situación y constituyan una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y cuando exista una expectativa razonable de arreglo pacífico. Por último, en el supuesto de que el Estado infractor adopte una posición recalcitrante negándose a poner término a su comportamiento ilícito, o a aceptar un arreglo pacífico, el Consejo de Seguridad, aparte de pedir un plazo razonable para la búsqueda de una solución, no tendría ningún derecho a pedir a un Estado que no adopte contramedidas lícitas.

26. El Sr. CRAWFORD dice que está de acuerdo con el Relator Especial en lo tocante a muchas cuestiones,

como la retorsión; la terminología aplicable a las contramedidas; el rechazo de una categoría especial de medidas recíprocas, aunque a este respecto tiene una reserva; el requisito de que exista un hecho realmente ilícito, lo que es distinto de la mera creencia de que un hecho sea lícito ya que, en este último caso, el Estado actúa creando su propio riesgo; y la no pertinencia en el plano jurídico de cualquier propósito punitivo de carácter subjetivo de parte del Estado que adopta las contramedidas. También está de acuerdo en que las contramedidas no deben ser de carácter punitivo. Pero se debería hacer una distinción entre las contramedidas provisionales y las definitivas, es decir, entre los hechos reversibles y los no reversibles. Aun en el caso de que las contramedidas sean la reacción a un hecho ilícito de carácter irreversible, como su objetivo ha de ser lograr la cesación y la reparación del hecho, esas medidas deben ser pues, en lo posible, de carácter reversible. Por consiguiente, el Sr. Crawford está de acuerdo con el Sr. Barboza en que el artículo 11 debe permitir al Estado lesionado suspender las obligaciones contraídas con el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito; pero ese artículo no debe hablar simplemente de incumplimiento.

27. El artículo 12 plantea el problema de las negociaciones en cuanto procedimiento de solución de controversias. Las negociaciones pueden dar lugar a demoras: el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito podría prolongar indefinidamente las negociaciones. Por ello, sería conveniente establecer ciertas limitaciones en el apartado *a* del párrafo 1 y en el apartado *a* del párrafo 2. Con este fin, una posibilidad sería limitar el procedimiento de solución de controversias al arbitraje de un tercero; también se podría introducir en el apartado *a* del párrafo 1 y en el apartado *a* del párrafo 2 una reserva para el caso de que el Estado lesionado tenga motivos para suponer que mediante ese procedimiento no se logrará ninguna solución a la controversia en un plazo razonable. Una tercera posibilidad, sugerida por el Sr. Bowett y que el Sr. Crawford considera preferible, sería la de hacer de un acuerdo satisfactorio sobre solución de controversias una condición suspensiva para la aplicación de contramedidas.

28. El texto del apartado *b* del párrafo 2 del artículo 12 difiere del principio que se enuncia en la sección E del capítulo II del informe. La diferencia relacionada al período anterior a la aplicación de las medidas cautelares provisionales podría ser ordenada por una corte o un tribunal. El texto del artículo es preferible al del informe. Otra solución, de carácter intermedio, sería la de dar al Estado lesionado, con sujeción a determinadas condiciones, el derecho a adoptar medidas cautelares a la espera de la decisión de la corte o del tribunal. En ciertos casos, por ejemplo, cuando se deben embargar haberes, probablemente esas medidas no tendrían ningún efecto si no se adoptasen de inmediato. En ese sentido, la proposición formulada en la sección E del capítulo II del informe no parece viable.

29. El párrafo 3 del artículo 12 no es satisfactorio. Su texto es extremadamente vago y, en todo caso, su objetivo declarado se lograría ya en el marco de la obligación fundamental de la proporcionalidad. El Sr. Crawford se pregunta cuál sería el significado de la expresión «justicia», pues ella depende «del cristal con que se mire». En todo caso, el mantenimiento de la paz y la seguridad in-

ternacionales es una cuestión que incumbe al Consejo de Seguridad. El ejercicio del derecho de los Estados a adoptar contramedidas no debe quedar sujeto a restricciones vagas e imprecisas, siempre que esas medidas no sobrepasen los límites debidos. Además, en esta esfera, la obligación de los Estados de no agravar sus controversias no se puede aplicar unilateralmente al Estado perjudicado.

30. El artículo 13 enuncia el concepto de la proporcionalidad en cuanto establece una relación entre las contramedidas y la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y sus efectos, principio que merece su aprobación. La idea del Sr. Barboza de que el comportamiento del Estado lesionado debe ser proporcionado al logro de los dos legítimos objetivos de las contramedidas, a saber, la cesación y la reparación, es interesante. En cuanto al problema de los Estados lesionados de diferente manera, se podría introducir una disposición especial al respecto, a lo que se opone el Relator Especial; o bien, especificar que la gravedad y los efectos del hecho internacionalmente ilícito se determinan en relación con el Estado de que se trate. En otros términos, sólo se podrán adoptar contramedidas cuando la gravedad de la violación las justifique *vis-à-vis* al Estado que toma la contramedida, y por el daño sufrido por ella. De lo contrario, la facultad de adoptar contramedidas revestiría un carácter muy amplio y no guardaría relación con los efectos del hecho ilícito. A este respecto se plantea también la cuestión de las contramedidas colectivas, en el caso de que los Estados más gravemente afectados soliciten la asistencia de otros Estados. Si ese Estado o esos Estados decidieran no adoptar contramedidas, podría ser que los terceros Estados no deberían estar autorizados para adoptarlas. El derecho a adoptar esas medidas debería por consiguiente quedar subordinado al daño sufrido por el Estado de que se trate, de modo que en la práctica sólo lo ejerzan los Estados más afectados. Pero aun en ese caso se plantea la cuestión de las contramedidas adoptadas por instigación del Estado más lesionado, problema que deberá analizarse a fondo.

31. La cuestión de las contramedidas prohibidas se trata en el proyecto de artículo 14 revisado¹³. El Sr. Crawford está de acuerdo con la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza que figura en el apartado *a* del párrafo 1, dado que el artículo trata de una cuestión distinta de la legítima defensa. El inciso i) del apartado *b* del párrafo 1 no es suficientemente claro: ¿la prohibición se refiere a todos los derechos humanos o sólo a algunos de ellos y, en ese caso, a cuáles? El Comité de Redacción deberá, sin duda, adoptar una decisión al respecto. El alcance del inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1, sobre las inmunidades diplomáticas, es muy vago; en particular, no define lo que se entiende por «grave perjuicio». Es más, parece frustrar el objetivo de las disposiciones relativas a las contramedidas, que es solucionar las controversias en lugar de agravarlas. Dado que las vías diplomáticas normales deben quedar abiertas, el Sr. Crawford sugiere aclarar que la aplicación de contramedidas en violación de la inmunidad diplomática y consular estará sujeta a un régimen estricto de reciprocidad, lo que significa que ellas sólo pueden aplicarse en respuesta a una violación de obligaciones similares o relacionadas en la esfera de la inmunidad diplomática y consular.

¹³ Véase nota 9 *supra*.

32. El inciso iii) del apartado *c* del párrafo 1 plantea la cuestión de las contramedidas contrarias al *jus cogens*. El Sr. Crawford no comparte la opinión del Sr. Pellet (2276.ª sesión) de que las disposiciones relativas a los derechos humanos y la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza puedan dejarse para ser incluidas en la referencia general al *jus cogens*. Del mismo modo, tampoco estarían incluidos en el inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 los efectos de las contramedidas en las relaciones diplomáticas. En el comentario se podría incluir quizás una oración aclarando que la prohibición de un comportamiento contrario a las normas imperativas del derecho internacional general es de carácter general y no refleja una idea de que las demás prohibiciones enunciadas en los incisos i) y ii) del apartado *b* del párrafo 1 no son normas de *jus cogens*. El Sr. Crawford no puede aceptar la prohibición de las «medidas extremas de coacción política o económica», que figura en el párrafo 2. El texto del artículo relativo a la proporcionalidad se debería redactar de manera que limite la adopción de medidas extremas a los casos en los que el propio Estado lesionado sea víctima de medidas extremas que pongan en peligro su integridad territorial o su independencia política. En cuanto a los regímenes autónomos, el proyecto de artículos no debería tratar de solucionar esa cuestión, ya que para ello es indispensable una interpretación del tratado pertinente. No se debe suprimir el artículo 2 de la segunda parte; en cambio, su texto se debería redactar según el modelo del artículo 5 (Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional¹⁴.

33. El Sr. Crawford, pasando a referirse una vez más a la cuestión de los Estados afectados de diferente manera, sugiere que la facultad de los Estados menos afectados de adoptar contramedidas o determinar la *restitutio in integrum* quede sujeta a dos limitaciones. En primer término, que las contramedidas sean proporcionales al grado del daño sufrido por el Estado que las adopta; en segundo término, que en el caso de que el Estado o los Estados más afectados renuncien a la *restitutio in integrum*, ningún otro Estado pueda pedirla. El Comité de Redacción tal vez podría incorporar estas sugerencias, ya sea en los propios artículos o en el comentario.

34. Por último, en lo que respecta al proyecto de artículo 4 de la segunda parte, no es pertinente que al examinar el proyecto mismo sobre responsabilidad de los Estados o su comentario la Comisión trate de solucionar los problemas dimanantes de la Carta de las Naciones Unidas, pues ello incumbe al Consejo de Seguridad. A ese respecto, el Sr. Crawford está de acuerdo con el Sr. Bowett. Es necesario suprimir las palabras «según corresponda» que figuran en ese texto, ya que el proyecto de artículo no debería ser incompatible con las disposiciones de la Carta.

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

¹⁴ Para el texto remitido al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 11.

2278.ª SESIÓN

Viernes 26 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, 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.1¹, A/CN.4/444 y Add.1 a 3², 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 14³ (continuación)

1. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que el cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) desarrolla y concreta las principales orientaciones del tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1) que la Comisión ya ha debatido. En ese debate el orador tuvo la ocasión de señalar, con el Relator Especial, que el recurso a las contramedidas está admitido en derecho internacional como derecho propio de la soberanía de los Estados —recogiendo una expresión empleada por la CIJ— y que se trata pues de una prerrogativa de preeminencia cuyo ejercicio se deja a la discreción de los Estados. También destacó que la labor de encuadramiento jurídico de este ejercicio tenía por finalidad transformar dicha prerrogativa de preeminencia en facultad de suplencia, a fin de prevenir los deslices y procurar que los abusos del derecho de recurrir individualmente a contramedidas encuentren sus límites naturales en un orden libremente aceptado de la comunidad de los Estados. A este respecto formuló en particular tres preguntas: primera, ¿qué es lo que condiciona la regularidad de las contramedidas, el hecho internacionalmente ilícito o el daño? Segunda, ¿hay que descartar las contramedidas concertadas? Tercera, ¿puede ser compatible el régimen de las contramedidas con el derecho reconocido a los Estados de formular reservas a las disposiciones de un tratado?

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.