

argumento de peso que aducen ampliamente todos los que se oponen a las contramedidas. Pero no es menos cierto que las contramedidas existen, siempre se han utilizado, y es de suponer que continuarán utilizándose en el futuro previsible. En la medida en que no es posible eliminarlas del todo es preciso por lo menos reglamentar y limitar su utilización. Tal es la solución que ha adoptado el Relator Especial y el Sr. Kabatsi está dispuesto a seguirlo por esa vía en las circunstancias actuales. Las condiciones del recurso a las contramedidas enunciadas por el Relator Especial en el proyecto de artículo 12 constituyen de hecho una garantía contra los abusos y los posibles errores. Es inexacto decir que estas condiciones no se respetarán porque son demasiado largas de aplicar o que impedirán de hecho todo recurso a las contramedidas. En efecto, hay que partir del principio de que las contramedidas deben ser la excepción y no la regla y que no debe ser tan fácil recurrir a ellas. De todas maneras, cualquiera que sea el régimen internacional que se establezca en la materia sólo tendrá valor si favorece la realización del principal objetivo de las Naciones Unidas claramente enunciado en el Preámbulo de la Carta, que es, entre otros,

[...] promover el progreso social y [...] elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Precisamente para promover este objetivo es necesario desarrollar el derecho internacional y no hay que olvidar que el poder es transitorio e ilusorio y que los poderosos de ayer pueden convertirse en los débiles de mañana.

61. Por lo que se refiere a los proyectos de artículos propiamente dichos, el orador comparte la opinión del Sr. Al-Khasawneh acerca de la necesidad de dar muestras de prudencia en relación con el concepto de proporcionalidad, cuyo contenido no está muy definido, lo que puede conducir a abusos. Estima también, como el Sr. Sreenivasa Rao, que las medidas cautelares no son fundamentalmente diferentes de las contramedidas y que de todas maneras las contramedidas también deberían ser provisionales. A su juicio, es posible mejorar todavía los proyectos de artículos en cuanto al fondo y la forma, y el Comité de Redacción debería dedicarse a ello.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

## 2279.<sup>a</sup> SESIÓN

*Miércoles 1.º de julio de 1992, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Christian TOMUSCHAT

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas

Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

**Responsabilidad de los Estados (continuación)**  
[A/CN.4/440 y Add.1<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 PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, dice que el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) es un texto alentador y bien documentado. La primera cuestión que cabe examinar es la de si el proyecto de artículos debe incluir siquiera disposiciones sobre las contramedidas. A este respecto, está en desacuerdo con la sugerencia del Sr. Shi (2273.<sup>a</sup> sesión) de que se dejen de lado esas medidas, al menos transitoriamente. El derecho a adoptar contramedidas es uno de los medios de recurso de que dispone un Estado lesionado y si la Comisión no aborda esta cuestión, las viejas normas seguirán siendo aplicadas. Por su parte, está firmemente convencido de que la Comisión debe tratar de establecer un régimen nuevo que represente una mejora. El hecho de que en el pasado las represalias se hayan utilizado a veces como un pretexto para cometer abusos, lejos de ser un factor de disuasión debería impulsar a la Comisión a buscar soluciones innovadoras. A este respecto se puede hacer una comparación útil con el derecho humanitario: la existencia de la prohibición del uso de la fuerza no significa que nunca se habrá de recurrir a la fuerza. De ahí que no se pueda prescindir del *jus in bello*. La omisión de normas apropiadas sobre las contramedidas no ayudará a luchar contra los peligros inherentes a ellas y es claro que la Comisión está obligada a abordar este capítulo manifiestamente desagradable de su labor.

2. El Presidente apoya el enfoque adoptado por el Relator Especial de no asignar carácter punitivo a las contramedidas, pero en cuanto al fondo el proyecto de artículo 11 es realmente muy pobre dado que no define bien la función de las contramedidas. Ese texto debería señalar claramente que las contramedidas son un medio encaminado a inducir al Estado infractor a volver a la senda de la legalidad.

3. En realidad, todas las contramedidas son básicamente medidas cautelares provisionales. El Presidente está

<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.

de acuerdo con el Sr. Barboza (2277.<sup>a</sup> sesión) en que el Estado lesionado tiene derecho a suspender transitoriamente el cumplimiento de sus propias obligaciones. Sin embargo, tan pronto como el Estado infractor reanude el cumplimiento de sus obligaciones, se deben levantar las contramedidas adoptadas. La expresión «contramedidas» debe figurar en el cuerpo del artículo 11. En su versión actual, ese artículo no permite diferenciar a las contramedidas de las medidas de legítima defensa.

4. La cuestión más importante que se plantea en relación con el artículo 12 es la de si las contramedidas sólo se pueden adoptar una vez agotados todos los procedimientos de solución amistosa. Las diferenciaciones hechas en el informe no se reflejan en la versión propuesta. La mera referencia a «todos» los procedimientos no es nada apropiada. Entre los medios de arreglo pacífico, el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas menciona la negociación. De ahí que las normas sugeridas por el Relator Especial tendrían el efecto de favorecer al Estado infractor, lo que constituye una solución injusta y claramente no viable. La Comisión no debe, por ningún motivo, adoptar una norma rígida que aliente las violaciones del derecho internacional.

5. Al igual que el Sr. Calero Rodrigues (2278.<sup>a</sup> sesión), el Presidente ha experimentado una cierta perplejidad ante el texto del párrafo 3 del artículo 12, pero si bien se entiende, ese párrafo parece enunciar una regla bastante simple, a saber, que si no ha agotado los procedimientos de solución amistosa un Estado no puede adoptar contramedidas que pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales o la justicia. En realidad, esa norma no es necesaria ni apropiada. Desde luego, ella está inspirada en el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, artículo que prohíbe el uso de la fuerza como un medio de arreglo de controversias. En su opinión, esa disposición no es aplicable realmente a las situaciones que resultan de las contramedidas, aun cuando sobre esta cuestión puede haber opiniones muy divergentes.

6. En lugar de basarse tanto en los procedimientos de solución de controversias —de los cuales algunos son ineficaces y todos son lentos y engorrosos—, el Relator Especial habría debido, en términos generales, subrayar la necesidad de que las contramedidas tengan carácter colectivo, esto es, que pasen a ser sanciones aplicadas por la comunidad internacional organizada en lugar de mantenerse en el ámbito de la relación bilateral entre el Estado infractor y el Estado víctima. A este respecto, el artículo 2 de la segunda parte del proyecto se orienta en la debida dirección, aunque su texto es de carácter muy abstracto y general. Como cuestión de principio, se deben aplicar de preferencia los procedimientos establecidos en virtud de convenios internacionales existentes, aunque podría haber un «retorno» a la aplicación de las normas generales para que el Estado lesionado adopte unilateralmente las contramedidas. En opinión del Presidente, es un error el enfoque adoptado por el Relator Especial en el capítulo VII de su informe, en el que trata de mostrar que los regímenes autónomos no existen realmente. En cambio, se debería favorecer la reacción colectiva al comportamiento ilícito. En la actualidad, son pocos los regímenes que prevén una acción organizada de carácter colectivo contra los hechos ilícitos. Sin embargo, esos mecanismos se deberían considerar como

modelos aplicables en otras esferas de la vida internacional.

7. El Presidente comparte las observaciones del Relator Especial sobre la proporcionalidad, pero no comprende las razones por las cuales en el capítulo V se hace un análisis detallado de casos del uso de fuerza. Como la Comisión no ha emprendido ningún estudio sobre la Carta de las Naciones Unidas, basta señalar que las contramedidas que entrañan el uso de la fuerza son ilícitas. Por otra parte, habría sido útil trazar una línea divisoria entre las contramedidas y la legítima defensa. Evidentemente, si el Estado actúa en legítima defensa, puede recurrir a la fuerza armada. Por su parte, el Presidente tiene serias dudas en cuanto a las medidas económicas y políticas como formas de coacción. El hecho de que una medida esté prohibida en virtud del principio de no intervención no significa que se prohíba adoptar esa medida como reacción a un comportamiento ilícito, es decir, como contramedida. Por consiguiente, el Presidente no está de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 14. Los problemas a que alude esa disposición podrían solucionarse mediante la aplicación del principio de la proporcionalidad.

8. Es de celebrar la limitación relativa a los derechos humanos que se enuncia en el inciso i) del apartado b del artículo 14, pero se debe mejorar su redacción. El adjetivo calificativo «fundamentales» que acompaña a la expresión «derechos humanos» realmente no refleja la opinión del Relator Especial de que sólo serían inviolables los derechos humanos más elementales. Además, el informe debió haber mencionado el Protocolo adicional I de 1977 de los Convenios de Ginebra de 1949. En el proyecto de artículos se debería hacer referencia específica al derecho humanitario, porque hasta el presente las prohibiciones más importantes que existen respecto de las contramedidas han sido establecidas en virtud de convenios humanitarios.

9. Los términos utilizados en el inciso ii) del apartado b del párrafo 1 del artículo 14 son muy vagos. La prohibición de las contramedidas se debería aplicar sólo a las cuestiones esenciales. El Presidente tiene también serias dudas en cuanto a la excepción enunciada en el inciso iv) del apartado b del párrafo 1, que guarda relación con el efecto de una obligación *erga omnes*, en la forma en que la entiende el Relator Especial. En opinión del Presidente, no existe una diferencia conceptual entre las normas de *jus cogens* y las normas dimanantes de obligaciones *erga omnes*. En el asunto de la *Barcelona Traction*<sup>4</sup>, la CIJ se refirió concretamente a ese problema; cuando están en juego los intereses fundamentales de la comunidad internacional, todos los Estados están obligados a respetarlos. Así, los conceptos de obligaciones *erga omnes* y de normas de *jus cogens* son de alcances muy similares. No obstante, la concepción muy personal que tiene el Relator Especial lo lleva a calificar como obligaciones *erga omnes* algunos derechos humanos que no figuran entre los derechos más fundamentales. La disposición del inciso iv) del apartado b del párrafo 1 parecería excluir cualquier contramedida que guarde relación con derechos protegidos en virtud de un tratado multilateral.

<sup>4</sup> Véase 2278.<sup>a</sup> sesión, nota 20.

Así, si algún país privara a los nacionales alemanes que se encuentren en su territorio de la libertad de circulación, protegida por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Alemania no podría, a título de represalia, restringir el derecho correspondiente de los nacionales de ese país que se encuentren en su territorio en razón de que Alemania ha prometido respetar la libertad de circulación no sólo respecto de ese país sino también de los demás Estados Partes en el Pacto. Esta tesis es errada debido a la especial relación que existe entre Alemania y el país de que se trate en razón de la violación por este último de las disposiciones del Pacto.

10. A este respecto, el Presidente expresa su desacuerdo fundamental con la tentativa del Relator Especial de demostrar que, en el caso de la violación de una obligación multilateral relativa a los derechos humanos o el medio ambiente, todos los Estados se encuentran en igual situación. En particular, la nota en la sección B del capítulo VIII en que se detallan las categorías de Estados lesionados en el caso de un acto de agresión muestra que el razonamiento jurídico del Relator Especial tiene bases muy inciertas. Según la Carta de las Naciones Unidas, si bien la prohibición de la agresión constituye una norma general de carácter obligatorio para todos los Estados en sus relaciones mutuas, el derecho primordial de legítima defensa incumbe a la víctima directa de la agresión. Evidentemente, otros Estados podrían participar en medidas colectivas de legítima defensa, pero, en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*<sup>5</sup>, la CIJ claramente ha hecho una distinción en la situación jurídica entre la víctima real de la agresión y otros Estados que, en cierto sentido artificial, podrían considerarse «legalmente afectados», cuando declaró que «no existe una norma que permita el ejercicio de la autodefensa colectiva en la ausencia de una petición por parte del Estado que se cree víctima de un ataque armado». La regla aplicable a la legítima defensa debe aplicarse también a las contramedidas. Un Estado no directamente lesionado no está en la misma situación jurídica que la víctima primordial de un hecho internacionalmente ilícito. El Relator Especial defiende un concepto meramente teórico que no está de acuerdo con la realidad práctica, si bien ese concepto encuentra un cierto apoyo en el texto del artículo 5 de la segunda parte, aprobado provisionalmente por la Comisión<sup>6</sup>. La cuestión relativa a los recursos de que dispondrían los Estados no directamente perjudicados no se soluciona mediante el artículo 5 *bis* sugerido por el Relator Especial. Se podría alentar a esos Estados a que reaccionen recurriendo a los medios de acción colectiva, pero la víctima directa debería disfrutar de mayor libertad de acción. El Relator Especial no parece dar un tratamiento muy favorable a la víctima real, pero, en cambio, a Estados remotos, que no tienen ningún vínculo real con el hecho ilícito, les atribuye una función que no sólo no les corresponde sino que no están en condiciones de desempeñar. Por último, el Presidente desea destacar que en el fallo al que se ha referido, la CIJ

utiliza siempre la expresión «terceros Estados» para referirse a los Estados distintos del Estado lesionado.

11. El Relator Especial enfoca la cuestión de las contramedidas fundamentalmente desde el punto de vista de la relación bilateral entre el Estado infractor y el Estado lesionado. Sin embargo, la comunidad internacional organizada debería tener cabida en el proyecto; en las proposiciones hechas por el Relator Especial, la presencia de esa comunidad internacional aparece sólo indirectamente, en el marco de los mecanismos de solución de controversias. Los mecanismos de control deberían establecerse en una etapa anterior, cuando se determine si se han de aplicar contramedidas. A este respecto, el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, había tenido una visión más de futuro, aunque fuerza es reconocer que hasta ahora la comunidad internacional sólo tiene modestas ambiciones en la materia. El principal problema que se plantea respecto de las contramedidas es el de que ellas deberían estar subordinadas a algún tipo de control de la comunidad internacional, la que se demora en asumir este papel.

12. El Sr. AL-BAHARNA dice que en su alentador tercer informe, el Relator Especial (A/CN.4/440 y Add.1) especifica que las medidas que el Estado lesionado puede adoptar contra el Estado infractor son la legítima defensa, las sanciones, la retorsión, las represalias, la reciprocidad, las contramedidas y la resolución y suspensión de los tratados. La naturaleza y el alcance de esos recursos jurídicos siguen siendo una cuestión controvertida en el derecho internacional y, dado que no le incumbe codificar o desarrollar las normas de derecho internacional relativas a esas medidas, la Comisión debe abstenerse de adoptar cualquier decisión que suscite críticas en cuanto rebasaría el marco de su mandato. Un debate detallado acerca de la legítima defensa, las sanciones o la retorsión no tendría cabida en el ámbito del tema sobre la responsabilidad de los Estados. En cuanto a la legítima defensa, en su informe el propio Relator Especial reconoce que ese concepto plantea complejos problemas jurídicos y que su enfoque debería mantenerse en el contexto del artículo 34 de la primera parte del proyecto<sup>7</sup>. Según señala el Relator Especial, el concepto de sanción es problemático en la teoría y aún más en la práctica de la responsabilidad internacional. El concepto de retorsión —de carácter no amistoso— puede considerarse como un recurso jurídico a los fines del proyecto. El Relator Especial define las represalias como «medidas adoptadas como reacción a un hecho internacionalmente ilícito por la parte lesionada contra el Estado ofensor». Pero el término «represalias» se vincula tradicionalmente al uso de la fuerza, uso que ahora es ilícito *per se*. Es más, las diversas categorías de represalias son motivo de controversia y, por lo tanto, se ha sugerido reemplazar ese término por otro más neutro, como «contramedidas», cuyo alcance es suficientemente amplio para abarcar una cierta gama de medidas correctivas que puede adoptar el Estado lesionado.

13. El Sr. Al-Baharna está de acuerdo con la opinión expresada por el Relator Especial de que para que las contramedidas sean legítimas es necesario que se haya

<sup>5</sup> C.I.J. Recueil 1986, pág. 105, párr. 199.

<sup>6</sup> Véase 2266.<sup>a</sup> sesión, nota 11.

<sup>7</sup> Véase 2272.<sup>a</sup> sesión, nota 2.

cometido un hecho ilícito y que la convicción de buena fe del Estado lesionado de que se ha cometido ese hecho no basta para justificar la adopción de contramedidas. Ilustran esta cuestión las medidas «defensivas» contra un Estado considerado como atacante o atacante potencial. También en este caso el Relator Especial señala acertadamente que las contramedidas pueden desempeñar una función a la vez restitutoria y penal, pero esa afirmación tiende a esfumar la distinción entre los dos tipos de consecuencias de los delitos. En sus dos primeros informes<sup>8</sup>, el Relator Especial distinguía entre las consecuencias «adjetivas» o «procesales» y las consecuencias «sustantivas», que abarcan la cesación y la restitución. Cabe observar una superposición entre ambas categorías por el hecho de que se pueden emplear medidas «instrumentales» como medio para asegurar los recursos «sustantivos» de la restitución y la reparación. La superposición sería menor y el régimen más lógico y práctico si el proyecto enunciara los derechos y las obligaciones que incumben al Estado lesionado y al Estado infractor a los efectos de la reparación del delito.

14. El capítulo III del tercer informe trata de la función y los fines de las contramedidas, a los que define como cesación, reparación y retribución. La cuestión de la retribución no será fácilmente aceptable dado el deseo de evitar medidas punitivas contra Estados de igual condición, por ser reminiscencias del derecho internacional del siglo XIX. La función retributiva debe considerarse una función secundaria, admisible sólo en los casos de inobservancia o escarnio manifiesto del derecho. Por ello, se deberían privilegiar más los aspectos de las contramedidas que guardan relación con la indemnización y la reparación. La demanda de cesación o reparación debe ser siempre el primer paso obligatorio en un proceso de reacción gradual. El Sr. Al-Baharna tiene ciertas dudas en cuanto a la opinión de Wengler, citada en el capítulo IV del tercer informe, de que «el Estado ofendido puede recurrir legítimamente a las represalias, sin ninguna diligencia preliminar, en caso de dolo del Estado que ha infringido la norma»<sup>9</sup>. La demanda previa sólo podría no ser exigible en el caso de amenaza grave a la vida y la integridad física de las personas, o de daño inminente e irreparable a los bienes, y siempre que las medidas adoptadas estén encaminadas a prevenir esas situaciones.

15. En el capítulo V del informe se plantea la cuestión de si es lícita la reacción del Estado lesionado que no ha recurrido previamente a uno o más de los medios de arreglo de controversias previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. En opinión del Sr. Al-Baharna, si el hecho internacionalmente ilícito pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, el Artículo 33 entra a aplicarse automáticamente; en el caso contrario, ese Artículo no es aplicable y tienen prioridad las normas propuestas en el proyecto de artículos. No cabe permitir la adopción de medidas provisionales si no existe una «demanda previa» dado que estas medidas podrían dar lugar a abusos y, probablemente, a la iniciación de las hostilidades.

<sup>8</sup> Véase 2266.ª sesión, notas 17 y 18.

<sup>9</sup> Para la fuente, véase la nota pertinente en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/440 y Add.1.

16. El concepto de la proporcionalidad, de que trata el capítulo VI del informe, da lugar a diversas interpretaciones. Sin embargo, por razones tanto de principios como de lógica, la Comisión debe adoptar un enfoque restrictivo. El Sr. Al-Baharna discrepa de la opinión del Relator Especial, expresada en el informe, de que el requisito de la proporcionalidad debe formularse en relación con tres elementos: el daño sufrido, la importancia de la norma violada y la finalidad de la medida a la que se recurre. Es dudoso que el requisito de la proporcionalidad se pueda definir en términos tan precisos; es más, las circunstancias especiales de cada caso particular pueden obligar a tener en cuenta elementos diferentes. A los efectos de la proporcionalidad, la naturaleza, la forma y la cuantía del daño siempre serán pertinentes pero no necesariamente la importancia de la norma violada. Al enfocar el requisito de la proporcionalidad, la Comisión no debe adoptar posiciones teóricas; sobre todo, no debe incluir ciertos aspectos controvertidos en circunstancias de que se han excluido otros.

17. El capítulo VII, relativo a la suspensión y la terminación de los tratados a título de contramedidas, examina la cuestión de si la codificación y el desarrollo del derecho sobre la responsabilidad de los Estados plantea ciertas cuestiones no comprendidas en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En caso afirmativo, la Comisión podría adoptar normas sobre la suspensión y la terminación de los tratados como contramedidas en el caso de violación de una obligación internacional. A los efectos del régimen general de la responsabilidad de los Estados, el Relator Especial señala acertadamente que no se puede considerar que la disposición enunciada en el artículo 60 agote el régimen jurídico de la suspensión y terminación de los tratados. El American Law Institute llega a la misma conclusión al señalar que:

Las medidas que puede adoptar un Estado de conformidad con la presente sección [...] abarcan: la suspensión o la terminación, de carácter general, de las relaciones establecidas mediante tratados o de un determinado acuerdo o disposición internacional; [...]<sup>10</sup>.

Pero, sea cual fuere la posición adoptada por el derecho internacional tradicional, la Comisión no debería dar a los Estados el derecho ilimitado de suspender o terminar los tratados. En consonancia con el espíritu del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Comisión debería limitar ese derecho a los casos de violación grave de una obligación internacional y, en cambio, excluirlo totalmente respecto de los tratados de carácter humanitario y de los que establecen obligaciones «indivisibles» o «integrales». De lo contrario, se pondría en peligro el principio *pacta sunt servanda*. La Comisión debe examinar también si, en razón de consideraciones humanitarias y en aras del imperio del derecho, se debería restringir todavía más el derecho a suspender y terminar los tratados; por ejemplo, si cabe limitar ese derecho a los casos en los que exista una estrecha relación entre la violación de la obligación internacional y el tratado de que se trate. Como la finalidad de la suspensión o terminación del tratado es la de mitigar las consecuencias de la violación, es razonable exigir

<sup>10</sup> Véase 2278.ª sesión, nota 15.

que haya una relación entre la violación y la contramedida correspondiente.

18. En lo que respecta al capítulo IX, el Sr. Al-Baharna duda de que se pueda calificar a los Estados como Estados «directamente lesionados» y «no directamente o indirectamente lesionados». En la práctica, esa clasificación no cumple ninguna finalidad real. En definitiva, la responsabilidad del Estado infractor es una cuestión que resulta del daño sufrido por el Estado lesionado. Este problema se ha tratado apropiadamente en el artículo 5 de la segunda parte y no existe ninguna necesidad de enmendar ese artículo o de agregar un nuevo capítulo relativo a los «Estados indirectamente lesionados». En su tercer informe, el propio Relator Especial admite que la situación de esos Estados podría muy bien ser una cuestión de grado y, de ser así, la distinción es innecesaria.

19. El capítulo X trata de la prohibición del uso de la fuerza, el respeto de los derechos humanos, la inviolabilidad de las personas especialmente protegidas así como de la pertinencia del *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes* en el contexto de la licitud de las contramedidas. Como no existe acuerdo acerca del alcance y la aplicación exactos de esos principios, el esfuerzo de la Comisión por establecer disposiciones detalladas sería infructuoso. Mucho más conveniente sería enunciar el principio fundamental utilizando, siempre que sea posible, los términos de la Carta de las Naciones Unidas y de otros instrumentos internacionales básicos, acompañado de un breve comentario. Se debe evitar toda cuestión polémica o todavía no solucionada, como el uso de la coacción económica a título de contramedida, la protección de los bienes extranjeros como una cuestión de derechos humanos y la restricción de las contramedidas en virtud de las obligaciones *erga omnes*. La Comisión debe incluir sólo los aspectos dimanantes de las normas de derecho internacional generalmente aceptadas.

20. El cuarto informe (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) contiene una exposición erudita de valiosos antecedentes jurídicos. Los proyectos de artículos 11 a 14 reflejan las tendencias actuales del derecho internacional en lo que respecta al concepto de las contramedidas que, a juicio del Relator Especial, es un elemento fundamental del derecho sobre la responsabilidad de los Estados. Desde ese punto de vista, las normas del derecho internacional contemporáneo no dan cabida a los recursos tradicionales como las sanciones o las represalias de carácter punitivo. El Sr. Al-Baharna se felicita por el hecho de que el artículo 11 destaque el principio de que sólo se puede recurrir a las contramedidas cuando el Estado contra el cual se dirigen esas medidas ha cometido realmente un hecho internacionalmente ilícito. La frase final del artículo 11, «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado», está mejor formulada que las disposiciones pertinentes de los artículos 8 y 9 de la segunda parte<sup>11</sup> propuestos por el anterior Relator Especial. También cabe felicitar de que en el nuevo artículo 11 se omita la expresión «represalias».

21. El Sr. Al-Baharna observa complacido que el artículo 12 enuncia las condiciones que ha de satisfacer el Estado lesionado para poder adoptar contramedidas. Está de acuerdo con el Relator Especial en que el artículo 12 reviste un carácter más flexible que el de las disposiciones pertinentes de los proyectos de artículos 1 y 2 de la tercera parte<sup>12</sup> propuestos por el anterior Relator Especial. En el apartado *a* del párrafo 1, la referencia al agotamiento por el Estado lesionado de «todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias de que sea parte», sin duda tiene alcances más amplios que los del párrafo 1 del artículo 10 de la segunda parte propuesto por el anterior Relator Especial. Es efectivo que las excepciones previstas en los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 2 establecen, como el Relator Especial ha dicho (2273.ª sesión, párr. 29),

[...] algún equilibrio en la relación entre el Estado lesionado y los autores de la infracción en la evaluación de la existencia o no de esa condición esencial para la licitud de un acto de represalias, a saber, el agotamiento de los procedimientos de solución disponibles.

No obstante, el Sr. Al-Baharna sigue pensando que las «medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado» a que se refiere el apartado *b* del párrafo 2 no estarían justificadas en el caso de que el Estado lesionado adopte unilateralmente esas medidas antes de que un órgano internacional se haya pronunciado acerca de su admisibilidad. Por otra parte, en aras de la claridad, sugiere que la referencia al artículo «anterior» y al párrafo «precedente» que figura en el artículo 12 se reemplace por la numeración correspondiente a esas disposiciones. En el apartado *c* del párrafo 2, las palabras «ese órgano» se deberían reemplazar por las palabras «el órgano internacional».

22. La disposición del artículo 13 se expresa mejor en términos negativos y no positivos. En su formulación actual, ese artículo tiene en cuenta tanto la gravedad del hecho ilícito como sus efectos. El Comité de Redacción deberá examinar también hasta qué punto las contramedidas podrían ser desproporcionadas. Como ya ha señalado, al examinar el principio de la proporcionalidad, la Comisión debe evitar los aspectos más controvertidos de esa cuestión. El Sr. Al-Baharna celebra el alcance de las restricciones a las contramedidas, de que trata el artículo 14, pero desea aplazar sus comentarios habida cuenta de las cuestiones sustantivas que plantea este artículo.

23. El texto de un posible artículo 5 *bis* se ha propuesto «muy provisionalmente». El Sr. Al-Baharna ha manifestado ya su opinión de que un artículo relativo a los denominados «Estados indirectamente lesionados» no sería necesario dado que la definición de los «Estados lesionados» que figura en el artículo 5 de la segunda parte es totalmente apropiada. En consecuencia, está de acuerdo con el Sr. Rosenstock (2273.ª sesión) en que el artículo 5 *bis* nada agrega al proyecto de artículos.

24. Por último, el Sr. Al-Baharna desea expresar su reconocimiento por la notable contribución hecha por el Relator Especial a la codificación del tema.

<sup>11</sup> Véase 2273.ª sesión, nota 10.

<sup>12</sup> *Ibid.*, nota 12.

25. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en sus comentarios al proyecto de artículo 11, concretamente en referencia a las obligaciones del Estado lesionado respecto del Estado infractor, varios miembros han manifestado su preferencia por la expresión «suspender el cumplimiento» en lugar de la expresión «abstenerse de cumplir». El Sr. Arangio-Ruiz, habiendo reflexionado sobre esta cuestión, considera que dicha expresión plantea un problema; en efecto, es difícil que un Estado se limite a suspender el cumplimiento de su obligación de no emprender ensayos nucleares en el caso de que otro Estado haya violado ya una obligación a ese respecto dimanante de un tratado. Se pregunta también cómo se podría definir la suspensión en el caso de que el Estado esté sujeto a una obligación de cumplimiento instantáneo, es decir, de hacer o de entregar algo en un momento preciso. La expresión «abstenerse de cumplir» parecería abarcar todas las situaciones hipotéticas mientras que la de «suspender el cumplimiento» abarcaría sólo algunas de ellas. El Relator Especial invita a los miembros a que reflexionen sobre esa cuestión.

26. El Sr. YAMADA da las gracias al Relator Especial por sus excelentes e ilustradores informes, especialmente valiosos para las autoridades de los Estados que deben hacer frente a esas cuestiones en la práctica.

27. Las contramedidas son una cuestión a la vez compleja y difícil. Aunque los ejemplos sobre la práctica de los Estados son abundantes, es difícil extraer de ellos conclusiones. Es un hecho que los Estados recurren a las contramedidas y, en ese caso, suelen rebasar los límites teóricos de la legitimidad. El Sr. Yamada dice que si bien comprende la opinión del Sr. Shi (2273.ª sesión) de que la Comisión no debe abonar la legitimidad de un concepto tan polémico como las contramedidas, no la comparte. La negativa a tratar esta cuestión no mejorará la situación. Sin duda, los Estados seguirán usando las contramedidas como un medio para hacer frente a los hechos internacionalmente ilícitos. Hasta qué punto los Estados recurran a esas medidas es una cuestión estrechamente relacionada con la existencia de procedimientos de solución de controversias. Por ello, lo más conveniente sería que la Comisión formulara ciertos artículos encaminados a restringir las contramedidas, acompañándolos de un conjunto de artículos sobre procedimientos de solución de controversias. Más adelante, la Comisión podrá probar si ese régimen jurídico es aceptable para los gobiernos.

28. El Sr. Yamada desea subrayar la importancia de que los artículos de la segunda parte sean coherentes con los de la primera parte del proyecto. En el capítulo V de la primera parte, la ilicitud de ciertas contramedidas queda excluida en virtud de lo dispuesto en los artículos 29, 31, 32, 33 y 34<sup>13</sup>. Por consiguiente, no es necesario que la Comisión examine esas contramedidas en la segunda parte, en la cual debería tratar más bien las contramedidas a las que se hace referencia en el artículo 30 de la primera parte, a saber, las contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito. También es necesario examinar separadamente las contramedidas que se adoptan contra un crimen internacional, cuestión que reviste

interés para la comunidad internacional en su conjunto. Sin duda, el régimen jurídico aplicable a las contramedidas que se adopten contra un crimen internacional será distinto del aplicable a las contramedidas en el caso de un delito internacional, si bien es difícil trazar una línea de demarcación totalmente clara. Por ahora, la Comisión debe limitarse a examinar las contramedidas que se adopten contra los delitos internacionales. El Sr. Yamada confía en que en la debida oportunidad el Relator Especial formulará comentarios acerca de las contramedidas contra un crimen internacional.

29. Las contramedidas previstas en el proyecto de artículo 11 revisten distintos caracteres. La función de las medidas provisionales es simplemente la de proteger al Estado lesionado, es decir, prevenir o mitigar los efectos de un hecho ilícito. Las contramedidas que suelen utilizarse con más frecuencia son las de carácter coactivo encaminadas a lograr la cesación y la reparación. En el otro extremo del espectro se encuentra el Estado lesionado que se hace justicia por sí mismo, logra por sí mismo la reparación por equivalencia e incluso aplica un castigo al Estado infractor. El Relator Especial no ha considerado apropiado establecer limitaciones expresas a las contramedidas según la función que desempeñan. En cambio, ha tratado de restringir esas medidas estableciendo ciertos requisitos de procedimiento y el principio de la proporcionalidad. Ese enfoque, si bien es práctico, no es suficiente. A menos que también se tenga en cuenta la función de las contramedidas, las prohibiciones serán de carácter muy vago y darán lugar a abusos.

30. El artículo 11, tal como está redactado, impone al Estado lesionado la obligación de cumplir ciertos requisitos de procedimiento. Sin embargo, como esos requisitos figuran en el artículo 12, su inclusión en el artículo 11 es, pues, innecesaria. Por consiguiente, el Sr. Yamada sugiere eliminar del artículo 11 la frase «cuyas demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10 no hayan obtenido del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la respuesta debida».

31. En principio, el Sr. Yamada está de acuerdo con la condición establecida en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12 de que el Estado lesionado agote todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición. No obstante, en ciertos casos, esa condición puede entrañar una carga injustificada para el Estado lesionado. Después de todo, el Estado lesionado es la víctima y sólo está reaccionando ante un hecho ilícito; por otra parte, las contramedidas no son, necesariamente, actos no amistosos. El Relator Especial no ha establecido ningún requisito de procedimiento respecto de las medidas provisionales; esa exención respecto de ciertos requisitos de procedimiento tal vez sea conveniente en otros casos, en los que las contramedidas cumplen funciones limitadas.

32. El principio de la proporcionalidad debe desempeñar un importante papel a los efectos de restringir el uso de las contramedidas. Estas medidas son actos legítimos que nacen como reacción a hechos internacionalmente ilícitos. En consecuencia, es difícil ponderar unos y otros para lograr el debido equilibrio. El artículo 13, aunque no va más allá del concepto abstracto y de sentido común de la proporcionalidad, probablemente es la mejor solución.

<sup>13</sup> Véase 2272.ª sesión, nota 2.



33. La versión revisada del artículo 14, relativo a las contramedidas prohibidas, contiene algunos elementos discutibles. Debería haber consenso en cuanto al significado exacto del inciso i) del apartado b del párrafo 1, que prohíbe cualquier comportamiento que no esté en conformidad con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales. Además, el párrafo 1 debería ser coherente con los apartados b, c y d del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte<sup>14</sup>, que tratan de los crímenes internacionales relacionados con las violaciones de los derechos humanos.

34. El inciso ii) del apartado b del párrafo 1 del artículo 14 subraya la importancia de mantener abiertos los cauces de negociación diplomática. Sin embargo, en la práctica, la ruptura de las relaciones diplomáticas es una contramedida muy eficaz a la que recurre un gran número de Estados. El Sr. Yamada prefiere, pues, la formulación propuesta en el apartado a del artículo 12 presentado por el anterior Relator Especial, a saber, que el Estado lesionado no tendría derecho a suspender el cumplimiento de las obligaciones que le incumban en cuanto Estado receptor en lo concerniente a las inmunidades que han de concederse a las misiones diplomáticas y consulares y a su personal.

35. El Sr. Yamada está de acuerdo en que, según se especifica en el inciso iv) del apartado b del párrafo 1, las contramedidas que infringen los derechos de terceros Estados no están justificadas. Ese principio fue invocado por el tribunal arbitral germano-portugués en la decisión adoptada respecto del asunto «Cysne»<sup>15</sup>. Sin embargo, en esa decisión, el tribunal reconoció que las represalias contra el Estado infractor podían afectar a nacionales de Estados inocentes. En opinión del tribunal, no se podía considerar ilícita la contramedida por el solo hecho de que tuviera efectos no deseados o indirectos. En un mundo tan interdependiente, la cuestión de los efectos indirectos no es ya de carácter teórico sino de ocurrencia diaria. Ciertamente se debe abordar la cuestión del daño a terceros y lo más apropiado sería que la responsabilidad por ese daño se atribuyera al Estado infractor.

36. El párrafo 2 del artículo 14, que asimila la coacción política o económica a la categoría de la fuerza, es inaceptable y su único efecto será suscitar controversias sobre la interpretación del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. El Sr. Yamada, si bien hace suya la prohibición de las contramedidas que ponen en peligro la integridad territorial o la independencia política de un Estado, considera que se debe eliminar toda referencia a la coacción política y económica.

37. El análisis del Relator Especial sobre el problema de la pluralidad de Estados lesionados o de los Estados lesionados de diferente manera es muy ilustrativo. Sin embargo, el artículo 5 *bis* parece enunciar un principio muy evidente y el Sr. Yamada duda de que sea necesario un artículo separado a este respecto. En su examen de los artículos de la segunda parte, la Comisión deberá abordar otra cuestión dimanante del problema de la plurali-

dad de Estados lesionados: la relación entre los Estados lesionados y los Estados infractores y la atribución de responsabilidad a estos últimos.

#### **Expresiones de condolencia al Gobierno y al pueblo de Argelia por el asesinato de su Presidente, Sr. Mohammed Boudiaf**

38. El Sr. THIAM dice que Argelia acaba de pasar por una terrible prueba como consecuencia del fanatismo y la ciega intolerancia. Por ello, desea pedir a la Comisión que exprese su solidaridad con un país por el cual siente el mayor aprecio. Los acontecimientos en Argelia no pueden menos que reforzar la conciencia acerca del significado que tienen, tanto para la Comisión como para la comunidad internacional en su conjunto, ciertos temas de los que los miembros de la CDI se ocupan desde hace algún tiempo.

39. En particular, el Sr. Thiam desea expresar al Sr. Mahiou las sinceras condolencias de los miembros. Un país capaz de generar hombres de tanta calidad como el Sr. Mahiou ciertamente puede abrigar esperanzas de un futuro mejor.

40. El Sr. PELLET, hablando en nombre de los miembros del grupo de los Estados occidentales y otros Estados, desea expresar sus más sinceras condolencias a su colega, Sr. Mahiou, y al pueblo argelino por el asesinato del presidente Boudiaf. Ese hecho frustra las esperanzas de todo un pueblo, amenazado por la intolerancia y el odio. En esas condiciones, el apoyo de una comunidad de juristas, como la Comisión, tiene un significado que va más allá de una mera formalidad, puesto que el asesinato de un jefe de Estado asesta también un golpe mortal al Estado de derecho.

41. El Sr. Sreenivasa RAO se suma a los demás miembros de la Comisión expresando sus sinceras condolencias al pueblo argelino por el asesinato de un gran dirigente.

42. El Sr. ARANGIO-RUIZ también desea expresar sus condolencias a Argelia y al pueblo argelino.

43. El Sr. MIKULKA, hablando en nombre de los miembros de los Estados de Europa oriental, desea sumarse a las expresiones de condolencia de los demás miembros.

44. El Sr. VARGAS CARREÑO, hablando en nombre de los miembros de los Estados de América Latina, expresa sus sinceras condolencias al Gobierno y al pueblo de Argelia. Sin duda, el trágico hecho acaecido en Argelia confirma la fe de la comunidad de juristas en el imperio de la ley y su rechazo de todas las formas de violencia.

45. El Sr. KUSUMA-ATMADJA desea sumarse a los demás miembros en sus expresiones de condolencia a Argelia.

46. El PRESIDENTE dice que los miembros de la Comisión están profundamente impresionados y conmovidos por el asesinato del Sr. Boudiaf. La violencia en nada favorece la causa de la justicia y los miembros de

<sup>14</sup> Véase 2261.<sup>a</sup> sesión, nota 8.

<sup>15</sup> Véase *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1929-1930*, Londres, 1935, vol. 5, pág. 490, N.º 287.

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

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

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

*Se levanta la sesión a las 11.25 horas.*

## 2280.ª SESIÓN

*Jueves 2 de julio de 1992, a las 10.05 horas*

*Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT*

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

**Responsabilidad de los Estados (continuación)**  
[A/CN.4/440 y Add.1<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. MIKULKA dice que dado el carácter rudimentario del mecanismo centralizado de aplicación del derecho internacional, los medios individuales de coacción o coerción que son las contramedidas constituyen un elemento indispensable de ese derecho. Ciertamente la cuestión es muy compleja y delicada pero la Comisión debe asumir su responsabilidad en la materia. Al elaborar los proyectos de artículos sobre las contramedidas, debe evitar petrificar el estado actual —en gran medida insatisfactorio— del derecho relativo al empleo de las contramedidas en las relaciones internacionales e identificar todos los elementos progresivos que se desprenden de la práctica reciente para completarlos con miras a llegar a unas normas claras y precisas que refuercen las garantías contra los abusos. Al proceder así, la Comisión podría prestar un gran servicio a la comunidad internacional.

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

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

<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.