

ces el Relator Especial elaboraría una nueva versión del artículo 30.

75. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que está totalmente de acuerdo con el Sr. Tomka en que el artículo 30 trata de una circunstancia que excluye la ilicitud y debe ser mantenido en el capítulo V, sin perjuicio de la cuestión de su nueva redacción. Está de acuerdo también en que cuando la Comisión aprobó el artículo 30 su propósito había sido sólo el de tratar las contramedidas propiamente tales y no las sanciones. Reconoce que el artículo 30 no está formulado de manera muy clara a ese respecto, cuestión que el Comité de Redacción debería examinar. Las sanciones impuestas con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas están expresamente a salvo en virtud del artículo 39 (Relación con la Carta de las Naciones Unidas) de la segunda parte, que se aplicaría oportunamente a todos los artículos considerados en su conjunto. Las sanciones impuestas legítimamente con arreglo a otros tratados concretos quedarían cubiertas por el principio de la *lex specialis*, pero en todo caso no son contramedidas. En el texto y en el comentario se debe dejar en claro que el artículo 30 no trata de las sanciones.

76. En cuanto a lo planteado por el Sr. Goco, está de acuerdo en que se mantenga un artículo 30, pero su formulación dependerá de cuán detalladamente se traten las contramedidas en la segunda parte. De mantenerse el tratamiento de las contramedidas en la segunda parte, el artículo 30 podría ser muy breve. Una vez que la Comisión haya concluido su examen de los artículos restantes del capítulo V, le complacerá preparar un breve documento para analizar los argumentos a favor y en contra de que se mantengan las contramedidas en la segunda parte. A continuación, la Comisión podría volver a examinar el artículo 30.

77. El Sr. ROSENSTOCK dice que el capítulo V sería lamentablemente insuficiente si no incluyera un artículo 30. Por su parte, considera que el artículo 30, tal como está redactado, es básicamente aceptable. Esa redacción podrá o no cambiarse radicalmente a la luz de la suerte del capítulo III (Contramedidas) de la segunda parte.

78. El PRESIDENTE dice que una mayoría de miembros prefiere examinar la conveniencia de que se mantenga el artículo 30, pero no su fondo.

79. El Sr. SIMMA dice que comparte plenamente lo señalado por el Relator Especial y el Sr. Rosenstock en cuanto al procedimiento que debe seguirse, la necesidad de mantener el artículo 30 y la necesidad de regular las contramedidas en la segunda parte. En cuanto a la redacción, desea formular dos propuestas concretas. En primer lugar, parecería que para algunos Estados no está totalmente claro que el artículo 30 excluye las sanciones oficiales. Este aspecto debería aclararse, dado que las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad para hacer frente a una amenaza a la paz pueden estar dirigidas contra un Estado cuya amenaza a la paz no entraña necesariamente una violación del derecho internacional. En segundo lugar, es decididamente partidario de que se sustituya la palabra «legítima», que entraña una fuerte carga ideológica, por otra palabra como «legal» o «justificada», dado que muchas actividades que son «legítimas» no son totalmente legales.

80. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA pregunta si no convendría que la Comisión trabajara sobre la base de un nuevo texto del artículo 30 que el Relator Especial acaba de ofrecerse para redactar en vez de examinar un texto en el que aparentemente hay ahora una superposición.

81. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, al igual que el desafortunado Coleridge en *Don Juan* de Byron, se siente llamado a «explicar su explicación». Si tuviera que proponer un nuevo artículo 30 en esta oportunidad, tendría que proponer dos textos diferentes, uno basado en el supuesto de que el tratamiento de las contramedidas se mantendría en la segunda parte y el otro, en la hipótesis contraria.

82. El Sr. ROSENSTOCK pregunta si se puede dejar constancia en acta de que la Comisión acepta ahora en principio que las contramedidas tienen su lugar en el capítulo V; que la disposición relativa a las contramedidas sería, en términos generales, parecida al actual artículo 30 y que, no obstante, esa disposición podría requerir un nuevo examen, en función de la suerte final del capítulo III de la segunda parte.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

---

## 2590.<sup>a</sup> SESIÓN

*Viernes 18 de junio de 1999, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Zdzislaw GALICKI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

---

**Responsabilidad de los Estados<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/492<sup>2</sup>, A/CN.4/496, secc. D, A/CN.4/498 y Add.1 a 4<sup>3</sup>, A/CN.4/L.574 y Corr.3 y 4)**

[Tema 3 del programa]

<sup>1</sup> Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> *Ibíd.*

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

ARTÍCULO 30 (conclusión)

1. El Sr. KATEKA recuerda que existe una relación entre el artículo 30 (Contrameditas respecto a un hecho internacionalmente ilícito) de la primera parte y el capítulo III (Contrameditas) de la segunda parte del proyecto.

2. Las contrameditas no deben figurar en este proyecto más que si se someten a ciertas condiciones, las que plantea el capítulo III de la segunda parte, sobre la obligación de negociar, el principio de proporcionalidad y el arreglo de controversias, que tienen por objeto prevenir los abusos. Ahora bien, el párrafo 17 del comentario del artículo 30<sup>4</sup> adoptado en primera lectura deja entender que es posible bombardear a título de represalias una ciudad o un puerto de un Estado agresor, lo que es claramente ilícito. Es de esperar que el Relator Especial introducirá la corrección necesaria en la versión final del comentario. Dicho esto, el Sr. Kateka acepta el artículo 30 adoptado en primera lectura.

3. El Sr. SIMMA invita a aclarar la diferencia que hay entre las «contrameditas» y las «represalias», términos más o menos sinónimos. Por su parte, se atiende a las fórmulas de la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en la que, bajo el principio de la no utilización de la fuerza, se dice que «Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza». Ciertamente, el término «represalias» está en vías de caer en desuso. Sin embargo, el término «contrameditas» designa una actitud más agresiva y tiene connotaciones menos pacíficas, ya que deriva de la teoría política americana aplicada a la disuasión nuclear.

4. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) piensa también que hay que precisar la terminología empleada. A su juicio, al contrario, el término «contrameditas», de uso más reciente, no designa más que medidas pacíficas. El término «represalias» es más amplio y no coincide exactamente con el tema de que es objeto el artículo 30. Sin contar con que habría que trazar también la distinción con «retorsión» y sobre todo con «sanciones», las cuales son medidas tomadas por una institución internacional, en particular el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

5. El Sr. ROSENSTOCK estima que la palabra «sanciones», que frecuentemente tiene una connotación punitiva, no es la que conviene mejor para designar las medidas adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

6. Para el Sr. LUKASHUK decir que las sanciones no son una prerrogativa de las organizaciones internacionales es contradecir la práctica e ir en contra de un principio admitido en derecho internacional. El propio Relator Especial ha dicho con razón que no puede darse a los Estados el derecho a imponer sanciones, ya que ello sería contrario al derecho internacional, y que sólo las instituciones internacionales tienen ese derecho, especialmente las Naciones Unidas, cuando hay uso de la fuerza.

7. El Sr. ROSENSTOCK, precisando su pensamiento, señala que la Carta de las Naciones Unidas no utiliza nunca la palabra «sanciones» y no habla más que de «medidas». Por tanto, ni siquiera una institución internacional tenga quizá el derecho de imponer sanciones.

8. El Sr. KAMTO dice que la Comisión aborda un tema sumamente delicado que plantea enormes dificultades. Si se hace un estudio histórico de la noción de contrameditas, se advierte que el término apareció en un momento en que la comunidad internacional observaba la debilidad del Consejo de Seguridad y, más en general, del sistema de las Naciones Unidas, debilidad que favoreció la aparición de cierta justicia privada.

9. Actualmente cabe preguntarse seriamente si esta noción está en consonancia con la letra y el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas. Es decir ¿hay situaciones en las que un Estado está autorizado a adoptar aisladamente medidas para poner fin, por la acción militar o no militar, a una violación del derecho internacional? En el plano más jurídico, la cuestión equivale a preguntarse cuál es la norma primaria en materia de contrameditas. En lo que respecta a la legítima defensa, es evidentemente el derecho natural. En lo que respecta a las contrameditas, incluso si el término ahora está aceptado, no se ve claramente el principio fundamental y no se sabe si verdaderamente hay que codificar una práctica que quizá sea contraria al derecho internacional. Esto remite accesoriamente a la cuestión de la política normativa de la Comisión: ¿debe avalar automáticamente la práctica de la CIJ cuyas decisiones no se convierten forzosamente en una norma aceptable y susceptible de codificación?

10. El Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas ofrece la posibilidad de resolver una situación en la que hay violación de una obligación internacional por medios distintos de las contrameditas. La Carta no prevé sólo la acción militar, propone también otros mecanismos. En cualquier caso, es imprescindible delimitar las contrameditas tanto como sea posible mediante diversas condiciones: el principio de proporcionalidad, el mecanismo de solución de controversias y la obligación de negociar.

11. Volviendo de pasada a la noción de «sanciones», el Sr. Kamto estima que no pueden calificarse de sanciones las medidas adoptadas por una organización internacional y utilizar otro término para las que son adoptadas por los Estados. Si se quiere permanecer dentro de la interpretación clásica del derecho, la sanción no puede ser pronunciada más que por un órgano jurisdiccional facultado para ello. Sin embargo, en el orden jurídico internacional, poco importa quién imponga las sanciones; es la intención punitiva la que indicará si esas medidas constituyen o no sanciones. Éstas no son verdaderamente sanciones más que si el que las sufre las percibe como tales.

<sup>4</sup> Véase 2587.<sup>a</sup> sesión, nota 8.

12. Sea como fuere, las contramedidas han entrado en la práctica internacional. Figuran en el proyecto del Relator Especial y no sería prudente ignorarlo. Antes al contrario, dado que son una realidad, se trata de establecer para ellas un régimen jurídico lo más restrictivo posible. El dispositivo actual (principio de proporcionalidad, etc.) podría completarse partiendo de la idea de que las contramedidas son esencialmente provisionales y que sólo están autorizadas en espera de un recurso ante una jurisdicción o una institución internacional capaz de resolver la controversia que haya originado las contramedidas. Cabría también agregar, por una parte, la obligación de poner fin al hecho dañoso y, por otra parte, la necesidad de que el daño sea real. La simple violación de una obligación internacional no debería en sí misma dar lugar a contramedidas.
13. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que la cuestión que debe resolverse es la de saber si el artículo 30 en examen debe mantenerse en el capítulo V. En términos más generales, hay que decidir si se tratará a fondo de las contramedidas en el capítulo III de la segunda parte.
14. El Sr. HE piensa que hay que mantener el artículo 30 en el capítulo V, pero dejándolo entre corchetes en espera del resultado del debate sobre el capítulo III de la segunda parte.
15. El Sr. TOMKA dice que por el momento se trata de determinar si, por principio, las contramedidas pueden ser una causa de exclusión de la ilicitud. El debate de fondo debe dejarse para más tarde.
16. El Sr. GOCO dice que, en efecto, la cuestión del régimen de las contramedidas está actualmente fuera de tema. La Comisión se coloca por el momento bajo el ángulo de la ilicitud.
17. El Sr. LUKASHUK dice que el artículo 30 debe figurar necesariamente en el capítulo V, ya que las contramedidas son una de las circunstancias de exclusión de la ilicitud más importantes, y ello independientemente del resultado del debate sobre el régimen de las contramedidas y sobre la colocación del artículo. No es posible imaginar el derecho internacional sin un mecanismo de ejecución, es decir en este caso sin contramedidas. Por otra parte, es lo que reconoce el derecho positivo: por ejemplo, la Convención de Viena de 1969 dispone que si el Estado A infringe un tratado, el Estado B tiene derecho, a título de contramedidas, a exigir la aplicación de ese tratado o a no aplicarlo mientras dure la infracción.
18. El Sr. ADDO piensa que no se puede remitir el artículo 30 al Comité de Redacción mientras no se haya adoptado una decisión sobre el régimen de las contramedidas en derecho internacional.
19. El Sr. GOCO dice que una vez que la Comisión haya decidido si las contramedidas son una causa de exclusión de la ilicitud podrá reformular la redacción del artículo en examen.
20. El Sr. ELARABY, el Sr. KABATSI, el Sr. KAMTO y el Sr. KATEKA opinan que la Comisión no podrá pronunciarse sobre el destino del artículo 30 mientras no haya terminado el examen del capítulo III de la segunda parte.
21. El Sr. ROSENSTOCK observa que todos están de acuerdo en que las contramedidas deben mencionarse en el capítulo V; no obstante, no podrá adoptarse una decisión sobre la redacción del artículo 30 hasta que se haya examinado el régimen de las contramedidas en el contexto de la segunda parte del proyecto de artículos.
22. El PRESIDENTE confirma que la cuestión consiste efectivamente en saber si el artículo 30 debe mantenerse en el proyecto de artículos y no en fijar su contenido.
23. El Sr. PELLET estima que, por las razones expuestas por el Relator Especial, hay que conservar el artículo 30 en el capítulo V. Las contramedidas son un hecho, una realidad indiscutible de la vida internacional. Sin embargo, habría que formular dos observaciones a propósito del párrafo 245 del segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/498 y Add.1 a 4): al final de la tercera frase sería mejor hablar de «reacción colectiva» que de «sanción colectiva», ya que la palabra «sanción» tiene forzosamente una connotación punitiva. Análogamente, en la versión francesa, al final del párrafo, la expresión *l'État fautif* debería sustituirse por *l'État responsable*, que a su juicio sería una traducción mejor del término inglés *wrongdoing State*.
24. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que el conjunto del párrafo 245 no es en realidad más que una condensación del comentario que se hizo sobre el artículo 30. Por tanto, es posible que, en efecto, tenga algunas imperfecciones.
25. El Sr. LUKASHUK reprueba, como el Sr. Pellet, la idea de culpa. Señala también que se habla de contramedidas respecto de un hecho ilícito, mientras que es evidente que las medidas se toman respecto de un Estado y no respecto de un hecho.
26. El Sr. KAMTO dice que no porque exista un hecho hay que admitirlo como motivo de exoneración. Los hechos son una cosa y las normas de derecho otra.
27. El Sr. SIMMA dice que, en efecto, la Comisión no tiene por misión ocuparse de los hechos, sino de las normas y los principios jurídicos. En realidad, el problema consiste en saber si las contramedidas existen en cuanto institución. Cabe considerar que la respuesta es afirmativa, y el hecho de no hablar de las contramedidas en el proyecto de artículos no las hará desaparecer como principio establecido.
28. Además, importa guardar cierta lógica en el proyecto de artículos. Si se suprime el artículo 30 en el capítulo V de la primera parte, de nada sirve ya examinar en la segunda parte las condiciones del recurso a las contramedidas o el principio de proporcionalidad, y habría que suprimir también el capítulo III (arts. 47 a 50) de la segunda parte.
29. El planteamiento preconizado por el Relator Especial, que consiste no sólo en conservar el artículo 30 sino quizá también en enriquecerlo agregándole elementos de los artículos 47 a 50 de la segunda parte, le parece, por tanto, preferible. Entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, la Comisión debe señalar a los lectores que no ha olvidado las contramedidas, cualquiera que sea la formu-

lación adoptada finalmente para este artículo. Naturalmente, esta solución no satisfará a los miembros de la Comisión que piensan que las contramedidas son ilícitas.

30. El Sr. PELLET observa que si el término «contramedidas» es relativamente nuevo, la práctica en sí, cualquiera que sea la designación que se le haya dado en el pasado, siempre ha sido el medio normal por el que los Estados reaccionaban ante lo ilícito. Como acertadamente ha subrayado el Sr. Lukashuk, este concepto es totalmente necesario en la sociedad actual. Planteando la cuestión de saber si las contramedidas son una circunstancia que excluye la ilicitud, el Relator Especial quizá ha planteado mal el problema. En realidad los miembros de la Comisión deben pronunciarse sobre el mantenimiento o no en el capítulo V de este artículo, cuyo texto, llegado el caso, puede ponerse entre corchetes para indicar que es provisional.

31. El Sr. ADDO dice que si se considera que las contramedidas forman parte efectivamente de las circunstancias que excluyen la ilicitud, de lo que padecen dudar algunos miembros como el Sr. Kamto, es evidente que hay que conservar el artículo 30 en el capítulo V.

32. El Sr. DUGARD piensa que la cuestión planteada por el Relator Especial consiste simplemente en saber si las contramedidas excluyen realmente la ilicitud y, por consiguiente, deben figurar en el capítulo V. Una de las dificultades es que, por razones evidentes, no se encuentran ejemplos de recurso a las contramedidas en los sistemas de derecho interno que se caracterizan por un mecanismo vertical de aplicación de la ley. Pero en el contexto internacional, esta noción corresponde a una necesidad y debe ser reconocida y tenida en cuenta.

33. El Sr. GOCO dice que la noción de contramedidas en derecho internacional quizá pueda asemejarse a la de legítima defensa en el derecho interno.

34. El Sr. MELESCANU comparte la opinión del Sr. Tomka. La Comisión no tiene que interrogarse sobre el principio mismo de las contramedidas de derecho internacional, sino sobre la cuestión de saber si el hecho de actuar en el marco de una contramedida puede ser una circunstancia que excluye la ilicitud. A su juicio, la respuesta es afirmativa.

35. Algunos miembros de la Comisión han argüido que el principio enunciado en el artículo 30 será explicitado o, más bien, que sus límites serán fijados en la segunda parte del proyecto de artículos y sugieren, en espera de que se pase al examen de esta segunda parte, dejar entre corchetes el texto del artículo 30. El Sr. Melescanu, por su parte, no es muy partidario de la idea de poner entre corchetes el enunciado de un principio fundamental del derecho internacional. Le parece que lo importante es más bien explicar las razones por las que el artículo 30 se mantiene en el capítulo V y ello con o sin corchetes.

36. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que si se miran los artículos 48 a 50 de la segunda parte del proyecto, las condiciones del recurso a las contramedidas son tan estrictas que es difícilmente imaginable que el Estado que las adopte pueda cometer un hecho ilícito. Por tanto, es bastante paradójico decir que algo que sea total-

mente conforme al derecho va a figurar entre las circunstancias que excluyen la ilicitud (es decir, las circunstancias que permiten no ajustarse a derecho).

37. No obstante, la solución propuesta en el párrafo 249 del segundo informe parece aceptable. El artículo 30 podría mantenerse entre corchetes, ya que la cuestión de su formulación puede decidirse más tarde, al examinar el régimen de las contramedidas en la segunda parte.

38. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que si se consultan los comentarios y las observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/492)<sup>5</sup>, se comprueba que ninguno ha sugerido suprimir el artículo 30. La mayoría de los miembros de la Comisión, cualesquiera que sean las preocupaciones que han expresado, parecen ser de la misma opinión. La CDI debe remitir a la Sexta Comisión un proyecto coherente y nadie entendería que las contramedidas no se mencionen en el capítulo V entre las circunstancias que excluyen la ilicitud. La solución que consiste en colocar el texto (pero no el título) del artículo 30 entre corchetes parece ofrecer una transacción aceptable.

39. El PRESIDENTE cree entender que los miembros de la Comisión son de la opinión de no remitir el artículo 30 al Comité de Redacción, aun conviniendo en que las contramedidas deben figurar en el capítulo V, entre las circunstancias que excluyen la ilicitud. La Comisión volverá a examinar la redacción de este artículo a la luz de lo que se decida más tarde respecto de los artículos 47 a 50 de la segunda parte del proyecto.

*Así queda acordado.*

#### ARTICULO 30 *BIS*

40. El PRESIDENTE indica que el artículo 30 *bis* (Incumplimiento debido al anterior incumplimiento de otro Estado) es un nuevo artículo que no tiene relación con ninguno de los artículos adoptados en primera lectura. Los comentarios del Relator Especial relativos a este artículo figuran en los párrafos 314 a 329 del segundo informe.

41. El Sr. SIMMA encuentra ese artículo bastante curioso en la medida en que agrupa, bajo un mismo título, varias nociones que apenas tienen relación unas con otras. En primer lugar, figura en él el principio expresado en el adagio *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, que el Relator Especial dice que fue enunciado por la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów* [véase pág. 31]. A juicio del Sr. Simma, el principio expresado por la Corte en ese asunto tiene poco que ver con lo que se designa en derecho internacional como la *exceptio inadimplenti contractus*; se trata más bien del principio *nullus commodum capere potest de sua propria injuria* (nadie puede aprovecharse de su propia infracción). Este principio, dado que remite a una situación de violación de una obligación, puede eventualmente figurar en el proyecto, pero no en el capítulo dedicado a las circunstancias que excluyen la ilicitud.

<sup>5</sup> Véase 2567.ª sesión, nota 5.

42. Por lo demás, el adagio *inadimplenti non est adimplendum* (el hecho de no estar obligado a respetar una obligación si la otra parte en el contrato no respeta la suya) y la *exceptio* que deriva de ello conciernen siempre a obligaciones contractuales, es decir, en el marco del derecho internacional, a obligaciones convencionales. Este principio pertenece claramente a la esfera de las normas primarias y, por lo demás, está codificado en cuanto tal en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. No se trata de un principio que inspire el conjunto del derecho internacional y evidentemente no es aplicable en el marco del derecho consuetudinario.

43. Para el Sr. Simma, la Comisión tuvo razón en su 44.º período de sesiones, en 1992, en rechazar una propuesta de un antiguo Relator Especial, el Sr. Willem Riphagen, que había sugerido aceptar, además de las contramedidas, el principio de «medidas de reciprocidad»<sup>6</sup>. La Comisión dijo con razón que esas medidas de reciprocidad constituirían represalias de carácter simétrico. La única posibilidad de un Estado de reaccionar al incumplimiento de una obligación no convencional es adoptar una contramedida. Ahora bien, el objeto de la contramedida es obligar al responsable a volver a la licitud y, eventualmente, a dar reparación. La excepción del incumplimiento previo no entra en el ámbito de las contramedidas. En este concepto, al Estado lesionado por la violación de otra parte no se le impide ejecutar sus propias obligaciones. Tiene la posibilidad de cumplirlas pero no se inclina a hacerlo ya que no hay reciprocidad. Leyendo el artículo 30 *bis* paralelamente con el artículo 31 (Fuerza mayor) propuesto en el segundo informe, algunos pueden ver en él un caso particular de fuerza mayor. Pero en este caso, la fuerza mayor sería en realidad un hecho de la otra parte y, por esta razón, la idea de relacionar la fuerza mayor con la situación de que trata el artículo 30 *bis* parece extraña. Por tanto, hay que reservar para este artículo un lugar distinto, pero no ver en las medidas que prevé una subcategoría de fuerza mayor. El Sr. Simma no tiene inconveniente en que el artículo 30 *bis* se adopte pero con una leve modificación de redacción: la expresión «por parte del otro Estado», que puede interpretarse como «por un tercer Estado», convendría sustituirla por las palabras «por un Estado respecto del cual la misma obligación esté vigente» o una fórmula similar.

44. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) conviene en que no cabe considerar la excepción como un caso particular de fuerza mayor aunque, en algunas situaciones de hecho, la distinción sería difícil de trazar. La idea en que se basa la excepción es que, cuando dos partes están obligadas a cumplir una obligación y una de ellas no lo hace, la otra parte no está obligada a cumplirla sin perjuicio de su derecho a invitar a la primera parte a cumplir su obligación. Se trata de una cuestión de cumplimiento y no de extinción o de suspensión de la aplicación de un tratado, en el sentido del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. En realidad, el verdadero problema consiste en saber si el principio de la excepción está suficientemente reflejado en las reglas relativas a las contramedidas. No parece que la Comisión haya pensado nunca en examinar

la excepción en el cuadro del capítulo V. La excepción se ha tratado exclusivamente en el marco de las contramedidas, dentro de la segunda parte del proyecto, y, por esta razón, la cuestión permanece abierta en el contexto del capítulo V. No es seguro que las normas y restricciones previstas en la segunda parte con respecto a las contramedidas se apliquen como conviene a las situaciones de incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas. Debería adoptarse el principio de la excepción, pero en el sentido más estricto posible, como se enuncia específicamente en el artículo 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Importa precisar que debe haber un nexo de causalidad claro y directo entre el cumplimiento de una obligación por una parte y el cumplimiento de la obligación paralela por la otra parte. El tema no se trata en el derecho de los tratados, del que se excluyen todas las cuestiones de cumplimiento.

45. El Sr. SIMMA piensa que sería peligroso codificar una norma que se refiere a la vez a obligaciones de derecho consuetudinario y a los principios generales de los tratados internacionales. Codificar una regla como la del artículo 30 *bis* daría a los Estados la posibilidad de no cumplir una obligación sinalagmática sin tener que preocuparse de las restricciones minuciosamente elaboradas en la esfera de las contramedidas, ya que podrían «devolver la pelota» sin ninguna formalidad. Por otra parte, la manera en que está redactado el artículo 30 *bis* evoca claramente la fuerza mayor y apenas se reconoce el principio *exceptio inadimplenti non est adimplendum*.

46. El Sr. GOCO dice que, en el marco de una obligación recíproca, cuando una parte comete una violación y la otra hace lo propio, las partes son *in pari delicto*. Existe cierta analogía entre esta noción y la de incumplimiento causado por un incumplimiento anterior: las dos partes son culpables.

47. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) no está convencido de que la formulación amplia de la excepción que figura, por ejemplo, en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT<sup>7</sup> sea necesaria o deseable, habida cuenta del alcance de las contramedidas. En la interpretación más estricta que figura en el artículo 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, las restricciones a las contramedidas previstas en la segunda parte del proyecto de artículos no deberían aplicarse. Nos encontraríamos en presencia de un principio automático que se aplica en el contexto del cumplimiento. Es en razón de las preocupaciones expresadas sobre el tema del amplio alcance del principio de la excepción por lo que el Relator Especial ha optado por una formulación estricta.

48. El Sr. GAJA dice que, en su acepción habitual, el adagio *exceptio inadimplenti non est adimplendum* tiene una significación más amplia que la adoptada por el Relator Especial. Cabe entender perfectamente que si una de las partes en un tratado no cumple su obligación, entonces la otra parte no tenga la intención de cumplir su parte del tratado. Se trata de un caso de contramedidas que no nece-

<sup>6</sup> Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), pág. 25, párr. 151; véase también el tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Sr. Arangio-Ruiz, Relator Especial [*Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), págs. 13 y 14, doc. A/CN.4/440 y Add.1], cap. I, secc. F.

<sup>7</sup> Véase 2587.ª sesión, nota 19.

sita un tratamiento separado en el proyecto. El artículo 30 *bis* parece más bien mencionar una hipótesis distinta, la imposibilidad de que un Estado se ajuste a su obligación porque el otro Estado no ha cumplido con sus obligaciones. Pero puede suceder también que otras circunstancias impidan a un Estado cumplir su obligación, sin que el otro Estado haya infringido una de las suyas. El primer Estado, por tanto, no reacciona a un hecho ilícito. Así pues, si el Estado A concluye un acuerdo con el Estado B en virtud del cual financiará la realización de una estatua de mármol sin comprometerse a suministrar el mármol y a continuación impone un embargo a las exportaciones de mármol, no comete un hecho ilícito pero, sin embargo, impide al Estado B cumplir su propia obligación. Por tanto, se trata de un caso que no corresponde ni a la fuerza mayor ni a la contramedida y que se podría tener en cuenta en el proyecto de artículos.

49. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA estima que el artículo 30 *bis* peca por la imprecisión de los términos que utiliza. En la versión francesa sería preferible hablar de *l'impossibilité* de que un Estado cumpla su obligación en vez de *incapacité* de hacerlo. Al final de la disposición, la expresión *par un autre État* da la impresión de que se trata de un tercer Estado, cuando, sin embargo, el artículo se refiere a una situación bilateral. Por lo demás, la situación de imposibilidad guarda mucha más relación con la fuerza mayor (acontecimiento exterior imprevisto) que con la noción de contramedidas. Por esta razón, habría que prescindir de este artículo 30 *bis*, aunque se tenga que abordar la cuestión de que trata en el comentario que habrá que formular al artículo 31.

50. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que no cree que se trate exactamente aquí de la imposibilidad. Si se toma el ejemplo de los intercambios de prisioneros de guerra, es evidente que si una de las partes no libera a sus prisioneros, la otra parte no está obligada a liberar a los suyos, y en este caso no se trata de una contramedida. Pero no cabe hablar de imposibilidad, ya que el Estado afectado puede muy bien liberar a sus prisioneros, pero no tiene ningún interés en hacerlo unilateralmente. Igualmente, en el caso de una institución financiada a partes iguales por dos Estados, el hecho de que uno de los Estados deje de aportar su contribución no impide al otro seguir financiando la institución unilateralmente. Estos casos no tienen nada que ver con las contramedidas y las condiciones actualmente formuladas en la segunda parte respecto de las contramedidas no se aplican en esos casos.

51. El Sr. BROWNLIE piensa que la hipótesis prevista en el artículo 30 *bis* —tal como está redactado actualmente— constituye efectivamente una categoría suplementaria de imposibilidad, que se agrega a la fuerza mayor. Sin embargo, el Relator Especial tendría menos dificultades si renunciara a incluir en dicha categoría la *exceptio inadimplenti non est adimplendum* y los diversos problemas que ello plantea o bien si contemplara además otra categoría. La dificultad consiste en que esta hipótesis, expuesta con detalle en la sección C del capítulo I del segundo informe, conduce al terreno difícil del derecho de los contratos y de la culpa contractual, cuestión a la que los especialistas en *common law* prestan gran atención, incluso si ese concepto no se limita a los sistemas de *common law*.

52. El Sr. ROSENSTOCK se suma a la posición del Sr. Brownlie pero señala que el ejemplo dado corresponde a un caso de un contrato no ejecutable más que a un caso de imposibilidad de cumplimiento, en tanto que en el texto del artículo 30 *bis* el problema se plantea en términos de imposibilidad. No obstante, comprende la preocupación que podría suscitar la perspectiva de poder invocar el argumento de la no ejecutabilidad de un contrato, que venga a agregarse a otras razones, para poner término a una obligación o para no cumplirla. Una vez admitido que nos encontramos en el ámbito de la no ejecutabilidad y no de la imposibilidad de cumplimiento, el Sr. Rosenstock se pregunta si no habría que encontrar una formulación que no sea demasiado abierta.

53. El Sr. HAFNER opina, como el Relator Especial, que el artículo en examen no tiene nada que ver con el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y considera bastante convincentes las razones aducidas por el Relator Especial en su segundo informe. A este respecto, le parece que las medidas, tales como las concibe el Relator Especial en el artículo 30 *bis*, no corresponden al objeto de la regla prevista en el artículo 47 (Contramedidas adoptadas por el Estado lesionado) de la segunda parte del proyecto. El Sr. Hafner no puede sumarse a la opinión formulada por el Sr. Simma, según la cual una regla sería primaria por el simple hecho de que figure en un artículo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, dado que los tratados contienen un gran número de reglas secundarias. El artículo 47 de esta Convención es conforme al derecho consuetudinario, forma parte del derecho consuetudinario y, en la medida en que refleja la noción de excepción, puede considerarse que ésta forma también parte del derecho consuetudinario. Por esta razón, contrariamente al Sr. Simma, el Sr. Hafner no piensa que la *exceptio inadimplenti non est adimplendum* se aplica exclusivamente a las obligaciones convencionales.

54. Dicho esto, el Sr. Hafner se congratula de que el Relator Especial haya examinado la cuestión de esta excepción que se trata de vez en cuando en las obras de doctrina jurídica y en la práctica es invocada por los Estados con más frecuencia de lo que se piensa, particularmente en el ámbito del derecho económico internacional.

55. La primera cuestión que se plantea es la del alcance del ámbito de aplicación de esta excepción; si el Relator Especial no ha conservado la definición de Riphagen<sup>8</sup> —mencionada en el párrafo 322 de su segundo informe— es por las razones expuestas en el párrafo 329. Adoptando un ámbito de aplicación demasiado amplio, nos encontramos ante el problema de la escalada (acción-reacción) que puede resolverse mediante referencia al principio de proporcionalidad —como sucedió en el asunto de la verificación de los acuerdos de cese del fuego por las Naciones Unidas mencionado en el párrafo 328—. No obstante, el riesgo de que un Estado parte en una controversia recurra abusivamente a esta regla de la excepción aprovechándose de una definición demasiado amplia subsiste y, por tanto, el Sr. Hafner estima que la única opción contemplable, en caso de que

<sup>8</sup> Véase el quinto informe del Relator Especial, *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/380, art. 8.

se decidiera introducir esta regla, sería la de limitar estrictamente su aplicación. El Relator Especial se ha esforzado en hacerlo limitando la posibilidad del recurso a la regla de la *exceptio* exclusivamente a la hipótesis en que un Estado se encuentre en la incapacidad de actuar de manera lícita por el hecho del comportamiento inicial de otro Estado. Nos encontramos en este caso muy cerca de la excepción de imposibilidad prevista en el artículo 31 pero el Sr. Hafner, como el Relator Especial, piensa que existen algunas diferencias y que todas las condiciones enunciadas en el artículo 31 no se aplican al artículo 30 *bis* y que, por tanto, éste debería figurar en el proyecto. Además, a su juicio, la doctrina de las «manos limpias» aún no forma parte del derecho internacional general y, por tanto, no debería figurar en el proyecto de artículos, cualquiera que sea el resultado del debate que se dedicará ulteriormente a este punto en el marco del examen de la cuestión de la protección diplomática.

56. En segundo lugar se plantea la cuestión de saber dónde insertar la disposición relativa a esta excepción en el conjunto del proyecto de artículos y, más concretamente, la cuestión de su relación con las disposiciones relativas a las contramedidas. Este punto se ha debatido ampliamente y el Sr. Hafner considera que el Sr. Pellet tiene razón en afirmar que la expresión «contramedidas» constituye en cierto modo una innovación y que corresponde a la Comisión dar una definición de ella si se propone utilizarla. En su sentido ordinario, esta expresión comprende la hipótesis prevista en la versión original (amplia) del artículo 30 *bis*, pero en ese caso habría que prever en él también un número bastante grande de las restricciones previstas en el capítulo III de la segunda parte del proyecto de artículos dedicado a las contramedidas. No obstante, subsistiría el riesgo de abusos. En cambio, si la Comisión se atiene a la redacción restrictiva del artículo 30 *bis*, tal como lo propone el Relator Especial, no habría que someter su aplicación a las restricciones previstas en la segunda parte; ello facilitaría la situación y, por tanto, el Sr. Hafner propone que el texto actual del artículo 30 *bis* sirva de base para el debate en el Comité de Redacción, el cual deberá tener en cuenta los diferentes problemas de formulación mencionados por varios oradores.

57. El Sr. SIMMA precisa, dirigiéndose al Sr. Hafner, que su argumento consistía en que la Comisión había estimado que el derecho de que el Estado receptor aplicara restrictivamente una de las disposiciones de la Convención, porque así se había aplicado a su misión en el Estado acreditante, no constituía una discriminación a condición de no ir más allá del marco fijado por dicha regla, ya que de otra manera se entraría en el ámbito de las represalias —es decir de las contramedidas— que no tiene nada que ver con la *exceptio inadimplenti*. Por tanto, la Comisión no ha considerado que el artículo mencionado reflejara la noción de excepción.

58. Al Sr. Sreenivasa RAO le asombra oír al Sr. Hafner, y antes de él al Sr. Crawford, afirmar que la regla de las «manos limpias» no sería un verdadero principio de derecho internacional. La Comisión tiene por fin promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación y, en el desempeño de esta función, debe obrar con coherencia y lógica. La regla de las manos limpias es un principio fundamental de la equidad y de la jus-

ticia; esa norma puede parecer abstracta a algunos y va mucho más allá de la hipótesis en examen, pero tales consideraciones no pueden invocarse para descartarla.

59. El Sr. HAFNER había creído entender que el propio Sr. Simma consideraba el artículo 47 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas una especie de excepción y que, dadas esas circunstancias, cabía considerar que la excepción formaba parte del derecho consuetudinario. Por otra parte, señala que, sea como fuere, la regla de las manos limpias no tiene ninguna relación con la *exceptio inadimplenti* aplicada en el derecho de la responsabilidad de los Estados y que será posible volver a examinar esta noción en el marco del debate relativo a la protección diplomática, aunque sigue creyendo que, incluso en la esfera de la protección diplomática, este principio no es objeto de un reconocimiento universal.

60. El Sr. SIMMA, tomando la palabra sobre una cuestión de orden, señala que la jurisprudencia llamada de las «manos limpias» debe ser objeto de un debate en relación con el capítulo V y que el debate en curso trata de la *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, y a este respecto desea saber si las distintas cuestiones tratadas por el Relator Especial en la sección C.4 del capítulo I pero que no pueden ponerse en relación directa con un proyecto de artículo, tales como la llamada jurisprudencia de las «manos limpias», podrán, no obstante, examinarse.

61. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) piensa que, al término del debate relativo al artículo 35, la Comisión debería poder abordar cualquier otra cuestión que guarde relación con el segundo informe y que la regla de las manos limpias forma parte de ellas. A este respecto precisa, dirigiéndose al Sr. Sreenivasa Rao, que ha dicho simplemente que la regla de las manos limpias no debía figurar en el capítulo V.

62. El Sr. LUKASHUK observa que el proyecto de artículo 30 *bis* suscita varios interrogantes. En primer lugar, plantea la cuestión de que sobrevenga una situación que haga imposible el cumplimiento, situación que es objeto del artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, pero la interpretación dada difiere. En segundo lugar, menciona un segundo caso particular de imposibilidad, a saber: la imposibilidad debida a un hecho ilícito cometido por otro Estado, lo que remite al artículo 60 de la misma Convención relativo a la extinción de un tratado como consecuencia de su violación; esta idea figura en el título mismo del artículo 30 *bis*, «Incumplimiento debido al anterior incumplimiento de otro Estado». Es evidente que tales casos se dan y que el Relator Especial los ha descrito, pero no son tan frecuentes en la práctica como para que sea verdaderamente indispensable dedicarles un artículo distinto. Por esta razón, incluir en el proyecto un caso realmente particular de imposibilidad de cumplimiento no le parece prudente. El Sr. Lukashuk piensa que habría más bien que tratar este punto en el comentario relativo a esta parte del proyecto.

63. El Sr. PELLET se pregunta si el artículo 30 *bis* no duplica lo dicho en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. El Sr. Simma ha subrayado con razón que la *exceptio inadimplenti contractus* no se aplicaba más que a las relaciones convencionales y, en cuanto principio general del derecho, el Sr. Pellet efectivamente piensa que, técnicamente, se limita a ese ámbito. Sin embargo,

las obligaciones convencionales y la violación de estas obligaciones deben figurar en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por la misma razón que la violación de las obligaciones de origen no convencional, tales como la norma consuetudinaria y los compromisos bilaterales de los Estados. Esta observación lleva al Sr. Pellet a pensar que el artículo 60 de la Convención y el problema de que trata el Relator Especial se sitúan en un plano diferente. Dicho esto, el Sr. Pellet opina que el artículo 30 *bis* no hace más que colmar en apariencia un vacío, ya que, en el derecho de la responsabilidad de los Estados, todas las hipótesis que pueden sobrevenir ya están cubiertas.

64. Así, si se toma el ejemplo del mármol, citado por el Sr. Gaja, piense lo que piense el Sr. Hafner, le parece que nos encontramos en la hipótesis de la fuerza mayor, tal como se define en el artículo 31, ya que se reúnen todas las condiciones y se trata de una imposibilidad de cumplimiento debida a una situación que no tiene nada que ver con el Estado que reacciona, y si no se trata de esta situación de fuerza mayor, se trata de una situación de contramedida. El Relator Especial ciertamente ha argüido que, en la hipótesis prevista en el artículo 30 *bis*, se supone que la respuesta está relacionada con la violación infringida pero, a juicio del Sr. Pellet, se trata de una variante de una simple contramedida, a menos que se tenga una concepción muy especial —restrictiva— de las contramedidas. Dado que anteriormente se ha decidido, siguiendo una sugerencia del Relator Especial, dejar el artículo 30 entre corchetes y volver a él al examinarse los artículos de la segunda parte, que precisa el alcance y las consecuencias de las contramedidas, el Sr. Pellet considera sumamente difícil remitir el artículo 30 *bis* al Comité de Redacción separándolo del estudio de las contramedidas. Por tanto, propone poner también entre corchetes el artículo 30 *bis* —sin aprobarlo ni rechazarlo— y tratar de determinar, cuando se examinen las contramedidas, si se trata o no de un caso diferente.

65. Volviendo a la función de las contramedidas y refiriéndose a una observación del Sr. Pambou-Tchivounda, según el cual no puede tratarse a la vez de una circunstancia que excluya la ilicitud y de un medio de puesta en práctica de la responsabilidad, el Sr. Pellet señala que se plantea un delicado problema de terminología. Estrictamente hablando, la circunstancia que excluye la ilicitud no es la contramedida, sino el hecho internacionalmente ilícito, y así la función de la contramedida aparece claramente como un medio de aplicación. Por tanto, la circunstancia es la existencia del hecho internacionalmente ilícito, y eventualmente el Relator Especial podría explorar esta vía y dar cuenta de sus reflexiones durante el debate relativo a las contramedidas.

66. En cuanto a la doctrina de las «manos limpias», el Sr. Pellet no tiene duda alguna, contrariamente al Sr. Hafner, en cuanto al hecho de que se trata de un principio de derecho internacional positivo. Sin embargo, a su juicio, ese principio pertenece a la puesta en práctica de la responsabilidad, ya que incide en el grado de la reparación e incluso puede desembocar en suprimir la reparación; no obstante la ilicitud subsiste y, por tanto, no es una circunstancia que excluya la ilicitud. El Relator Especial ha tenido razón al no hablar de ella, pero este tema debería abordarse durante las deliberaciones relativas a la

segunda parte del proyecto de artículos, dada su importancia para el grado de la reparación y para la existencia misma de la obligación de reparar.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2591.<sup>a</sup> SESIÓN

*Martes 22 de junio de 1999, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Zdzislaw GALICKI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

**Responsabilidad de los Estados<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/492<sup>2</sup>, A/CN.4/496, secc. D, A/CN.4/498 y Add.1 a 4<sup>3</sup>, A/CN.4/L.574 y Corr.3 y 4)**

[Tema 3 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

ARTICULO 30 *BIS* (conclusión)

1. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el Sr. Pellet sugirió (2590.<sup>a</sup> sesión) que, como hay un nexo funcional entre la máxima *exceptio inadimplenti non est adimplendum* y las contramedidas, aun cuando son conceptualmente distintas, la Comisión debería esperar hasta que esté en condiciones de formular las disposiciones sobre las contramedidas antes de definir si la *exceptio* se incluye en el capítulo V. Está perfectamente dispuesto a aceptar esa sugerencia, pero sospecha que se pondrían condiciones a la invocación de las contramedidas que no serían apropiadas para la *exceptio*. No obstante, sería útil

<sup>1</sup> Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario .. 1999*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> *Ibid.*