A/CN.4/SER.A/1992/Add.1 (Part 1)

# ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

# 1992

*Volumen II*
*Primera parte*

*Documentos del cuadragésimo cuarto período de sesiones*

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/1992/Add.1 (Part 1)

# ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

# 1992

*Volumen II*
*Primera parte*

*Documentos*
*del cuadragésimo cuarto período de sesiones*

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 1996

## ADVERTENCIA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo *Anuario... 1990*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

*

* *

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 44.° período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaría y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma.

A/CN.4/SER.A/1992/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

*Número de venta:* S.94.V.4 (Part 1)
ISBN 92-1-333225-4

*Edición completa de dos volúmenes:*
ISBN 92-1-333227-0

ISSN 0497-9885

## ÍNDICE

*Página*

Abreviaturas ..... iv

Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas ..... iv

**Responsabilidad de los Estados** (tema 2 del programa)

*Documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3.*— Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial ..... 1

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad** (tema 3 del programa)

*Documento A/CN.4/442.*— Décimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial ..... 57

**Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional** (tema 5 del programa)

*Documento A/CN.4/443.*— Octavo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial ..... 67

**Lista de documentos del 44.º período de sesiones** ..... 83

## ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| CDI | Comisión de Derecho Internacional |
| CEPE | Comisión Económica para Europa |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| CPJI | Corte Permanente de Justicia Internacional |
| CSCE | Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa |
| GATT | Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio |
| ILA | Asociación de Derecho Internacional |
| OACI | Organización de Aviación Civil Internacional |
| OEA | Organización de los Estados Americanos |
| OIEA | Organismo Internacional de Energía Atómica |
| OTAN | Organización del Tratado del Atlántico del Norte |
| OUA | Organización de la Unidad Africana |
| PNUMA | Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente |

*

* *

| | |
|---|---|
| AJIL | *American Journal of International Law* |
| «Chronique...» | «Chronique des faits internationaux», RGDIP |
| *C.I.J. Recueil* | CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances* |
| *C.P.J.I. serie A* | CPJI, *Recueil des arrêts* (N.$^{os}$ 1 a 24, hasta 1930 inclusive) |
| *C.P.J.I. serie A/B* | CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (N.$^{os}$ 40 a 80, a partir de 1931) |
| *Keesing's...* | *Keesing's Contemporary Archives* [hasta el volumen 32 (1986)] |
| | *Keesing's Record of World Events* [a partir del volumen 33 (1987)] |
| *La prassi italiana...* | Società italiana per l'organizzazione internazionale: *La prassi italiana di diritto internazionale,* Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications |
| Naciones Unidas, *Historique...* | Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale,* memorando del Secretario General (N.° de venta: 1949.V.8) |
| *Recueil des cours...* | *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* |
| RGDIP | *Revue générale de droit international public* |

*

* *

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente volumen figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco no está subrayado en el texto original.

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

# RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 2 del programa]

## DOCUMENTO A/CN.4/444 y Add.1 a 3*

## Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial

*[Original: inglés]*
*[12 y 25 de mayo y 1.º y 17 de junio de 1992]*

### ÍNDICE


| | | Párrafos | Página |
|---|---|---|---|
| *Nota* | | | 2 |
| Obras citadas en el presente informe | | | 3 |
| INTRODUCCIÓN | | 1 | 6 |
| *Capítulo* | | | |
| I. | REQUISITOS Y FUNCIONES DE LAS CONTRAMEDIDAS | 2-23 | 6 |
| | A. El requisito básico de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito | 2 | 6 |
| | B. La función de las contramedidas | 3-5 | 7 |
| | C. Protesta, intimación, conminación o demanda de cesación y reparación | 6-23 | 8 |
| II. | EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS | 24-51 | 14 |
| | A. La práctica estatal antes de la primera guerra mundial | 24 | 14 |
| | B. La práctica estatal en el período de entreguerras | 25-31 | 15 |
| | C. Los principios y normas surgidos después de la segunda guerra mundial | 32-34 | 16 |
| | D. La práctica estatal después de la segunda guerra mundial | 35-40 | 18 |
| | E. Conclusión | 41-51 | 20 |
| III. | PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS | 52 | 24 |
| | Artículo 11.—Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado | 52 | 24 |
| | Artículo 12.—Condiciones del recurso a las contramedidas | 52 | 24 |
| IV. | PROPORCIONALIDAD DE LAS CONTRAMEDIDAS | 53-56 | 24 |
| V. | CONTRAMEDIDAS PROHIBIDAS | 57-95 | 26 |
| | A. Las contramedidas y la prohibición del uso de la fuerza | 58-69 | 26 |
| | B. El problema de las medidas políticas y económicas como formas de coacción | 70-77 | 31 |
| | C. Las contramedidas y el respeto de los derechos humanos | 78-83 | 33 |
| | D. La cuestión de la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y otras personas especialmente protegidas | 84-88 | 35 |
| | E. La pertinencia de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* | 89-95 | 36 |
| VI. | PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS | 96 | 38 |
| | Artículo 13.—Proporcionalidad | 96 | 38 |
| | Artículo 14.—Contramedidas prohibidas | 96 | 38 |
| VII. | LOS LLAMADOS REGÍMENES AUTÓNOMOS | 97-126 | 39 |
| VIII. | EL PROBLEMA DE LA PLURALIDAD DE ESTADOS IGUAL O DESIGUALMENTE LESIONADOS | 127-151 | 47 |
| | A. El origen del concepto de Estado no directamente lesionado | 127-133 | 47 |


* En el que se incorpora el documento A/CN.4/444/Add.1/Corr.1.

| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| | B. Impropiedad del concepto de Estado no directamente lesionado | 134-138 | 49 |
| | C. Soluciones posibles en caso de pluralidad de Estados lesionados | 139-151 | 50 |
| IX. | PROYECTO DE ARTÍCULO PROPUESTO | 152 | 55 |
| | Artículo 5 *bis* | 152 | 55 |


*NOTA*

**Instrumentos multilaterales citados en el presente informe**

| | *Fuente* |
|---|---|
| Convenciones para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales (La Haya, 29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907 | J. B. Scott, ed., *Las convenciones y declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 41. |
| Convenciones relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907) | *Ibid.*, pág. 100. |
| Tratado de garantía mutua (Locarno, 16 de octubre de 1925) | Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LIV, pág. 289. |
| Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (París, 27 de agosto de 1928) | *Ibid.*, vol. XCIV, pág. 59. [En español, véase *Legislación y Disposiciones de la Administración Central*, 1931, vol. 3, primera parte, Colección Legislativa de España, 1.ª serie, Madrid, Ed. Reus, 1931, págs. 592 a 594.] |
| Acta General para el arreglo pacífico de las diferencias internacionales, Ginebra, 26 de septiembre de 1928 | *Ibid.*, vol. XCIII, pág. 343. [En español, véase *Gaceta de Madrid*, año CCLXIX, vol. III, 28 de septiembre de 1930, N.° 271, págs. 1817 y ss.] |
| Tratado antibélico de no agresión y de conciliación, Río de Janeiro, 10 de octubre de 1933 | *Ibid.*, vol. CLXIII, pág. 394. |
| Convenio sobre aviación civil internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944) | Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 15, pág. 295. |
| Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948) | *Ibid.*, vol. 78, pág. 296. |
| Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de diciembre de 1966) | *Ibid.*, vol. 213, pág. 221. España, *Boletín Oficial del Estado*, N.° 243, 10 de octubre de 1979. |
| Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) | *Derechos Humanos: recopilación de instrumentos internacionales* [publicación de las Naciones Unidas (N.° de venta: S.94.XIV.1) (Vol. I, Part 1)], pág. 8. |
| Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) | *Ibid.*, pág. 20. |
| Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) | Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, pág. 443. |
| Convención americana sobre derechos humanos (San José, 22 de noviembre de 1969) | *Ibid.*, vol. 1144, pág. 123. |

## OBRAS CITADAS EN EL PRESENTE INFORME


ANZILOTTI, D.

«La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers», *Revue générale de droit international public*, París, vol. XIII, N.os 1 y 3, 1906, reimpresión en *Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale. — Consiglio Nazionale delle Ricerche, Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t.1, Padua, CEDAM, 1956.

ARANGIO-RUIZ, G.

«The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyden, Sijthoff, 1974, vol. 137.

«Human rights and non-intervention in the Helsinki Final Act», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1977-IV*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, vol. 157.

«State fault and the forms and degrees of international responsibility: Questions of attribution and relevance», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. — Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991.

BOISSON DE CHAZOURNES, L.

*Les contre-mesures dans les relations internationales économiques* (tesis presentada en la Universidad de Ginebra en 1990, publicada ulteriormente por Pedone, París, en 1993).

BOWETT, D. W.

*Self-Defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958.

«The use of force for the protection of nationals abroad», *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, A. Cassese, ed., Dordrecht, Nijhoff, 1986.

BRIERLY, J.

«Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1936-IV*, París, Sirey, 1937, vol. 58.

BROWNLIE, I.

*International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963.

BRUNS, V.

*Fontes Juris Gentium*, Berlín, Heymanns, 1932.

BUERGENTHAL, T.

«Codification and implementation of international human rights», *Human Dignity: The Internationalization of Human Rights*, L. Henkin, ed., Nueva York, Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979.

BURGERS, J. H. y H. DANELIUS

*The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

CALVO, C.

*Le droit international théorique et pratique*, 6.ª ed. rev. y aum., París, Guillaumin, 1888, vol. III.

CARDONA LLORENS, J.

«Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en derecho internacional público», *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Valencia, 1989.

«Deberes jurídicos y responsabilidad internacional» (publicada ulteriormente en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993).

CASSESE, A.

*Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bolonia, Il Mulino, 1984.

CHARNEY, J. I.

«Third State remedies in international law», *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, Michigan, vol. 10, N.º 1, invierno de 1989.

«Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces», *International Responsibility for Environmental Harm*, F. Francioni y T. Scovazzi, eds., Londres, Graham & Trotman, 1991.

CHARPENTIER, J.

Comentario del párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta, en *La Carta de las Naciones Unidas*, 2.ª ed. rev. y aum., J.-P. Cot y A. Pellet, eds., París, Económica, 1990.

COLBERT, E. S.

*Retaliation in International Law*, Nueva York, King's Crown Press, 1948.

CONFORTI, B.

*Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone et dell'Acciaio. — Commentario*, vol. I [comentario sobre el artículo 1], R. Cadre, R. Monaco y R. Trabucchi, eds., Milán, Giuffrè, 1970.

DAVIDSON, S.

*Grenada: A Study in Politics and the Limits of International Law*, Aldershot, Avebury, 1987.

DE GUTTRY, A.

«Le contromisure adottate nei confronti dell'Argentina da parte delle Comunità Europee e dei terzi Stati ed il problema della loro liceità internazionale», *La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, N. Ronzitti, ed., Milán, Giuffrè, 1984.

*Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1985.

DENNIS, W. C.

«The settlement of the Nanking incident», *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 22, N.º 3, julio de 1928.

DINSTEIN, Y.

«The right to life, physical integrity and liberty», *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, L. Henkin, ed., Nueva York, Columbia University Press, 1981.

DOEHRING, K.

*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, t. II, París, Pedone, 1983.

DOMINICÉ, C.

«Représailles et droit diplomatique», *Recht als Prozess und Gefüge. — Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berna, 1981.

«Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite», *Droit international 2*, París, Pedone, 1982.

EL KOUHENE, M.

*Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Nijhoff, 1985.

FITZMAURICE, G. G.

«The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1957-II*, Leyden, Sijthoff, 1958, vol. 92.

FORLATI PICCHIO, M. L.

*La sanzione nel diritto internazionale*, Padua, CEDAM, 1974.

GAJA, G.

«*Jus Cogens* beyond the Vienna Convention», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1981-III*, La Haya, Nijhoff, 1982, vol. 172.

«Obligations *erga omnes*, international crimes and *jus cogens*: A tentative analysis of three related concepts», *International Crimes of State. — A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, eds., Berlín-Nueva York, de Gruyter, 1989.

GIANELLI, A.

*Adempimenti preventivi al ricorso a misure di reazione all'illecito internazionale*, Universidad de Roma, 1990.

GOODRICH, L. M., E. HAMBRO y A. P. SIMONS

*Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3.ª ed. rev., Nueva York, Columbia University Press, 1969.

HACKWORTH, G. H.

*Digest of International Law*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1943, vol. VI.

HENKIN, L.

«Human rights and "domestic jurisdiction"», *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*, T. Buergenthal, ed., Montclair, N.Y., Allanheld, Osmun/Universe Books, 1977.

HILL, D. J.

«The Janina-Corfu Affair», *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 18, N.° 1, enero de 1924.

HOUER, O.

*Le Pacte de la Société des Nations. — Commentaire théorique et pratique*, París, Spes, 1926.

HUTCHINSON, D. N.

«Solidarity and breaches of multilateral treaties», *British Year Book of International Law, 1988*, Oxford, vol. 59, 1989.

IPSEN, H. P.

«Über Supranationalität», *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973.

JENNINGS, R. Y.

«The *Caroline* and *McLeod* cases», *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 32, N.° 1, enero de 1938.

JUSTE RUIZ, J.

«Las obligaciones "erga omnes" en derecho internacional público», *Estudios de derecho internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, vol. I.

KAPTEYN, P. J. G. y P. VERLOREN VAN THEMAAT

*Introduction to the Law of the European Communities after the Accession of New Member States*, Londres, Sweet & Maxwell, 1973.

KELSEN, H.

*The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1950.

KISS, A. C.

*Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, París, C.N.R.S., 1962, vol. I; 1969, vol. VI.

LAMBERTI ZANARDI, P.

*La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1972.

LATTANZI, F.

*Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milán, Giuffrè, 1983.

«Sanzioni internazionali», *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1989, vol. XLIII.

LAUTERPACHT, H.

«The international protection of human rights», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1947-I*, París, Sirey, 1948, vol. 70.

LILLICH, R. B.

«Civil rights», *Human Rights in International Law*, T. Meron, ed., Oxford, Clarendon Press, 1984.

MADDREY, W. C.

«Economic sanctions against South Africa: Problems and prospects for enforcement of human rights norms», *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, Va., vol. 22, N.° 2, invierno de 1982.

MARCHESE, A.

*La tortura e i trattamenti crudeli, inumani e degradanti nel diritto internazionale*, tesis de doctorado, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1991.

MCDOUGAL, M. S. y F. P. FELICIANO

*Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1961.

MEDINA QUIROGA, C.

*The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

MERON, T.

«On a hierarchy of international human rights», *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 80, N.° 1, enero de 1986.

*Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

MIGLIAZZA, A.

«L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyden, Sijthoff, 1974, vol. 137.

MONCHARVILLE, M.

«Le conflit franco-turc de 1901», *Revue générale de droit international public*, París, vol. 9, 1902.

MOORE, J. B.

*A Digest of International Law*, vols. III, V, VI y VII, Washington, D.C., 1906.

MORELLI, G.

*Nozioni di diritto internazionale*, 7.ª ed., Padua, CEDAM, 1967.

«A proposito di norme internazionali cogenti», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. LI, N.° 1, 1968.

NASH, M. L.

*Digest of United States Practice in International Law, 1978*, Office of the Legal Adviser, Departamento de Estado, Washington, D.C., 1980.

O'BOYLE, M.

«Torture and emergency powers under the European Convention on Human Rights: Ireland v. the United Kingdom», *American Jour-*

*nal of International Law*, Washington, D.C., vol. 71, N.° 4, octubre de 1977.

PALMISANO, G.

*La «colpa dello Stato» ai sensi del diritto internazionale: problemi preliminari allo studio della colpa nella responsabilità internazionale*, tesis de doctorado, Universidad de Milán, 1992.

PANZERA, A. F.

«*Raids* e protezione dei cittadini all'estero», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. LXI, N.° 4, 1978.

PESCATORE, P.

*L'ordre juridique des Communautés européennes.— Études des sources du droit communautaire*, Lieja, Presses universitaires de Liège, 1975.

«Aspects judiciaires de l'"acquis communautaire"», *Revue trimestrielle de droit européen*, París, vol. 17, N.° 4, octubre-diciembre de 1981.

PICONE, P.

«Obblighi reciproci e obblighi *erga omnes* degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento», *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino. — Studi e documenti sul diritto internazionale del mare*, vol. 12, V. Starace, ed., Milán, Giuffrè, 1983.

PILLITU

*Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Perugia, 1981.

POLITIS, N.

«Les représailles entre États membres de la Société des Nations», *Revue générale de droit international public*, París, vol. 31, 1924.

RAMCHARAN, B. G.

«State responsibility in respect of violation of treaty rules in general, and of those creating an "objective regime" in particular: Specific features with regard to the "first, second and third parameters"», *Indian Journal of International Law*, vol. 26, N.os 1 y 2, enero-junio de 1986.

REUTER, P. y J. COMBACAU

*Institutions et relations internationales*, 3.ª ed. rev., París, Presses universitaires de France, 1985.

RÖLING, B. V. A.

«Aspects of the case concerning United States diplomats and consular staff in Tehran», *Netherlands Yearbook of International Law*, Alphen aan den Rijn, vol. XI, 1980.

RONZITTI, N.

*Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

ROSENSTOCK, R.

«The Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations: A survey», *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 65, N.° 5, octubre de 1971.

ROSS, A.

*A Textbook of International Law*, Londres, Longmans, Green, 1947.

ROSTOW, E. V.

«The politics of force: Analysis and prognosis», *The Yearbook of World Affairs, 1982*, Londres, Stevens, 1982.

ROUSSEAU, C.

*Droit international public*, ed. rev., París, Sirey, 1980, vol. IV.

SACHARIEW, K.

«State responsibility for multilateral treaty violations: Identifying the "injured State" and its legal status», *Netherlands International Law Review*, Dordrecht, vol. XXXV, N.° 3, 1988.

SCHWARZE, J.

«Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen», *Europarecht*, Baden-Baden, vol. 18, N.° 1, enero-marzo de 1983.

SCHWEISFURTH, T.

«Operations to rescue nationals in third States involving the use of force in relation to the protection of human rights», *German Yearbook of International Law*, Berlín, vol. 23, 1980.

SICILIANOS, L. A.

*Les réactions décentralisées à l'illicite. — Des contre-mesures à la légitime défense*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.

SIEGHART, P.

*The Lawful Rights of Mankind: An Introduction to the International Legal Code of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

SIMMA, B.

«Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 20, 1970.

«Self-contained regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haya, vol. XVI, 1985.

«Bilateralism and community interest in the law of State responsibility», *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

SØRENSEN, M.

«Eigene Rechtsordnungen — Skizze zu einigen systemanalytischen Betrachtungen über ein Problem der internationalen Organisation», *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden, Nomos, 1981.

SPERDUTI, G.

«Les obligations solidaires en droit international», *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

SPINEDI, M.

«Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite causant un dommage à l'environnement», *International Responsibility for Environmental Harm*, F. Francioni y T. Scovazzi, eds., Londres, Graham & Trotman, 1991.

STONE, J.

*Aggression and World Order: A Critique of United Nations Theories of Aggression*, Londres, Stevens, 1958.

STRUPP, K.

« L'incident de Janina entre la Grèce et l'Italie», *Revue générale de droit international public*, París, vol. 31, 1924.

TAOKA, R.

*The Right of Self-defence in International Law*, Osaka, Osaka University of Economics and Law, 1978.

THOMAS, A. J. y A. VAN WYNEN THOMAS

*The Dominican Republic Crisis 1965: Background Paper and Proceedings of the Ninth Hammarskjöld Forum*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1967.

TOMUSCHAT, C.

«Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinte Nationen», *Vereinte Nationen*, Bonn, vol. 26, 1978.

VISSCHER, C. DE

«L'interprétation du Pacte au lendemain du différend italo-grec», *Revue de droit international et de législation comparée*, La Haya y París, 3.ª serie, vol. V, 1924.

WALDOCK, C. H. M.

«The regulation of the use of force by individual States in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1952-II*, París, Sirey, 1953, vol. 81.

WESTLAKE, J.

*International Law*, 2.ª ed., Cambridge, University Press, 1910, primera parte.

WHARTON, F.

*A Digest of the International Law of the United States*, 2.ª ed., Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1887, vols. II y III.

WHITE, G.

«Legal consequences of wrongful acts in international economic law», *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haya, vol. XVI, 1985.

WHITEMAN, M. M.

*Digest of International Law*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, vol. 8, 1967; vol. 12, 1971.

WRIGHT, Q.

«The meaning of the Pact of Paris», *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 27, N.° 1, enero de 1933.

ŽOUREK, J.

*L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*, Leyden, Sijthoff, 1974.

«La notion de légitime défense en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1975*, Basilea, vol. 56.

## Introducción

1. El presente documento tiene por objeto presentar soluciones y proyectos de artículos sobre los diversos aspectos del régimen jurídico de las contramedidas cuyas líneas generales fueron expuestas en el tercer informe[1] del Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados. Esas soluciones y proyectos de artículos se basan, conforme a lo anunciado en el informe, en un estudio más detallado de la práctica y la doctrina.

[1] *Anuario... 1991*, vol II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/440 y Add.1.

## CAPÍTULO I

## Requisitos y funciones de las contramedidas

### A.—El requisito básico de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito

2. El requisito básico para poder recurrir legítimamente a una contramedida, como ya se decía en el tercer informe[2], es la existencia real de un hecho internacionalmente ilícito que conculca un derecho del Estado que adopta las contramedidas. Esto no significa, sin perjuicio de las disposiciones aplicables de los instrumentos vigentes de solución de controversias (véase cap. II *infra*, especialmente párrs. 16 a 26), que la existencia de un hecho de esa naturaleza y el supuesto derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas haya de ser objeto de determinación previa mediante un procedimiento arbitral o judicial ni que esté sujeta a cualquier tipo de decisión de un órgano político o de determinación de hechos. Tampoco significa que el Estado presuntamente lesionado y el Estado presuntamente infractor deban ponerse previamente de acuerdo sobre la existencia del hecho internacionalmente ilícito. No es suficiente, en cambio, que el Estado presuntamente lesionado crea de buena fe que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que conculca cualquiera de sus derechos. El Estado que aplique contramedidas basándose en esa presunción de ilicitud del comportamiento de la otra parte lo hará por su cuenta y riesgo. El riesgo que corre el Estado presuntamente lesionado es el de ser tenido por responsable de un

[2] *Ibid.*, pág. 15, párrs. 37 y 38.

hecho internacionalmente ilícito si se prueba que la supuesta violación previa no se había producido o que no conculcaba ninguno de sus derechos. Lo único que cabe decir en tal caso es que la buena fe o el error excusable del Estado presuntamente lesionado que haya recurrido a contramedidas sin que medie previamente un hecho internacionalmente ilícito será, por supuesto, un hecho pertinente al evaluar el grado de responsabilidad de ese Estado.

### B.—La función de las contramedidas

3. Otro aspecto que hay que examinar es el de la función que el derecho internacional general atribuye, y que debería atribuir la Comisión en sus proyectos de artículos, a las contramedidas[3]. Del estudio de la práctica internacional se desprende que lo que los Estados lesionados tratan de obtener al recurrir a las contramedidas, como de hecho ellos mismos afirman, es la cesación del comportamiento ilícito (si se trata de un hecho ilícito de carácter continuado) o la reparación en general (incluida quizás la satisfacción) y garantías de no repetición, o ambas cosas[4]. En otras palabras, la función de las contramedidas no va más allá de la consecución por el Estado lesionado, bien de la cesación del comportamiento ilícito y las garantías de no repetición en interés de la protección de la relación jurídica llamada «primaria», o bien de la *naturalis restitutio*, la indemnización pecuniaria y las diversas formas de satisfacción destinadas a eliminar los efectos lesivos —materiales o morales— del quebrantamiento de esa relación. Al no ser posible legítimamente perseguir otros objetivos, toda contramedida cuyas funciones fueran más lejos que esos fines sería a su vez, como se desprende de la práctica internacional, un hecho ilícito. Esto es probablemente lo que quería decir el Instituto de Derecho Internacional al subrayar, en el párrafo 5 del artículo 6 de su conocida resolución de 1934 sobre las represalias, que el Estado lesionado no debía «détourner les représailles du but qui en a déterminé initialement l'usage» [«desviar las represalias de la finalidad que inicialmente había determinado su uso»][5]. De esto se desprende, en particular, que en ningún caso el Estado lesionado podrá calificar legítimamente de contramedidas las acciones u omisiones realizadas para infligir una punición al Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito. La única punición que legítimamente puede sufrir este último es el daño material o moral resultante de la reacción del Estado lesionado y sus efectos coactivos con respecto a la cesación o reparación; o, quizás, el daño autoinfligido que se irroga al dar satisfacción y garantías de no repetición bajo la presión de la reacción del Estado lesionado.

4. Es difícil expresar una opinión acerca de si (o, quizás, hasta qué punto) lo que antecede recoge fielmente el estado del derecho internacional general aplicable en esta materia ni, incluso, de si ese estado del derecho es satisfactorio. Es fácil, por supuesto, presumir que todo Estado que recurre a contramedidas contra un Estado infractor no lo hace sin que medie cierto grado de intención punitiva. En la mayoría de los casos, tal intención se subsumirá de forma tan absoluta en la intención de obtener la cesación o reparación que la distinción se difuminará hasta perder toda pertinencia jurídica. La situación puede parecer distinta en los casos en que el principal interés del Estado lesionado sea obtener satisfacción o garantías de no repetición, o ambas cosas. En esos casos la intención de castigar puede resultar más marcada, y aunque la satisfacción será una pena autoinfligida, el daño causado por la contramedida con objeto de obtener satisfacción parece muy próximo a una pena impuesta por el Estado lesionado[6]. Otra hipótesis es la de la contramedida adoptada por un Estado contra otro Estado en un supuesto en que, al no exigirse la cesación o reparación o no ser éstas posibles, la única función imaginable de la reacción es el castigo. En la práctica internacional examinada sólo ha sido posible descubrir unos pocos casos en los que parece manifestarse una intención punitiva explícita[7]. Conviene señalar también que el estudio de

[3] *Ibid.*, págs. 16 y 17, párrs. 39 a 45.

[4] La práctica internacional aquí referida se examinará *passim* en el presente informe.

[5] «Régime des représailles en temps de paix», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1934*, pág. 710.

[6] Como señaló claramente Morelli:

«La analogía con la pena del derecho estatal es, en el caso de las represalias, más estricta que en el de la satisfacción. En realidad, mientras que esta última [...] consiste en un comportamiento del propio sujeto responsable, comportamiento que constituye el contenido de una obligación de ese sujeto, las represalias, como la pena, constituyen un mal infligido lícitamente al sujeto responsable por otro sujeto.» (*Nozioni di diritto internazionale*, Padua, 1967, pág. 363.)

[7] Un elemento «punitivo» parece caracterizar, por ejemplo, algunas incautaciones de bienes extranjeros. Así ocurre con la incautación de bienes estadounidenses decretada por Cuba a raíz de la reducción por los Estados Unidos de América de las importaciones de azúcar cubano (M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, págs. 1041 a 1045; *Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, págs. 16902, 17538, 17542, 17591, 17787). Al igual con la expropiación de activos patrimoniales británicos por las autoridades libias a raíz de que el Reino Unido hubiese tolerado, incurriendo así en un comportamiento presuntamente ilícito, la ocupación por el Irán de tres islas del Golfo Pérsico (véase A. de Guttry, *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale*, Milán, 1985, págs. 83 a 89). La misma función parece haber atribuido Indonesia a las incautaciones de bienes holandeses como reacción a la presunta violación por los Países Bajos de los acuerdos de la «Conferencia de la Mesa Redonda» sobre la futura condición jurídica del Irián Occidental. En realidad, el Gobierno de Indonesia declaró el 19 de septiembre de 1958 en la Asamblea General de las Naciones Unidas que tales medidas se habían adoptado porque «si se nos negaba la oportunidad de negociar sobre nuestras diferencias con los neerlandeses, nos veríamos obligados a tomar otras medidas, pero sin llegar a la guerra» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimotercer período de sesiones*, 762.ª sesión plenaria, párr. 83). El propio Presidente indonesio afirmó en relación con la misma cuestión:

«Ante la siempre obstinada actitud holandesa con respecto a la cuestión del Irián Occidental, tengo que formular la advertencia de que, si los holandeses persisten en su obstinación en lo que concierne a la cuestión del Irián Occidental, si siguen mostrándose tercos en relación con nuestra reivindicación nacional, sólo lograrán que se cierre todo el capítulo del capital holandés, incluido el de las empresas de capital mixto, en tierra indonesia.» [Discurso del Presidente de la República de Indonesia, el 17 de agosto de 1959, citado en la nota de los Países Bajos concerniente a la nacionalización de empresas de propiedad de holandeses, de fecha 18 de diciembre de 1959 (véanse extractos en AJIL, vol. 54, N.° 2, abril de 1960, p. 486).]

Una finalidad «punitiva» —o sea, la mera condena del hecho ilícito— parece caracterizar a veces algunas de las medidas adoptadas

*(Continuación en la página siguiente.)*

la práctica relativa a los tipos de hechos internacionalmente ilícitos que el proyecto de artículo 19[8] clasifica más o menos claramente entre los crímenes internacionales de los Estados haría aparecer, probablemente, ejemplos más numerosos y significativos de medidas punitivas. En general, la intención punitiva quizá sea más visible en aquellos casos en que interviene en el hecho internacionalmente ilícito, cuando no el dolo, por lo menos la culpa grave[9]. Sea como sea, aun en el caso de que se llegase a la conclusión de que la intención punitiva aparece con más o menos frecuencia detrás de la decisión de los Estados lesionados de recurrir a contramedidas, sería muy difícil concebir la existencia de esa intención como algo más que una *caracterización de hecho* de la función de las contramedidas. Tanto *de lege lata* como *de lege ferenda* parece inadecuado regular tal supuesto mediante una norma permisiva en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Sería igualmente inadecuado adoptar una regla que enunciara una prohibición expresa de toda función punitiva de las contramedidas. Cualquier exceso, cualitativo o cuantitativo, de la reacción del Estado lesionado debe ser debidamente condenado en virtud del principio de la proporcionalidad y de las demás limitaciones de la facultad de represalia del Estado lesionado.

5. Desde otro punto de vista, la función de las contramedidas es pertinente en relación con las medidas cautelares. Como se verá en el capítulo siguiente, se puede recurrir legítimamente a tales medidas, con ciertas limitaciones, *antes* de iniciar un procedimiento de solución e incluso en el curso de ese procedimiento[10]. Tal es la postura adoptada por el anterior Relator Especial, Sr. Willem Riphagen[11]. Sin embargo, bien que acepta esta postura, el autor desea apartarse de aquella parte de la doctrina que estima que las medidas cautelares se caracterizan por la finalidad *subjetiva* del Estado que recurre a ellas, sea para evitar que se prejuzgue la posibilidad de reparación o para inducir a la otra parte a someterse a un procedimiento de solución pacífica de las controversias al que quizás se haya obligado a recurrir[12]. Esas medidas —y el régimen especial que ha de preverse para ellas aunque existan procedimientos de solución por intervención de terceros— se caracterizan, más exactamente, por la función precautoria o de aseguramiento que *objetivamente* desempeñan en el marco del procedimiento de solución correspondiente. Probablemente consistirán, pues, en medidas revocables, en su mayoría de carácter económico y de tal naturaleza que permitan garantizar al Estado lesionado una cantidad que no exceda del importe de la indemnización que podría exigir mediante el procedimiento de solución correspondiente.

### C.—Protesta, intimación, conminación o demanda de cesación y reparación

6. Aunque en general la doctrina parece inclinarse a aceptar la idea de que las contramedidas deben ir precedidas en principio, según el derecho vigente, de alguna forma de protesta, intimación, reclamación o conminación[13], subsiste un alto grado de vaguedad con respecto a la determinación de esos requisitos y las condiciones en que pueden variar o se puede prescindir de ellos[14]. Como se ha señalado anteriormente, las indicaciones de la doctrina relativas a los efectos, bien de la naturaleza del hecho ilícito, o bien de la naturaleza de las medidas previstas, deben ser comprobadas mediante un análisis más a fondo de la práctica de los Estados a fin de recoger elementos más precisos[15].

7. La práctica correspondiente del siglo XIX versa principalmente sobre las contramedidas de índole militar que, si bien eran sin duda extremas, no estaban en esa época condenadas legalmente. La gravedad misma de tales medidas (junto con el hecho de que frecuentemente estaban sujetas a requisitos constitucionales en el marco del derecho interno del Estado agente) imponía a los gobiernos cierto grado de cautela[16]. Esto explica el especial

*(Continuación de la nota 7)*

por los Estados contra graves violaciones de los derechos humanos Sin perjuicio de que a su tiempo se analicen mas a fondo los casos de ese tipo (en especial en relacion con los crimenes internacionales de los Estados), cabe recordar ahora las medidas adoptadas por Francia contra el Imperio Centroafricano en mayo de 1979 a raiz de la muerte de 85 jovenes perpetrada por la guardia personal del emperador Bokassa («Chronique», RGDIP, 1980, pags 361 y ss ), las adoptadas por los Estados Unidos de America contra China en junio de 1989 a raiz de los incidentes de Tien An Men (*ibid*, 1990, pag 484), y las adoptadas por Belgica contra el Zaire en mayo de 1990 a raiz de la muerte de alrededor de 50 estudiantes por la guardia personal del Presidente Mobutu (*ibid*, pag 1051)

[8] Para el texto de los articulos 1 a 35 de la primera parte del proyecto, aprobado en primera lectura por la Comision, vease *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), pag 29, parr 34

[9] Sobre el papel de la culpa en la determinacion del grado de gravedad de un hecho internacionalmente ilicito, veanse *Anuario 1989*, vol II (primera parte), pags 49 a 57, documento A/CN 4/425/Add 1, parrs 164 a 190, y Arangio-Ruiz, «State fault and the forms and degrees of international responsibility Questions of attribution and relevance», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du developpement — Melanges Michel Virally*, pags 25 y ss Para mas detalles, especialmente con respecto a la importancia de la culpa en relacion con la tipificacion de los crimenes internacionales de los Estados, vease Palmisano, *La «colpa dello Stato» ai sensi del diritto internazionale problemi preliminari allo studio della colpa nella responsabilita internazionale*, cap XII

[10] Veanse parrs 41 y 48 *infra*, y los apartados *b* y *c* del parrafo 2 del proyecto de articulo propuesto, como aparece en el parrafo 52 *infra*

[11] Vease el sexto informe [*Anuario 1985*, vol II (primera parte), pag 12, documento A/CN 4/389], proyecto de articulo 10, parr 2, apartados *a* y *b*, y su comentario correspondiente

[12] *Anuario 1991*, vol II (primera parte) [vease nota 1 *supra*], pag 20, parrs 56 y 57

[13] *Ibid*, pags 17 y 18, parrs 46 a 49

[14] *Ibid*, pag 18, parr 50 Gianelli ha realizado un interesante estudio titulado *Adempimenti preventivi al ricorso a misure di reazione all'illecito internazionale*, presentado recientemente como tesis doctoral en la Universidad de Roma

[15] *Anuario 1991*, vol II (primera parte) [vease nota 1 *supra*], pag 18, parr 51

[16] Por ejemplo, se recordara que, en 1807, el enviado britanico a los Estados Unidos de America en relacion con el asunto *«Chesapeake»* declaro, en general, que

«si, cuando se comete un hecho lesivo, la parte perjudicada recurre inmediatamente a las represalias, se cierra la puerta al arreglo pacifico y se impide el recurso a los medios de conciliacion» (Wharton, *A Digest of the International Law of the United States*, vol III, pag 72)

En 1862, el Secretario de Estado de los Estados Unidos de America, Seward, declaro que los Estados Unidos no recurririan a las represalias armadas para obtener la reparacion del daño sufrido por ciudadanos de los Estados Unidos por la accion de Estados extranjeros

cuidado que han puesto los gobiernos en subrayar que sólo recurrían a la fuerza después de haber exigido sin éxito la cesación o reparación, o ambas cosas[17]. La misma práctica pone de manifiesto que una protesta o intimación precede también a los actos de fuerza temporales como el embargo de buques o la ocupación de locales aduaneros practicados por el Estado presuntamente lesionado como medida cautelar o provisional contra un comportamiento ilícito pasado o presente[18].

8. Incluso en lo que se refiere a las medidas que no implican el uso de la fuerza, cabe citar casos del siglo XIX en que el Estado lesionado recurrió a las contramedidas sólo después de que sus reiteradas demandas de reparación dirigidas al Estado presuntamente autor del hecho lesivo no hubieran tenido éxito[19]. La reiteración de la demanda indica que se cumplía el requisito mínimo de la intimación previa.

9. Hubo varios casos de recurso a la fuerza para proteger a nacionales en peligro en territorio extranjero en los que se prescindió, al parecer, de la formulación de una protesta o intimación[20]. Aunque no es seguro que los casos de esta índole deban examinarse, como mantienen al-

«a menos que no subsista ningún otro modo de realización del derecho» (*ibid.*, pág. 100).

En 1883, con ocasión de un debate parlamentario, el Ministro de Relaciones Exteriores de Italia, Pasquale Stanislao Mancini, afirmó que las represalias constituían en general

«el último medio al que el derecho de gentes permite a los Estados y a los que a veces se ve forzado a recurrir incluso un gobierno civilizado, pero sólo después de haber agotado todos los medios pacíficos y amistosos a su alcance» [*La prassi italiana...*, 1.ª serie (1861-1887), vol. II, pág. 905].

[17] Debe advertirse, sin embargo, que esos casos son ejemplos de la llamada «diplomacia de la cañonera». Su mención en el presente contexto no significa que esa práctica se considere legalmente admisible como contramedida ni, en particular, que dé por supuesto que las medidas de los Estados presuntamente lesionados fueron adoptadas a raíz de un verdadero hecho internacionalmente ilícito. Esos casos se mencionan simplemente con objeto de hacer hincapié en que, incluso cuando se recurría a tales medidas reprobables, el Estado presuntamente lesionado estimaba que no podía prescindir del requisito de una demanda previa de cesación o reparación ni del de una «conminación».

En el asunto *«Water Witch»* (1855-1859), los Estados Unidos de América exigieron reparación al Paraguay por haber disparado contra un buque de guerra estadounidense y muerto un marinero. El Congreso de los Estados Unidos, atendiendo la petición del Presidente Buchanan, le autorizó «a adoptar las medidas y utilizar la fuerza que, a su juicio, sea necesaria y aconsejable *en caso de que el Gobierno del Paraguay se niegue a dar justa satisfacción**». El enviado de los Estados Unidos encargado de presentar la demanda de reparación fue escoltado por una fuerza naval, lo que sin duda contribuyó a persuadir al Paraguay de satisfacer en muy breve plazo las demandas de los Estados Unidos (Wharton, *op. cit.*, vol. III, págs. 113 y 114).

En 1861, el Reino Unido exigió al Brasil reparación por el saqueo, frente a las costas brasileñas, de un buque británico, el *«Prince of Wales»*, y por las ofensas sufridas por tres oficiales británicos. *A raíz de la negativa del Brasil a atender sus peticiones*, El Reino Unido impuso el bloqueo del puerto de Río de Janeiro y se incautó de cinco buques brasileños. El Brasil, aunque sin aceptar la versión de los hechos presentada por las autoridades británicas, reparó los daños (Moore, *A Digest of International Law*, vol. VII, págs. 137 y 138).

En 1865, a raíz de una agresión sufrida por pescadores italianos frente a las costas de Túnez, el cónsul italiano presentó una demanda de reparación al Gobierno de Túnez. El Gobierno tunecino se negó a satisfacerla afirmando que los pescadores víctimas de la agresión debían ser considerados responsables. *Tras haber insistido en vano en su demanda*, el cónsul tomó disposiciones para que se enviara en su apoyo una fragata. En ese momento, las autoridades tunecinas atendieron las demandas italianas. [*La prassi italiana...* (véase nota 16 *supra*), pág. 894.]

En 1902, las autoridades venezolanas detuvieron a siete nacionales franceses que se habían negado a satisfacer nuevamente los derechos de aduana que habían pagado antes a otra facción revolucionaria. El capitán de un buque de guerra francés intimó a las autoridades locales a que liberasen a los nacionales franceses detenidos. *Ante la negativa de las autoridades*, el capitán detuvo un buque de guerra venezolano y, manteniéndolo bajo el fuego de sus baterías, renovó su demanda. Muy poco después los nacionales franceses eran liberados («Chronique», RGDIP, 1902, págs. 628 y 629).

En 1914, soldados mexicanos detuvieron a un oficial y dos marineros de los Estados Unidos de América cuando fondeaban su embarcación en el puerto de Tampico. A pesar de la revocación inmediata de las medidas adoptadas y de las disculpas presentadas a los Estados Unidos por el General Huarte, a la sazón Jefe del Estado, los Estados Unidos exigieron además un saludo a la bandera acompañado de los cañonazos de ordenanza. Huarte se negó a ello, considerando excesivas las demandas. El Congreso autorizó al Presidente de los Estados Unidos «a utilizar las fuerzas armadas... para hacer valer su demanda de excusas inequívocas por los ultrajes y afrentas perpetrados contra los Estados Unidos». Como consecuencia de ello, las fuerzas de los Estados Unidos se apoderaron de Veracruz [«Mediation in Mexico» (editorial comment), AJIL, vol. 8, 1914, págs. 582 a 585]. A la acción armada de los Estados Unidos siguió una larga interrupción de las relaciones diplomáticas entre ambos países. La situación mejoró de resultas de la mediación de ciertos países latinoamericanos *(ibid.)*.

[18] En 1840, en relación con el litigio surgido entre el Reino Unido y el Reino de las Dos Sicilias sobre la explotación de las minas de azufre sicilianas, el Reino Unido sólo procedió al embargo preventivo de los buques napolitanos fondeados en Malta *después de largas y reiterativas discusiones* entre ambos Gobiernos y de la expiración del plazo que había fijado. El embargo debía mantenerse hasta que se atendiera la reclamación británica (Moore, *op. cit.*, pág. 132).

En 1901, en respuesta a una serie de hechos ilícitos cometidos en detrimento de personas físicas y jurídicas de nacionalidad francesa en el Imperio Otomano, el Gobierno francés sólo decidió ocupar la oficina de aduanas de Mitilene *después de haber exigido larga y reiteradamente reparación y de haber intimado exactamente que, en caso de una nueva negativa o desestimación, Francia recurriría a medidas de fuerza*. La ocupación se mantuvo hasta que el Gobierno otomano hubo satisfecho las demandas francesas. En su declaración oficial, el Gobierno francés explicó que había decidido «ocupar la aduana de Mitilene, administrarla y retener la recaudación neta de los derechos hasta que el Gobierno del Sultán haya dado cumplida satisfacción» (Moncharville, «Le conflit franco-turc de 1901», RGDIP, 1902, pág. 692).

En 1906, después de la muerte de un soldado italiano de facción en un local electoral de la isla de Creta, el Gobierno italiano exigió a las autoridades locales, entre otras cosas, la reparación de los daños sufridos. Las autoridades responsables se negaron a ello. El cónsul italiano tomó disposiciones para la ocupación de varios puestos aduaneros con objeto de obtener directamente reparación sólo después de que a la demanda originaria hubiera seguido una *conminación infructuosa* de su parte. Las ocupaciones fueron anuladas en cuanto las autoridades locales atendieron la demanda de indemnización. [*La prassi italiana...*, 2.ª serie (1887-1918), vol. III, págs. 1703 y 1704.]

[19] En 1855, el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América autorizó al Embajador estadounidense a retener de los pagos debidos a China la parte correspondiente a la reparación exigida sólo después de haber presentado oficialmente una protesta y de que las autoridades chinas hubiesen reconocido la existencia de una violación pero se hubieran negado a reparar el daño causado a los Estados Unidos por los malos tratos infligidos a un nacional de ese país (Wharton, *op. cit.*, vol. II, pág. 576).

[20] Varios de esos casos conciernen a los Estados Unidos de América. En 1895, por ejemplo, los Estados Unidos temieron que nacionales suyos, en particular misioneros, fueran víctimas de una matanza en determinadas zonas del Imperio Otomano. Por ello, el Gobierno de los Estados Unidos autorizó a sus buques de guerra a que penetrasen en aguas territoriales otomanas. Cuando el Embajador otomano en Washington pidió explicaciones, se le contestó que «un uso arraigado

*(Continuación en la página siguiente)*

gunos, en el contexto de la legítima defensa[21], no carecen de interés por lo que respecta al presente tema; la falta aparente de protesta o de intimación a cesar en la conducta observada puede muy bien estar justificada por la persistencia del comportamiento lesivo y la urgencia de poner remedio a la situación. En general, sin embargo, la existencia de alguna forma de intimación es claramente patente en el caso de los actos de fuerza. El que el Estado agente tenga conciencia del carácter jurídicamente obligatorio de ese requisito es aparentemente menos claro. No obstante, la uniformidad de ese comportamiento y la falta de manifestaciones en sentido contrario parecen indicar que una norma consuetudinaria, aunque quizás no existiera todavía, se hallaba en avanzado estado de formación. Así lo confirma la práctica posterior.

10. Los años del siglo XX anteriores a la segunda guerra mundial se caracterizaron, como es notorio, por las tentativas de reforzar las obligaciones bilaterales y multilaterales de solución pacífica[22]. A este respecto es interesante señalar, por una parte, que la existencia de obligaciones de esa naturaleza incorpora, por así decirlo, el requisito más elemental representado por alguna forma de protesta o conminación, y, por otra, que en el período considerado sólo este último requisito (a diferencia del relativo a las obligaciones de solución pacífica) es obligatorio en derecho internacional general. La práctica vigente durante ese período apunta claramente a la idea, generalmente aceptada, de que en derecho internacional consuetudinario el Estado lesionado no puede recurrir legítimamente a ninguna medida sin exigir previamente la cesación del comportamiento o alguna forma de reparación, o ambas cosas. En realidad, como en el siglo anterior, el recurso a la fuerza va precedido frecuentemente de una demanda de reparación o cesación, o ambas cosas. Así ocurrió incluso en relación con las medidas, por otra parte inaceptables por ser desproporcionadas, adoptadas en el asunto Tellini (Janina), sometido por la Sociedad de las Naciones, en algunos de sus aspectos, a un comité de juristas[23]. El carácter obligatorio del requisito fue recalcado especialmente en la decisión dictada en el asunto de Naulilaa, según la cual «la represalia sólo es lícita cuando ha estado precedida de una conminación infructuosa»[24]. El Estado inculpado, aunque rechazó la acusación de que no había cumplido ese requisito, no impugnó la regla. Merece señalarse asimismo, en relación con el mismo asunto, que el Tribunal Arbitral subrayó en su decisión que la reacción inicial del Estado lesionado debía ser tal que pudiera llegar a conocimiento del gobierno del Estado contra el que se iban a adoptar las medidas[25]. La obligación del Estado lesionado de «requerir previamente al Estado autor del acto ilícito para que cese en ese acto y dé en su caso la reparación debida» fue también subrayada por el Instituto de Derecho Internacional en el artículo 6 de su resolución de 1934 sobre las represalias[26]. La práctica del período comprende también casos de medidas coactivas de protección de los nacionales en peligro en suelo extranjero. El hecho de que no siempre haya habido intimación a cesar en la conducta lesiva[27] parece justificarse por la ur-

*(Continuación de la nota 20.)*

desde hace mucho tiempo en los Estados Unidos es que el Gobierno envíe sus buques, a su arbitrio, a los puertos de cualquier país en que se produzcan momentáneamente desórdenes públicos y en el que sus nacionales posean intereses. Se trata de una práctica muy extendida entre todos los gobiernos» (Moore, *op. cit.*, vol. VI, págs. 342 y 343).

Otros casos conciernen a la amenaza de adoptar medidas similares por el Brasil contra el Uruguay en 1864 (Bruns, *Fontes Juris Gentium*, pág. 65), y por Italia contra el Uruguay en 1875 [*La prassi italiana...*, 1.ª serie (véase nota 16 *supra*), vol. II, pág. 938]. En 1861, una acción concertada de Gran Bretaña, Francia y España contra México estuvo también motivada por la protección de nacionales en peligro (Moore, *op. cit.*, vol. VII, págs. 133 y 134), así como, y probablemente con mayor razón, la de las distintas Potencias occidentales que intervinieron en China con ocasión del alzamiento de los bóxers en 1891 [*La prassi italiana...*, 2.ª serie (véase nota 18 *supra*), vol. IV, págs. 1782 y 1783]. Véase también, en lo que se refiere a esta práctica, Gianelli, *op. cit.*, cap. II, N.° 6, *b*.

[21] Véanse, en especial, Bowett, *Self-Defence in International Law*, págs. 87 y ss.; y el examen general de la doctrina relativa a esta materia en Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, págs. 3 y ss. Por lo que respecta a la calificación jurídica de esta práctica, véanse párrs. 14 y 65 a 68 *infra*.

[22] Véanse párrs. 25 a 31 *infra*.

[23] Sociedad de las Naciones, *Journal Officiel*, 4.° año, N.° 11, noviembre de 1923, actas del 26.° periodo de sesiones del Consejo (31 de agosto a 29 de septiembre de 1923, págs. 1278 y ss. Véase también Politis, «Les représailles entre États membres de la Société des Nations», RGDIP, 1924, págs. 5 a 16.

Otro ejemplo de represalias armadas fueron las medidas adoptadas por Francia contra Alemania en 1920-1921. El 2 de abril de 1920, Alemania envió tropas a la cuenca del Ruhr para reprimir los desórdenes que se habían producido en esa zona neutralizada. Acogiéndose a las disposiciones de neutralización establecidas en el Tratado de Versalles, Francia exigió en vano la retirada de esas tropas. El Primer Ministro francés anunció entonces al Encargado de Negocios alemán que, *al no haberse atendido la demanda francesa de cumplimiento del Tratado*, había ordenado al ejército francés que ocupase Frankfurt, Hamburgo y otras ciudades alemanas. Puntualizó que esa ocupación «terminará tan pronto como las tropas alemanas hayan evacuado totalmente la zona neutral» (Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, vol. VI, pág. 30). En 1921 se produjo una nueva ocupación francesa de ciudades alemanas. El Primer Ministro francés declaró que la medida se había adoptado después de dos años de incumplimiento de las obligaciones del Tratado de Versalles por parte de Alemania y tras reiteradas demandas de cumplimiento formuladas por Francia, incluida la amenaza de recurrir a medidas coactivas. Conviene señalar que el fundamento jurídico aducido por el Primer Ministro francés puede hacerse extensivo indirectamente a situaciones menos graves que no requieren el uso de la fuerza. Conforme al fundamento aducido, la medida era expresión de «un derecho que no ha sido nunca discutido, que se ha ejercido siempre en todos los países y que autoriza a un acreedor a ejercitar contra su deudor moroso de mala fe la compulsión necesaria» (*ibid.*, vol. I, pág. 131).

Otra confirmación de este principio es la que figura en los manuales del Naval War College de los Estados Unidos de 1938, en los que se indica, con respecto a las represalias en tiempo de paz, que «la fuerza no está legalmente justificada si no ha habido *negativa a dar reparación después de haber sido debidamente notificado**» (Hackworth, *Digest of International Law*, vol. VI, pág. 152).

[24] *Colonias portuguesas* (incidente de Naulilaa), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.° de venta: 1949.V.1), pág. 1027.

[25] *Ibid.*, págs. 1027 y 1028.

[26] Véase nota 5 *supra*.

[27] Por ejemplo, en marzo de 1927, durante las luchas interiores en China, un nacional norteamericano fue muerto en Nanking, otro herido y el consulado de los Estados Unidos de América asaltado. Las tropas de los Estados Unidos a bordo de los buques fondeados en el puerto intervinieron inmediatamente y dispararon contra los soldados y la multitud que, al mismo tiempo, seguía atacando a un grupo de ciudadanos de los Estados Unidos. Estos fueron puestos en seguridad a bordo de los buques. Posteriormente, el Gobierno de los Estados Unidos exigió una reparación completa y cumplida satisfacción. Hay que señalar que las autoridades chinas, aunque aceptaron la demanda del Gobierno de los Estados Unidos, pidieron a éste que presentase

gencia de la reacción a infracciones graves y de carácter continuado.

11. Una vez determinado el estado del derecho antes de la segunda guerra mundial en lo que se refiere al requisito examinado y —tras haber comprobado que una demanda o «conminación» previa era en esa época exigible como obligación jurídica— es relativamente fácil establecer cómo se presenta actualmente la cuestión en derecho. El efecto conjunto de principios como los enunciados en los párrafos 3 y 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas —y el efecto de principios o normas análogos de derecho internacional general—, para no mencionar la reiteración y aclaración de los mismos principios en resoluciones de las Naciones Unidas, no pueden por menos que afianzar la fuerza obligatoria del requisito de previa demanda de reparación (y conminación) como condición del recurso legítimo a ciertas medidas contra hechos internacionalmente ilícitos. Así parece confirmarlo claramente la práctica vigente.

12. Es significativo, para considerar un primer grupo de ejemplos, que, incluso en el período de la guerra fría, y a pesar del gran número de litigios entre Estados pertenecientes a bloques rivales relativos a violaciones del espacio aéreo, casi siempre se eludió recurrir a las represalias. Ello fue así precisamente porque a las protestas iniciales —en forma de demandas de reparación o satisfacción— seguía una fase de búsqueda de una solución negociada o arbitral que, al perseguir o alcanzar ese resultado, permitía a los Estados evitar el recurso a medidas unilaterales[28]. Igualmente significativo es que en ese período no sólo los actos de represalia[29] sino también los actos de retorsión a modo de reacción contra un hecho internacionalmente ilícito hayan estado precedidos muchas veces de una demanda de reparación[30].

13. Otros indicios de que existe el convencimiento de la necesidad de una «conminación» previa para la admisibilidad del recurso a ciertas medidas son los que se desprenden de las posturas oficialmente adoptadas por los Estados en relación con diversas controversias o situaciones conocidas. Por ejemplo, en el asunto de la *Apelación concerniente a la competencia del Consejo de la OACI*[31], el Pakistán alegó que las medidas adoptadas por la India habían sido puestas en vigor «al mismo tiempo que la demanda de indemnización»[32], mientras que la India insistió en que, como «el Apelado no había dado una respuesta positiva y satisfactoria», se había visto obligada a adoptar la medida impugnada[33]. En el conocido asunto del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*, Francia, en un intento por demostrar la ilicitud de las medidas adoptadas por los Estados Unidos de América y en apoyo de la existencia de una norma internacional según la cual una demanda de reparación no satisfecha era un requisito previo indispensable para el legítimo recurso a las represalias[34], citó la resolución dictada en el asunto Naulilaa[35]. Los Estados Unidos, por su parte, aunque sostenían que la teoría de las represalias argumentadas por Francia sólo se aplicaba a las represalias armadas[36], adujeron que, con todo, habían cumplido los requisitos que Francia consideraba indispensables antes de aplicar tales medidas. En relación con el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[37], los Estados Unidos cuidaron mucho de especificar, ante la CIJ, que el encargado de negocios estadounidense en Teherán había protestado ante el Gobierno del Irán inmediatamente después de la toma de rehenes y había pedido la completa protección de la embajada y de su personal. Asimismo, según los Estados Unidos, se habían presentado propuestas durante varios días antes[38] de adoptar las medidas políticas y económicas de represalia y retorsión mencionadas en los párra-

disculpas por haber abierto fuego. La respuesta final de los Estados Unidos fue que «los navíos de su armada no tuvieron otra opción, aunque deploran profundamente que circunstancias ajenas a su voluntad exigieran la adopción de tales medidas para la protección de sus ciudadanos en Nanking» (Dennis, «The settlement of the Nanking incident», AJIL, 1928, págs. 593 a 599, en especial pág. 596). Véanse otros casos similares en Gianelli, *op. cit.*, cap. III, N.° 7.

[28] Para estos episodios, véase *ibid.*, cap. IV, secc. II, párrs. 9 a 11 *c*.

[29] La India, por ejemplo, en vista del trato brutal infligido por Sudáfrica a residentes indios, se consideró autorizada, después de protestas y contactos, a adoptar contramedidas y envió a Sudáfrica un preaviso de terminación de un convenio comercial de 1945 (*Keesing's... 1948-1950*, vol. VII, págs. 9859 y 9860).

[30] En 1963, a raíz de la nacionalización de instalaciones petrolíferas en Ceilán, pertenecientes a compañías de los Estados Unidos de América, el Departamento de Estado de los Estados Unidos declaró que suspendería la ayuda a Ceilán, ya proyectada, si no se pagaba una «indemnización adecuada». Los Estados Unidos suspendieron efectivamente esa ayuda durante dos años (*Keesing's... 1963-1964*, vol. XIV, pág. 19667, y *Keesing's... 1965-1966*, vol. XV, pág. 20868).

En 1967, durante las manifestaciones contra China en Birmania, los locales de la agencia de prensa china, así como viviendas y comercios pertenecientes a nacionales chinos, fueron atacados. También fue destruido el escudo nacional. El Gobierno chino protestó y exigió diversas formas de satisfacción. Al no satisfacerle la actitud adoptada por las autoridades birmanas con ocasión de esos sucesos, el Gobierno chino suspendió la aplicación de su programa de ayuda a dicho país (*Keesing's... 1967-1968*, vol. XVI, pág. 22277).

En 1981, la Comunidad Europea, tras advertir repetidas veces al Gobierno de Turquía acerca de las consecuencias negativas que el deterioro de las instituciones democráticas y la suspensión de algunas libertades fundamentales en ese país tendrían para las relaciones con la Comunidad, suspendió la concesión de una serie de préstamos (*Keesing's... 1982*, vol. XXVIII, pág. 31287).

[31] *C.I.J. Recueil 1972*, pág. 46. El asunto se sometió después de que la India suspendió los sobrevuelos de las aeronaves pakistaníes en su territorio, lo que según el Pakistán constituía una violación de dos tratados. La suspensión tuvo lugar a raíz del secuestro y destrucción de una aeronave india en Lahore, en febrero de 1972. La India acusó al Pakistán de favorecer a los secuestradores y de no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para salvar la aeronave. (*Keesing's... 1971-1972*, vol. XVIII, págs. 24561 y 24562.)

[32] *C.I.J. Mémoires, Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, pág. 73, párr. 12.

[33] *Ibid.*, pág. 7, párr. 11.

[34] *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (N.° de venta: E/F.80.V.7), págs. 465 y 466, párr. 17].

[35] Véase nota 24 *supra*.

[36] Véase *Accord relatif aux services aériens* (nota 34 *supra*), pág. 466, párr. 18. Los Estados Unidos de América mantenían, en particular, que habían pedido en vano a Francia que dejase de incumplir el tratado sobre el tráfico aéreo y que accediese a celebrar un convenio arbitral (Nash, *Digest of United States Practice in International Law, 1978*, pág. 773).

[37] *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 3.

[38] Dos días después de la toma de rehenes, un enviado del Gobierno de los Estados Unidos de América llegó a Teherán para negociar su liberación. A pesar de la prohibición del Jefe de Estado iraní de no mantener ningún contacto con el enviado de los Estados Unidos, éste pudo ponerse en comunicación por teléfono con altos funcionarios iraníes y formuló la firme protesta de su Gobierno por los sucesos. Los intentos de ponerse en relación con el Gobierno del Irán continuaron durante otros cuatro días (*C.I.J. Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, págs. 260 y 261).

fos 34, 39, 79 y 106 *infra*. Por otra parte, no es posible pasar por alto las conclusiones a que llegó en esta materia el American Law Institute en su *Restatement of the Law Third*. Según el comentario al párrafo 905, dedicado a la «autotutela» *(unilateral remedies)*:

[...] las contramedidas adoptadas en respuesta a una violación de una obligación internacional sólo están justificadas normalmente cuando el Estado acusado niega la violación o su responsabilidad por la violación; rechaza las peticiones de poner fin a la violación o de pagar una indemnización, o hace caso omiso de ellas, o rechaza las propuestas de negociación o solución por intervención de terceros, o hace caso omiso de ellas[39].

14. Es preciso reconocer también que, no obstante la prohibición del uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas, ha seguido habiendo en algunos casos reacciones armadas contra hechos internacionalmente ilícitos de carácter continuado que implicaban un grave peligro personal para los nacionales de un Estado en tierra extranjera. Esos casos, sin embargo, son muy diferentes de los casos similares ocurridos en el período anterior en cuanto que el Estado lesionado habitualmente recurre a actos de fuerza sólo *después* de dirigir al Estado infractor una intimación infructuosa de cesación o reparación[40].

15. Los casos examinados en el párrafo anterior —así como los estudiados anteriormente en el párrafo 7 *supra*— plantean evidentemente problemas relacionados con la licitud del recurso a la fuerza armada. En lo que concierne a la materia objeto del presente capítulo, sin embargo, demuestran el convencimiento de los Estados de que, incluso en casos caracterizados por un alto grado de ilicitud *y* continuidad —y que requieren una acción muy *urgente*—, el recurso por el Estado lesionado a ciertas medidas debe ir precedido, según el derecho de la responsabilidad, de una demanda, conminación o intimación apropiadas.

16. Por otra parte, la práctica contemporánea comprende también medidas a las que es posible recurrir sin que medien forzosamente una comunicación o intimación previas. Tal parece ocurrir en el caso del bloqueo de activos patrimoniales pertenecientes al Estado infractor que el Estado lesionado tiene a su alcance. Las medidas de bloqueo se caracterizan en general por su carácter temporal (aunque algunas han durado decenios) y por su objeto meramente económico (generalmente depósitos bancarios)[41]. Las reacciones que la doctrina califica generalmente de medidas provisionales o cautelares y con respecto a las cuales varios autores estiman que no es necesaria la intimación previa presentan esas características. Esta es aparentemente la razón por la cual el anterior Relator Especial excluyó la obligación de intimación o recurso previo a procedimientos de solución pacífica en relación con ese tipo de medidas[42]. Conviene señalar, sin embargo, que las medidas adoptadas por Cuba contra los activos de nacionales de los Estados Unidos de América en respuesta a la reducción de las importaciones estadounidenses de azúcar[43] y por Libia contra los activos británicos en respuesta a la retirada del Reino Unido de ciertas islas del golfo Pérsico no son realmente significativas[44]. La falta de intimación previa puede explicarse, en particular, por el hecho de que se recurrió a tales medidas en el contexto de un litigio declarado y efectivo en el curso del cual los Estados implicados habían intercambiado ya acusaciones y argumentos. Las circunstancias hacían superflua toda intimación.

17. El proyecto de artículos propuesto en 1986 por el anterior Relator Especial regula esta cuestión en el marco de la tercera parte[45]. El artículo 10 de la segunda parte[46] se limita a establecer que la aplicación de los procedimientos de solución pacífica de la controversia con anterioridad a las medidas a que se refiere el proyecto de

[39] *Restatement of the Law Third —The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987, págs. 380 y 381.

[40] Así ocurrió en el litigio del *«Mayaguez»*, de 1975, en que los Estados Unidos de América recurrieron (sin éxito) a medidas militares para rescatar a la tripulación de un buque retenido por tropas de Camboya. La intervención de los Estados Unidos estuvo precedida de un ultimátum de 24 horas transmitido a Camboya por medio de la Embajada de China en Washington y sólo se llevó a cabo después de la expiración de ese ultimátum (*Keesing's... 1975*, vol. XXI, págs. 27239 y 27240). Los Estados Unidos de América recurrieron también a la acción militar en su tentativa de rescate de sus nacionales retenidos como rehenes en Teherán. En este caso, el Gobierno de los Estados Unidos, aunque había tratado y seguía tratando de resolver el conflicto por medios pacíficos, anunció también, en una declaración presidencial, que en vista del fracaso de las tentativas de solución pacífica y de la ineficacia de las medidas económicas la única solución posible parecía ser un acto de fuerza. En relación con este caso, véase Ronziti, *op. cit.*, págs. 41 a 49. Las intervenciones de los Estados Unidos de América en Granada (1983) y Panamá (1989) también fueron justificadas en parte por el Gobierno de ese país como medidas de protección de los ciudadanos estadounidenses en el extranjero. Por lo que respecta al caso de Granada, véase Davidson, *Grenada: A Study in Politics and the Limits of International Law*. En cuanto a la intervención en Panamá, véanse las declaraciones oficiales del Presidente Bush y el Departamento de Estado en AJIL, vol. 84, 1990, págs. 545 a 549.

[41] Como ejemplo de recurso a tales medidas cabe mencionar el bloqueo por los Estados Unidos de América de los depósitos bancarios y otros activos de Bulgaria, Hungría, Polonia y Rumania poco después de la segunda guerra mundial (*Keesing's... 1948-1950*, vol. VII, pág. 10623). El bloqueo de los activos rumanos fue revocado en 1959 (*Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, pág. 17349), el de los polacos en 1960 (*ibid.*, pág. 17559) y el de los húngaros en 1973 (*Keesing's... 1973*, vol. XIX, pág. 25827), después de la celebración de los respectivos convenios sobre el pago de un tanto alzado; véase tambien Whiteman, *op. cit.*, vol. 8, págs. 1126 a 1128). Otros ejemplos son los relativos al oro albanés embargado por el Reino Unido (*Keesing's... 1948-1950*, vol. VII, pág. 10426, *Keesing's... 1950-1952*, vol. VIII, pág. 11294 y *Keesing's... 1952-1954*, vol. IX, pág. 13634) y al bloqueo por los Estados Unidos de América de los depósitos bancarios y otros activos iraníes después de la toma de rehenes en Teherán [*C.I.J. Recueil 1980* (véase nota 37 *supra*), págs. 16 y ss. y 43 y ss.]. Aunque este asunto versa sobre un comportamiento ilícito generalmente calificado de crimen, hay que señalar asimismo el bloqueo de los activos iraquíes por los Estados Unidos de América, el Reino Unido y Francia inmediatamente después del anuncio de la invasión de Kuwait en 1990. Esas medidas fueron adoptadas al mismo tiempo que la resolución 660 (1990) del Consejo de Seguridad, de 2 de agosto de 1990, por la que se condenaba la invasión, pero antes de la resolución 661 (1990), de 6 de agosto de 1990, por la que se adoptaron contra el Iraq las medidas previstas en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Un caso de bloqueo en el que, en cambio, las medidas se ejecutaron sólo después de repetidas protestas es el relativo a la congelación de los activos franceses por Ghana, en 1960, como reacción contra los ensayos nucleares realizados por Francia en el Sáhara argelino (*Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, pág. 17280).

[42] *Anuario... 1984*, vol I, 1867.ª sesión, párr. 34.

[43] Whiteman, *op. cit.*, vol. 8, págs. 1041 a 1045; *Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, págs. 17538, 17542 y 17591.

[44] De Guttry, *op. cit.*, págs. 83 a 89.

[45] Para el texto de los proyectos de artículos de la tercera parte, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

[46] Para el texto, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 21, nota 66.

artículo 9[47] (salvo las llamadas «medidas de reciprocidad», sobre las que versa el proyecto de artículo 8[48]) está sujeta a la excepción de ciertos tipos de «medidas cautelares»[49]. El problema de las condiciones de las contramedidas, que ahora se examina, fue tratado por el anterior Relator Especial en los artículos 1 y 2 de la tercera parte. El proyecto de artículo 1 disponía:

El Estado que desee invocar el artículo 6 de la segunda parte de los presentes artículos deberá notificar su pretensión al Estado que presuntamente haya cometido el hecho internacionalmente ilícito. La notificación indicará las medidas cuya adopción se requiere y los motivos en que se fundan.

El proyecto de artículo 6 de la segunda parte[50] versaba sobre la indemnización pecuniaria y las garantías de no repetición. En lo concerniente a las contramedidas, el párrafo 1 del proyecto de artículo 2 de la tercera parte establecía la obligación de hacer otra notificación:

1. Si el Estado requirente, una vez vencido un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no será inferior a tres meses contados a partir del momento en que se reciba la notificación mencionada en el artículo 1, deseare invocar el artículo 8 o el artículo 9 de la segunda parte de los presentes artículos, deberá notificar al Estado que presuntamente haya cometido el hecho internacionalmente ilícito su intención de suspender el cumplimiento de sus obligaciones respecto de él. La notificación indicará las medidas que se tuviere la intención de adoptar[51].

El proyecto de artículo 3 de la tercera parte disponía que si el Estado que presuntamente había cometido el hecho internacionalmente ilícito formulaba objeciones, las partes (sin perjuicio de los derechos u obligaciones que les incumbieren en virtud de disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias) «buscarán una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas» o los medios a que se refieren los proyectos de artículos 4 y 5 de la tercera parte y el anexo de dicha parte. El anterior Relator Especial explicó que los canjes de notas entre las partes, efectuados con arreglo al mencionado mecanismo de «notificación/objeción», servirían para definir la cuestión litigiosa y para dar al presunto infractor la posibilidad de estudiar la situación y, quizás, acceder a las demandas del Estado presuntamente lesionado[52]. Sin embargo, como señalaba el anterior Relator Especial, podían darse casos especiales en que la protección de los intereses del Estado lesionado requiriese la adopción de medidas correctivas con tal urgencia que justificase el recurso inmediato —sin ninguna notificación previa— al tipo de medidas (cautelares) contempladas en el apartado *a* del párrafo 2 del proyecto de artículo 10 de la segunda parte[53].

18. Durante el debate de la CDI sobre esas propuestas, se estimó que el proyecto de artículo 10 de la segunda parte era demasiado severo para el Estado lesionado y, por ende, demasiado indulgente para el Estado infractor[54]. Por lo que respecta a los proyectos de artículos 1 y 2 de la tercera parte, algunos miembros de la Comisión expresaron la opinión de que el sistema previsto no excluía la posibilidad de comunicaciones previas distintas de las notificaciones propuestas. Otros miembros opinaron que un sistema basado en una doble notificación era demasiado engorroso. Algunos pidieron indicaciones más precisas con respecto a los casos de especial urgencia[55].

19. El autor, a partir de su informe preliminar, ha manifestado la opinión de que el llamado modo de «hacer efectiva» la responsabilidad en sentido estricto no debe mezclarse con las disposiciones de la tercera parte relativa a la solución de las controversias dimanantes de la interpretación y aplicación de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados[56]. Toda condición que deba cumplir obligatoriamente el Estado lesionado para recurrir lícitamente a las contramedidas forma parte de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito y, como tal, debe examinarse en el marco de la segunda parte del proyecto de artículos. Así ocurre, en particular, en lo referente a la protesta o reclamación de cesación o reparación y a la intimación, conminación o notificación. Cabe sostener que es posible prescindir de una disposición especial puesto que la demanda de cesación o reparación se subsume en la obligación de cumplimiento previo de las obligaciones de solución pacífica de las controversias. Pero parece preferible elaborar una norma especial por varias razones. En primer lugar, cabe que la controversia no surja siquiera si el Estado infractor reconoce la antijuricidad de su comportamiento y satisface totalmente o en parte las demandas del Estado lesionado (posibilidad que no se puede excluir)[57]. Además, sería inconveniente no dar al Estado presuntamente infractor la posibilidad de refutar la acusación antes de recurrir a un procedimiento de solución probablemente «público» y de que la situación incluso empeore aún más. La previa comunicación directa entre las partes quizás reduzca la posibilidad de una pronta agravación del litigio. Por otro lado, cabe que las partes no hayan contraído la obligación estricta de recurrir a un procedimiento de solución por intervención de terceros.

---

[47] *Ibid.*

[48] *Ibid.*

[49] Esa excepción abarca las medidas «adoptadas por el Estado lesionado dentro del ámbito de su jurisdicción hasta que una corte internacional de justicia o un tribunal internacional de arbitraje competente haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas cautelares» (art. 10, párr. 2 *a*) y las «medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado acusado de haber cometido el hecho internacionalmente ilícito no da cumplimiento a una medida cautelar decretada por esa corte internacional de justicia o ese tribunal internacional de arbitraje» (*ibid.*, párr. 2 *b*).

[50] Véase nota 46 *supra*.

[51] Riphagen había señalado con anterioridad que con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no se requería ninguna notificación previa con respecto a la terminación o la suspensión de la aplicación de las disposiciones de un tratado [*Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 20, documento A/CN.4/366 y Add.1, párr. 101].

[52] Sexto informe [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) (nota 11 *supra*), párr. 15]; y séptimo informe [*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 4, documento A/CN.4/397 y Add.1], comentario al artículo 2 de la tercera parte.

[53] Séptimo informe (véase nota 52 *supra*), párrafo 2 del comentario al artículo 2 de la tercera parte.

[54] Declaraciones de Flitan (*Anuario... 1985*, vol. I, 1893.ª sesión, párr. 3); Tomuschat (*ibid.*, 1896.ª sesión, párr. 39); y Mahiou (*ibid.*, 1897.ª sesión, párr. 13).

[55] *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), párrs. 51 a 54.

[56] *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 11, documento A/CN.4/416 y Add.1, párr. 19. Véase asimismo el comentario de Arangio-Ruiz a la tercera parte del proyecto de artículos propuesta por Riphagen (*Anuario... 1985*, vol. I, 1900.ª sesión, párrs. 26 y 27).

[57] Por lo que respecta a esta hipótesis, véase Gianelli, *op. cit.*, introducción, párr. 3.

20. El contenido y la forma exactos de la disposición son más difíciles de definir. En primer lugar, hay que decidir si se debe o no especificar el conducto por el que debe realizarse la comunicación requerida (conducto diplomático, documento remitido por correo o por otros medios). Aunque la realidad de las relaciones internacionales pone de manifiesto que los Estados a menudo se comunican entre sí de manera informal, la certidumbre jurídica tal vez exija la forma escrita. Con todo, el proyecto no debería tomar posición a este respecto.

21. En lo que concierne al fondo de las comunicaciones, el anterior Relator Especial previó, como se ha dicho ya (párr. 17 *supra*), dos notificaciones: una relativa a «las medidas cuya adopción se requiere» (cesación, restitución en especie, etc.) «y los motivos en que se fundan», y la otra relativa a la intención del Estado lesionado de «suspender el cumplimiento de sus obligaciones» con indicación de las «medidas que se tuviere la intención de adoptar». Una solución menos fastidiosa quizás sea imponer al Estado presuntamente lesionado la obligación de presentar su protesta o sus demandas al Estado presuntamente infractor con expresión de los hechos fundamentales y una advertencia adecuada acerca de las posibles contramedidas. El Estado lesionado, por supuesto, seguiría siendo libre de enviar otras comunicaciones o hacer las aclaraciones que estimase útiles a la luz de la naturaleza del hecho ilícito, del estado de sus relaciones con el presunto autor del hecho lesivo y de cualesquiera otras circunstancias que juzgase pertinentes. El Estado lesionado también debería ser libre de optar o no por especificar las medidas previstas.

22. Otro problema es el de si el Estado lesionado debe señalar plazos concretos. Sería conveniente que los artículos no fueran más allá de la indicación de la posibilidad de fijar un plazo, cuya duración dependería de la naturaleza y las circunstancias de cada caso. Podría indicarse que el plazo deberá ser razonable.

23. En lo que concierne al problema de las posibles excepciones al requisito de la demanda previa de cesación o reparación y de una notificación o intimación en el momento oportuno, la cuestión podría surgir en relación con las medidas cautelares[58]. Sin embargo, aunque tales medidas efectivamente podrían ser objeto de una excepción en lo que se refiere a la repercusión de las obligaciones de solución pacífica de las controversias en la admisibilidad de las contramedidas[59], no deberían quedar exentas de ese mínimo requisito previo. La razón evidente para ello es que el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito debería tener la posibilidad de cumplir espontáneamente sus obligaciones de cesación o reparación *(lato sensu)* antes de llegar a la «fase de las contramedidas».

[58] Por lo que respecta al concepto de medidas cautelares, véase párr. 5 *supra*.

[59] Véase párr. 48 *infra*.

## CAPÍTULO II

## Efectos de las obligaciones de solución pacífica de las controversias

### A.—La práctica estatal antes de la primera guerra mundial

24. Los efectos de la existencia de procedimientos de solución pacífica de las controversias sobre la licitud del recurso a las contramedidas no se desprenden con suficiente claridad de la práctica internacional anterior a la primera guerra mundial. Por supuesto, ha habido casos, incluso en ese período, en que el Estado lesionado hizo alusión por lo menos a la conveniencia política, cuando no a la obligación jurídica, de no recurrir a las contramedidas antes de haber intentado en vano llegar a una solución mutuamente acordada o, más raramente, una solución arbitral[60]. No hay ningún ejemplo, sin embargo, de que un Estado pusiera en tela de juicio la licitud de una medida de represalia dirigida contra él por el hecho de que la otra parte no hubiese intentado previamente un procedimiento de solución pacífica del litigio. Dos de las razones de este estado de cosas pueden haber sido la total libertad de que seguían gozando los Estados para recurrir a actos de fuerza, incluida la guerra, en defensa de sus derechos o intereses, y la escasez (en comparación con el período siguiente) de procedimientos relativamente eficaces de solución pacífica de las controversias por intervención dirimente de terceros. En todo caso, los instrumentos de solución pacífica de las controversias adoptados en los dos primeros decenios de este siglo[61] no parecen contener

[60] En el asunto entre el Reino Unido y Grecia (1847-1851) concerniente a los actos de violencia cometidos en territorio griego contra un ciudadano británico (Don Pacifico) (Wharton, *op. cit.*, vol. III, págs. 100 y 101), el Reino Unido mantuvo con Grecia durante más de dos años un infructuoso *canje de notas diplomáticas*. Finalmente, el Gobierno británico, afirmando haber ensayado todos los medios amistosos a su disposición para obtener reparación, presentó un ultimátum de veinticuatro horas a Grecia y envió una fuerza naval encargada de mantener el bloqueo de los puertos y apresar los buques griegos. Merece señalarse que, de resultas de los buenos oficios franceses, el comandante naval británico suspendió el bloqueo y sólo mantuvo los apresamientos. Sin embargo, tras el fracaso de la intercesión francesa, se reanudó el bloqueo (Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, pág. 524). A este respecto, véase también párr. 7 *supra*.

[61] Se trata de los numerosos tratados generales de arbitraje celebrados antes de 1917, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Convenio Drago-Porter y los llamados tratados Bryan de conciliación. [Para los debates sobre los tratados Bryan, véase el informe del Secretario General sobre los métodos para la determinación de los hechos (A/5694) de 1.° de mayo de 1964, párrs. 62 a 78.]

elementos importantes relativos a la repercusión de tales procedimientos de solución en la facultad de los Estados de recurrir a medidas unilaterales.

### B.—La práctica estatal en el período de entreguerras

25. La práctica en materia de tratados posterior a la primera guerra mundial representa algún progreso. En 1925, por ejemplo, además de las obligaciones negativas relativas al recurso a la fuerza[62], los tratados de Locarno introdujeron también obligaciones positivas de solución pacífica de los litigios jurídicos para impedir que el Estado lesionado recurriera a medidas unilaterales antes de ensayar el procedimiento previsto[63]. Algunas disposiciones preveían asimismo la posibilidad de que el «tercero» competente decretase medidas cautelares. Las partes en litigio estaban obligadas, en realidad, a aceptar esa decisión y

> [...] abstenerse de toda medida que pueda tener repercusiones perjudiciales para la ejecución de la decisión o los acuerdos propuestos por [...] el Consejo de la Sociedad de las Naciones, y, en general, a no realizar ningún acto, sea cual fuere su naturaleza, que pueda agravar o ampliar el litigio[64].

Además de la conocida renuncia a la guerra como medio de solución de las controversias internacionales, el Pacto Briand-Kellogg de 1928 disponía en el artículo II que

> [...] el arreglo o la solución de todos los desacuerdos o conflictos, cualquiera que sea su naturaleza y origen, que pudieren suscitarse entre ellas [las Altas Partes Contratantes], no deberá nunca buscarse sino por medios pacíficos[65].

Por supuesto, el objeto principal del Pacto era condenar el recurso directo al uso unilateral de la fuerza armada por parte del Estado lesionado. Pero quizás no fuera difícil entender que condenaba también el recurso directo a medios distintos del uso de la fuerza armada en caso de que hubiera otro modo de solución. Aún más si se tiene en cuenta que, en esa época, los «medios pacíficos» abarcaban también los actos de fuerza que —al no dar origen a un estado de guerra— eran calificados de medidas coactivas «sin llegar a la guerra»[66]. Algunas de las disposiciones del llamado Tratado «Saavedra Lamas», firmado en 1933 por varios Estados latinoamericanos, también son significativas. Además de condenar la guerra de agresión, el artículo I de dicho instrumento establecía que

> [...] el arreglo de los conflictos o divergencias de cualquier clase que se susciten entre ellas [las Altas Partes Contratantes], no deberá realizarse sino por los medios pacíficos que consagra el derecho internacional[67].

Por otra parte, el Tratado establecía un procedimiento de conciliación para cualquier tipo de litigio y el artículo XIII prohibía, durante el proceso de conciliación,

> toda medida perjudicial a la ejecución del arreglo que proponga la Comisión [de conciliación] y, en general, [...] todo acto susceptible de agravar o prolongar la controversia[68].

26. Las disposiciones examinadas en el párrafo 25 *supra* parecen apuntar a la existencia, en el período de entreguerras, de una tendencia entre los Estados a condenar la reacción unilateral —armada o no— a un hecho internacionalmente ilícito cuando el asunto ha sido sometido a un procedimiento arbitral o de conciliación. Al mismo tiempo, el que ésta sea la única restricción del derecho de las represalias que sea objeto de disposiciones convencionales explícitas parece indicar que la mera existencia de obligaciones de solución pacífica de las controversias no implica necesariamente tal restricción. Así sucedía especialmente en el caso de las medidas que no incluyen el uso de la fuerza armada.

27. El examen de otros elementos de la práctica estatal durante el mismo período confirma en general, aunque no sin contradicciones, los datos deducidos de los instrumentos convencionales. Un buen ejemplo es el conocido asunto Tellini (Janina) entre Italia y Grecia. La opinión general era, y sigue siendo, que a pesar de la gravedad del suceso las demandas del Gobierno italiano eran poco razonables y los actos de fuerza excesivos. Como señaló el representante de Grecia ante la Sociedad de las Naciones:

> Para la observancia de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto [...] habría que tomar disposiciones para poner fin a las medidas coactivas emprendidas [...]
>
> [...]
>
> [...] entre Miembros de la Sociedad de las Naciones, medidas como el ultimátum y la coacción ya no son de recibo.
>
> A tenor de lo dispuesto en el artículo 12, los Miembros de la Sociedad de las Naciones han adquirido la obligación solemne de recurrir, a su arbitrio, a un procedimiento judicial o un procedimiento político ante el Consejo. No hay otra solución que optar entre uno u otro de esos dos procedimientos[69].

---

[62] Véase, por ejemplo, el artículo 2 del Tratado de garantía mutua entre Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia.

[63] Las partes se obligaban generalmente a someter al arbitraje o a la CPJI los litigios jurídicos no resueltos mediante la actividad diplomática. Si las partes no lograban concertar un acuerdo especial (compromiso arbitral), cualquiera de ellas podía someter unilateralmente el asunto a la CPJI. El Estado «perdedor» estaba obligado a abstenerse de reaccionar unilateralmente aun en caso de que no se cumpliera el fallo. En este caso debía dirigirse al Consejo de la Sociedad de las Naciones para que éste resolviese, con fuerza vinculante, sobre las medidas que había que adoptar.

[64] Artículo 19 del Convenio de arbitraje entre Alemania y Bélgica (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LIV, pág. 303). Se introdujo una disposición muy similar, sólo para los litigios jurídicos, en el artículo 33 del Acta General para el arreglo pacífico de las diferencias internacionales, de 1928. (En español, véase *Gaceta de Madrid*, año CCLXIX, vol. III, 28 de septiembre de 1930, N.° 271, págs. 1817 y ss.).

[65] Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional.

[66] Sobre el discutido significado de la expresión «medios pacíficos», tal como se empleaba en esa época, véanse, en particular, Forlati Picchio, *La sanzione nel diritto internazionale*, págs. 116 y 117; Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, págs. 84 a 88; Žourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*, pág. 41.

[67] Tratado antibélico de no agresión y de conciliación.

[68] *Ibid.* Esta última prohibición, que ya figuraba en los tratados de Locarno y en el Acta General de 1928 (véase nota 64 *supra*), aparece en una serie de tratados bilaterales de arbitraje celebrados en el período de 1924-1931. Esos instrumentos incluían frecuentemente la llamada «cláusula facultativa» de jurisdicción obligatoria, en virtud de la cual podía someterse unilateralmente el asunto a la CPJI. Véanse referencias en Gianelli, *op. cit.*, cap. III, secc. I, párr. 3.

[69] Sociedad de las Naciones, *Journal officiel* (véase nota 23 *supra*), pág. 1281. La parte italiana sostuvo que las medidas adoptadas habían sido «pacíficas», admisibles como tales tanto en derecho internacional general como a tenor del Pacto, que sólo condenaba el recurso a la guerra (*ibid.*, págs. 1313 y 1314).

28. El Consejo de la Sociedad de las Naciones, aunque atendió el deseo de Italia de que el conflicto quedase en manos de la Conferencia de Embajadores Aliados, sometió a un comité de juristas la conocida cuestión de la admisibilidad, a tenor del Pacto, de la adopción de ciertas medidas sin llegar a la guerra[70]. Y la respuesta fue que:

Las medidas coactivas no destinadas a constituir actos de guerra pueden ser o no compatibles con las disposiciones de los Artículos 12 a 15 del Pacto, y corresponde al Consejo, cuando se le ha sometido la controversia, decidir inmediatamente, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y la naturaleza de las medidas adoptadas, si debe recomendar el mantenimiento o la revocación de tales medidas[71].

Pese a ese anodino dictamen, sin embargo, la mayoría de los comentaristas pusieron en tela de juicio la admisibilidad de las represalias armadas en el contexto de las obligaciones de solución pacífica enunciadas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones[72]. De todo ese episodio se desprende, no obstante, que incluso en el contexto del Pacto, que era un instrumento jurídico relativamente avanzado en comparación con el derecho general, los gobiernos de la época eran, como mínimo, renuentes a admitir inequívocamente la existencia de obligaciones en virtud de las cuales el recurso a medidas unilaterales, armadas o no pero sin llegar a la guerra, estaría sujeto al recurso previo a los procedimientos de solución amistosa y al agotamiento de esos medios.

29. La opinión expresada en 1928 por el Département politique suizo fue resueltamente progresiva y muy clara. Según la diplomacia suiza (con referencia al Pacto de la Sociedad de las Naciones):

Las represalias sólo pueden ser tomadas en consideración si se ha propuesto en vano el procedimiento de arbitraje establecido en el artículo 13. Ahora bien, el repudio del procedimiento de arbitraje [...] no autoriza todavía el uso de las represalias, ya que el artículo 15 dispone que se recurra al Consejo de la Sociedad de las Naciones [...][73].

El mismo Département señaló además, en relación con las obligaciones de recurrir al arbitraje en general:

Hay que reconocer asimismo a este respecto que la condición establecida por el derecho de gentes [para la legitimidad del recurso a las represalias] no se cumple si no se ha intentado en vano resolver el litigio de acuerdo con el procedimiento previsto. La celebración de tratados que estipulen el arbitraje obligatorio para los litigios jurídicos excluirá las represalias[74].

30. Dos años después se hicieron otras afirmaciones importantes, aunque menos orgánicas, como respuesta a las cuestiones planteadas a los Estados en relación con la Conferencia para la codificación del derecho internacional. Bélgica, por ejemplo, contestó que un Estado podía recurrir legítimamente a las represalias si podía demostrar que no había sido posible «obtener satisfacción por medios pacíficos»[75]. Dinamarca afirmó que «las represalias estarían totalmente excluidas» si las partes estuvieran obligadas por tratado a no exacerbar sus controversias[76]. Más prudentemente, el Reino Unido expresó la opinión de que «con el mecanismo mejorado que actualmente establecen los acuerdos internacionales para la investigación y solución pacífica de las controversias, los casos en que el recurso a actos de represalia sería legítimo deben ser muy pocos»[77].

31. En resumen, el período de *entreguerras* parece ofrecer dos series de indicaciones. Por una parte, el lenguaje bastante vago de las disposiciones de los tratados que se refieren expresamente a los efectos de las obligaciones de solución pacífica de las controversias en lo que concierne a la facultad de los Estados de recurrir a medidas unilaterales[78] parece confirmar que los Estados se muestran reacios a reconocer la existencia de restricciones de su facultad de recurrir a medidas distintas de la guerra a pesar de tener a su alcance medios más amistosos de solución. Por otra parte, en ese mismo período parece manifestarse *una corriente de opinión cada vez más amplia*, no sólo en la doctrina sino también en la esfera de las relaciones diplomáticas, a favor de la idea de que el Estado lesionado, siempre que tenga a su disposición procedimientos de solución convencionales, no puede recurrir legítimamente a las represalias —impliquen o no el uso de la fuerza— sin ensayar primero los procedimientos disponibles y agotar esos recursos.

### C.—Los principios y normas surgidos después de la segunda guerra mundial

32. Después de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas parece haberse logrado cierto grado, aunque limitado, de clarificación:

*a*) En primer lugar, como se ha indicado anteriormente, el efecto conjunto de la generalidad de los términos y el espíritu del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y los pronunciamientos a que se hará referencia en el párrafo 33 *infra* ha disipado, por lo menos en principio, cualquier duda con respecto a la ilicitud de las represalias armadas[79] —y ello a pesar de las contradicciones antes

[70] «¿Son las medidas coactivas no destinadas a constituir actos de guerra compatibles con el tenor de los Artículos 12 a 15 del Pacto cuando son adoptadas por un Miembro de la Sociedad de las Naciones contra otro Miembro de la Sociedad sin recurrir previamente al procedimiento establecido en esos artículos?» (*Ibid.*, pág. 1351.)

[71] *Ibid.*, 5.° año, N.° 4, actas del 28.° período de sesiones del Consejo (10 a 15 de marzo de 1924), pág. 524.

[72] Véanse, entre otros, Politis, *loc. cit.*, págs. 5 a 16; Hill, «The Janina-Corfu Affair», comentario en AJIL, 1924, págs. 98 a 104; De Visscher, «L'interprétation du Pacte au lendemain du différend italo-grec», *Revue de droit international et de législation comparée*, 1924, págs. 213 a 230; Hoijer, *Le Pacte de la Société des Nations*, pág. 218. Sostuvo la opinión contraria Strupp, «L'incident de Janina entre la Grèce et l'Italie», RGDIP, 1924, págs. 255 a 284.

[73] *Répertoire suisse de droit international public*, Documentation concernant la pratique de la Confédération en matière de droit international public, 1914-1939, Basilea, vol. III, pág. 1787.

[74] *Ibid.*, pág. 1788.

[75] Sociedad de las Naciones, *Conférence pour la codification du droit international: Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, vol. III, pág. 128.

[76] *Ibid.*, págs. 128 y 129.

[77] *Ibid.*, pág. 129.

[78] Como se ha dicho, esas disposiciones tenían por objeto proscribir el recurso a las medidas unilaterales cuando el litigio se hallaba *sub judice* y se había conferido al órgano competente potestad para decretar medidas cautelares.

[79] Conviene señalar que, además de los párrafos 3 y 4 del Artículo 2, es menester tener debidamente en cuenta el párrafo 1 del Artículo 1, según el cual uno de los propósitos de las Naciones Unidas es

«lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz».

mencionadas que se deducen de la práctica de varios Estados y con excepción, naturalmente, de las medidas de legítima defensa[80];

*b*) En segundo lugar, parece que esa prohibición, basada exclusivamente en la letra y el espíritu del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, no agota los esfuerzos de los autores de la Carta (y sus sucesores) por reducir el ámbito de discrecionalidad de los Estados en materia de elección de medidas de autotutela. Si se quiere que la disposición del párrafo 3 del Artículo 2 tenga un sentido propio, esto es, distinto de la mera repetición de la del párrafo 4 de ese mismo artículo, habrá que reconocer quizás que la condena de la Carta no se limita realmente a la prohibición de las medidas armadas (para la que es suficiente el párrafo 4 del Artículo 2). Parecería que se extiende, de conformidad con la letra y el espíritu del párrafo 3 del Artículo 2 y de todo el Capítulo VI (Artículos 33 a 38), a cualesquiera medidas unilaterales que puedan poner en peligro —si no las «relaciones de amistad» y la «cooperación»— la paz y la seguridad internacionales *y la justicia*. De eso se desprende que incluso las medidas que no implican el *recurso a la fuerza armada*, si no están proscritas, por lo menos están sujetas a algún tipo de «control legal»[81];

*c*) En tercer lugar, no es probablemente por mera casualidad que, al comienzo del Capítulo VI sobre el arreglo pacífico de controversias, el párrafo 1 del Artículo 33 establece firmemente que las partes en una controversia «*tratarán** de buscarle solución, *ante todo**,...» por uno o varios de los diversos medios de solución que se enumeran después. Parece razonable, por lo menos, deducir de esa frase y de su contexto que existe la obligación de proceder a alguna forma de negociación; y también que, a falta de una solución negociada, el recurso a medidas unilaterales, para ser lícito, debe *ir precedido* de la *tentativa* de utilizar cualquier otro de los medios enumerados en el párrafo 1 del Artículo 33. La opinión del Département politique suizo de 1928, citada en el párrafo 29 *supra*, es como mínimo igualmente válida en lo que concierne a los procedimientos sustanciados ante el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas.

33. Las principales resoluciones de la Asamblea General concernientes a la solución pacífica corroboran hasta cierto punto una interpretación de la Carta como la indicada en el apartado *c* del párrafo 32 *supra*. Por ejemplo, la formulación del principio de solución pacífica contenida en 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[82]. Esa formulación, a pesar de sus muchos aspectos gravemente insuficientes[83] —incluido el aspecto ahora examinado—, tiene el acierto de añadir al importante mandato contenido en el párrafo 1 del Artículo 33 de la Carta («tratarán... *ante todo**») la obligación de las partes de abstenerse «de toda medida que pueda agravar la situación al punto de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales». El párrafo 8 de la sección I de la más reciente (y más clara) Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales[84] destaca la vigencia de la misma obligación, aunque expresada en términos diferentes, de abstenerse de adoptar cualquier medida que «haga... más difícil o impida el arreglo pacífico de la controversia». Esas dos resoluciones, aunque podrían haber enunciado útilmente la obligación del Estado lesionado de cumplir condiciones más explícitas antes de recurrir a medidas unilaterales, vienen a corroborar una interpretación de las disposiciones de la Carta relativas al arreglo pacífico de controversias en virtud de la cual el recurso a las medidas de autotutela estaría sujeto, por lo menos en principio, al cumplimiento por la parte lesionada de obligaciones más estrictas en cuanto a la previa utilización, o tentativa de utilización realizada de buena fe, de los procedimientos de solución disponibles.

34. Aunque la Carta no se refiere expresamente a los efectos de sus disposiciones generales sobre solución de controversias en lo que concierne a las condiciones del recurso a medidas unilaterales[85], puede sostenerse sin embargo que el régimen de los medios de solución pacífica en el derecho de las Naciones Unidas representa indirectamente un desarrollo progresivo de esta materia:

*a*) En primer lugar, la condena de las medidas unilaterales se hace extensiva, con arreglo a la letra y el espíritu del párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, a cualquier reacción susceptible de poner en peligro «la paz y la seguridad, o la justicia», incluso a falta de obligaciones convencionales sobre solución de controversias que lleguen más lejos que el párrafo 3 del

[80] Véanse párrs. 58 a 69 *infra*.

[81] Véanse, a este respecto, Gianelli, *op. cit.*, cap. IV, secc. I, párr. 6, y la doctrina citada en esa obra, en especial: Kelsen, *The Law of the United Nations*, págs. 359 y ss.; Goodrich, Hambro y Simons, *Charter of the United Nations*, págs. 41 a 43; y Charpentier, Commentaire du paragraphe 3 de l'Article 2, en *La Charte des Nations Unies*, págs. 103 a 113.

Difícilmente puede considerarse que el párrafo 3 del Artículo 2, al imponer a los Estados la obligación *positiva* en él enunciada, permite que éstos adopten una línea de conducta que, además de poner en peligro la «justicia», pueda comprometer las relaciones de amistad (Art. 1, párr. 2) o crear amenazas para la paz (*ibid.*, párr. 1).

[82] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo. Se encuentra un enunciado análogo en el principio V del Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, aprobada en Helsinki el 1.° de agosto de 1975:

«Aquellos Estados participantes que sean parte en una controversia entre ellos, así como otros Estados participantes, se abstendrán de toda acción que pueda agravar la situación hasta el punto de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y que, por tanto, pueda dificultar el arreglo de la controversia por medios pacíficos.» (Lausana, Imprimeries réunies, s.f., pág. 144.)

[83] Véase, por ejemplo, la declaración del representante de Italia en el informe del Comité Especial de los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.° 18* (A/8018), párrs. 125 y ss.].

[84] Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo. Ese texto, que es casi idéntico a la formulación de Helsinki, dice:

«Los Estados Partes en una controversia internacional, así como otros Estados, se abstendrán de adoptar cualquier medida que pueda agravar la situación hasta el punto de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y haga así más difícil o impida el arreglo pacífico de la controversia, y a este respecto actuarán de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas.»

[85] Véase, a este respecto, Gianelli, *op. cit.*, cap. IV, secc. I, párr. 8.

Artículo 2 y el párrafo 1 del Artículo 33. Esto no significa, ciertamente, que el Estado lesionado no disponga de ningún medio para proteger sus derechos conculcados, sino simplemente que, siempre que los procedimientos enumerados en el párrafo 1 del Artículo 33 y las medidas unilaterales adoptadas (de manera compatible con el párrafo 3 del Artículo 2) para inducir a la otra parte a que acepte el recurso a tales procedimientos hayan sido en vano, no deberá adoptarse ninguna *otra* medida unilateral sin recurrir previamente al procedimiento establecido en los Artículos 34 a 38 de la Carta;

*b*) En segundo lugar, en los casos en que el hecho internacionalmente ilícito sea de tal naturaleza que cree un peligro para la paz y la seguridad internacionales, ningún Estado Miembro de las Naciones Unidas podrá recurrir a ningún tipo de medidas —ni siquiera a las que no puedan poner en peligro la paz y la seguridad internacionales (salvo, por supuesto, las medidas de legítima defensa a tenor del Artículo 51)—, a menos que haya tratado de obtener la cesación y reparación en sentido amplio por los medios, de entre los enumerados en el párrafo 1 del Artículo 33, a su disposición. Es preciso hacer hincapié en las palabras «ante todo», que figuran en el párrafo 1 de ese Artículo;

*c*) En tercer lugar, parece posible dar por sentado —según el tenor de los correspondientes Artículos de la Carta, corroborados *de lege lata* o *de lege ferenda* por el párrafo 8 de la sección I de la Declaración de Manila— que el sistema de las Naciones Unidas incorpora el principio que había sido enunciado en algunos de los instrumentos sobre solución de controversias vigentes con anterioridad a la segunda guerra mundial[86]. Se trata del principio según el cual, hasta la incoación efectiva de los procedimientos previstos o mientras el procedimiento incoado se halle pendiente de resolución, el Estado lesionado (y, *a fortiori*, por supuesto, el Estado infractor) está obligado a abstenerse de toda medida (de represalia o retorsión) que pueda hacer «más difícil o impedir» la solución que ha de buscarse por el procedimiento o los procedimientos pertinentes. La obligación muy general de los Miembros, enunciada en el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, de solucionar los litigios de manera que no se ponga en peligro la «justicia», ni tampoco la paz y la seguridad, también puede considerarse desde este punto de vista.

### D.—La práctica estatal después de la segunda guerra mundial

35. La práctica contemporánea de los Estados se ajusta, por lo menos en parte, a la precedente interpretación de la evolución de la situación jurídica con posterioridad a la segunda guerra mundial, tal como se describe en la sección C *supra*.

*a*) Como manifestación del régimen brevemente esbozado cabe mencionar, por ejemplo, una declaración hecha en 1954 por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Un tribunal militar chino había impuesto penas de prisión a un grupo de aviadores estadounidenses capturados en Manchuria y acusados de espionaje. Los Estados Unidos formularon una protesta por la adopción de esa medida presuntamente ilícita, afirmando que tales personas eran miembros de las fuerzas de las Naciones Unidas que participaban en operaciones militares en Corea y zonas adyacentes, y el Senado de los Estados Unidos propuso un bloqueo de toda la costa china con o sin el consentimiento de las Naciones Unidas. El Gobierno estadounidense, sin embargo, rechazó la idea y recordó que los Estados Unidos estaban obligados, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, «a tratar de solucionar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro la paz internacional» ... «*nuestra obligación es, ante todo, agotar los medios pacíficos** a nuestra disposición para hacer valer nuestros derechos internacionales y los de nuestros ciudadanos en vez de recurrir a una acción bélica como el bloqueo naval y aéreo de la China roja»[87].

*b*) Un ejemplo interesante es el de la llamada «guerra del bacalao» entre Islandia y el Reino Unido[88]. En agosto de 1971, Islandia amplió su zona exclusiva de pesca de 12 a 50 millas y notificó al Reino Unido su posición con respecto a la denuncia del tratado concluido luego de varios canjes de notas en 1961. El Reino Unido manifestó inmediatamente que tal ampliación era internacionalmente ilícita y, tras varios canjes de notas con la otra parte, que resultaron infructuosos, presentó, con la República Federal de Alemania, una solicitud a la CIJ acompañada de una petición de medidas provisionales. Como es bien sabido, la Corte, pese a la incomparecencia de Islandia, procedió a dictar medidas cautelares y, en particular, decretó que el límite de las 12 millas debía seguir en vigor hasta que fallase definitivamente. Islandia se negó a cumplir esa resolución e impugnó la competencia de la Corte. Sólo entonces, y tras el *resultado negativo de nuevos canjes de notas con la otra parte*, el Reino Unido inició operaciones navales. Posteriormente ambos Estados llegaron a una solución temporal sobre los derechos de pesca dentro de la zona de 50 millas de Islandia. Pero el Reino Unido demostró con bastante claridad su voluntad de respetar los principios de que se trata (negociación, conminación y recurso a los medios de solución disponibles).

*c*) Igualmente significativa es la conocida posición adoptada por la CIJ en el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* con respecto a la tentativa militar realizada por los Estados Uni-

[86] Véanse párrs. 25 y 26 *supra*.

[87] *Keesing's... 1952-1954*, vol. IX, págs. 13927 y 13928. Los Estados Unidos sometieron el asunto a la Asamblea General de las Naciones Unidas, que aprobó una resolución por la que se encomendaba al Secretario General que tratara de obtener la liberación de los aviadores [resolución 906 (IX)]. Como se ha señalado en el párrafo 12 *supra*, durante el período de la guerra fría hubo a menudo casos en que el recurso a procedimientos de solución contribuyó a evitar la adopción de medidas unilaterales. Véase asimismo Gianelli, *op. cit.*, cap. IV, secc. II, párrs. 9 a 11 *c*.

[88] Por lo que respecta a los numerosos episodios de esta «guerra», véase *Keesing's... 1957-1958*, vol. XI, págs. 12760, 15251 y 16478 a 16480; *Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, págs. 17314 y 17476; *Keesing's... 1961-1962*, vol. XIII, pág. 18109; *Keesing's... 1971-1972*, vol. XVIII, págs. 25234 a 25236; *Keesing's... 1973*, vol. XIX, págs. 25869 a 25877, 26028 a 26032 y 26237 a 26239; y *Keesing's... 1976*, vol. XXII, págs. 27511 a 27515, 27637 a 27639 y 27824 a 27825.

dos para rescatar los rehenes. La Corte desaprobó la operación por ser contraria a su providencia anterior (de «que no se adoptase ninguna medida que pudiera agravar la tensión entre ambos países») y principalmente porque «una operación emprendida en esas circunstancias, sean cuales sean los motivos, puede redundar en perjuicio del respeto de la solución judicial en las relaciones internacionales»[89]. En este caso, es especialmente significativo que, a pesar del carácter militar de la operación, la Corte estimó necesario no hacer hincapié en que la medida podía considerarse una violación de la prohibición del uso de la fuerza armada sino en el hecho de que el recurso a esa medida no estaba en conformidad con la obligación del Estado de no poner en peligro el resultado de un procedimiento de solución a que el Estado lesionado mismo se había sometido.

36. No obstante, existen varios casos en que, por el contrario, el requisito del recurso previo a un procedimiento de solución —y de la abstención de ejercer represalias hasta la conclusión de ese procedimiento— no se ha cumplido. Se trata de casos relativos a medidas que no era probable que repercutiesen gravemente en las posiciones respectivas del Estado lesionado y el Estado infractor ni en el mantenimiento de la paz.

37. Son ejemplos típicos a este respecto las medidas que implican el bloqueo de los activos patrimoniales del presunto infractor o de sus nacionales. Por ejemplo, los Estados Unidos de América recurrieron muchas veces al bloqueo de los depósitos bancarios contra los Estados que habían nacionalizado activos de nacionales estadounidenses sin indemnización. Tales medidas no estuvieron precedidas de ningún intento de lograr una solución amistosa del litigio[90]. Otro ejemplo es el relativo a las medidas británicas y francesas de bloqueo adoptadas sin ninguna tentativa previa de solución pacífica en respuesta a la nacionalización por Egipto de la Compañía del Canal de Suez, en 1956, y a otras medidas concernientes a nacionales franceses y británicos[91]. Un caso análogo es el relativo a la expropiación de los bienes británicos efectuada por Libia en 1971 como reacción al hecho presuntamente ilícito cometido por el Reino Unido al retirarse de varias islas del golfo Pérsico y permitir así su ocupación por el Irán. La medida libia fue adoptada sin *ningún contacto o comunicación previos*[92]. También conviene señalar el bloqueo de los bienes y depósitos iraníes a raíz de la toma de rehenes estadounidenses en Teherán, en 1979, medidas que fueron adoptadas *antes* de la solicitud a la CIJ y *al mismo tiempo* que los intentos de negociación y la petición de que se reuniese el Consejo de Seguridad. Es bien sabido que la Corte no manifestó, con respecto a esa manera de proceder, la desaprobación que expresó en lo referente a la operación de rescate llevada a cabo después por los Estados Unidos. De ese modo, la CIJ indicó claramente que tales medidas no eran condenables en el contexto en que habían sido adoptadas[93].

38. Aunque las medidas examinadas en el párrafo 37 *supra* se adoptan muchas veces sin ninguna tentativa previa de arreglo, hay sin embargo casos, incluso en relación con medidas que aparentemente no pueden poner en peligro el mantenimiento de la paz, en que las partes consideran necesario tomar algunas disposiciones en favor de una solución pacífica. En 1948, por ejemplo, Yugoslavia expresó su más firme protesta contra el bloqueo de activos yugoslavos impuesto por los Estados Unidos como reacción a la expropiación de activos de los Estados Unidos en Yugoslavia. El Estado presuntamente infractor exigió la revocación incondicional de la medida adoptada por los Estados Unidos, pues el desbloqueo de esos activos patrimoniales constituía, según Yugoslavia, una *condición indispensable para la continuación de las negociaciones* (que se habían iniciado ya) *sobre la reparación debida a los nacionales de los Estados Unidos que habían sido privados de sus bienes*. El Gobierno yugoslavo amenazó con que, si no se procedía al desbloqueo, sometería el asunto a las Naciones Unidas o la CIJ[94]. A raíz de la explosión nuclear francesa en el desierto argelino, en 1960, Ghana procedió al bloqueo de los activos patrimoniales franceses en su territorio. Pero, antes de hacerlo, el Gobierno de Ghana había *protestado repetidamente* ante el Gobierno francés y había *llevado la cuestión ante la Asamblea General de las Naciones Unidas*, que aprobó una resolución en la que pedía la cesación de los ensayos nucleares[95]. Igualmente interesantes son los conocidos casos de medidas adoptadas por Estados no afectados materialmente por la infracción de obligaciones *erga omnes* durante el último decenio. Se trata de las medidas adoptadas por los Estados miembros de la Comunidad Europea contra el Irán durante la crisis de los rehenes; por esos mismos Estados y los Estados Unidos contra la Unión Soviética a raíz de la intervención de esta última en Afganistán; por miembros del Commonwealth Británico y la Comunidad Europea y los Estados Unidos contra la Argentina durante el conflicto de las Malvinas (Falkland); y por algunos Estados de la OTAN y el Japón contra la Unión Soviética a raíz de la tragedia de un avión coreano[96].

39. Aunque esos casos concernían a medidas de poca gravedad (retorsión o suspensión de la aplicación de determinadas obligaciones convencionales), los Estados que las adoptaron, aun sin recurrir a procedimientos de

[89] *C.I.J. Recueil 1980* (véase nota 37 *supra*), pág. 43, párr. 93. El magistrado Lachs, en su opinión individual, se mostró más resuelto:

«[...] un demandante no puede, *después de haber promovido el proceso**, adoptar medidas unilaterales, *militares o de otro carácter**, como si el procedimiento no estuviera pendiente» (*ibid.*, pág. 48).

Conviene señalar, sin embargo, que los Estados Unidos recurrieron a la acción armada como *ultima ratio*, después del fracaso de los diversos intentos pacíficos realizados previamente (véase párr. 13 *supra*).

[90] A este respecto, véase párr. 16 *supra*.

[91] Whiteman, *op. cit.*, vol. 12, págs. 320 y 321.

[92] Véase párr. 16 *supra*.

[93] *C.I.J. Recueil 1980* (véase nota 37 *supra*), págs. 16, 28, 43 y 44.

[94] *Keesing's... 1946-1948*, vol. VI, pág. 9097, y *Keesing's... 1948-1950*, vol. VII, pág. 9416. No obstante, los Estados Unidos se mantuvieron firmes en su postura y, finalmente, se llegó a un acuerdo sobre la reparación debida por las expropiaciones y el desbloqueo de los activos «congelados».

[95] Resolución 1379 (XIV) de la Asamblea General. Véase asimismo *Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, pág. 17280.

[96] Algunos de esos casos pueden considerarse ejemplos de crímenes internacionales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la primera parte del proyecto (para el texto, véase nota 8 *supra*). Se volverá a hacer referencia a esta práctica al tratar de las consecuencias de los crímenes.

solución propiamente dichos, no descuidaron a menudo someter la cuestión a organismos internacionales con objeto de tratar de llegar a una solución de carácter diplomático. En el asunto de los rehenes[97], así como en los del Afganistán[98] y la guerra de las Malvinas (Falkland)[99], hubo uno o varios pronunciamientos del Consejo de Seguridad y la Asamblea General. En el asunto del avión coreano, la resolución del Consejo fue vetada por la Unión Soviética.

40. La posición contraria —según la cual ni siquiera las obligaciones vigentes sobre el arreglo de controversias tienen, en derecho internacional general, efectos restrictivos en lo que concierne a la facultad del Estado lesionado de adoptar medidas unilaterales o de autotutela— parece desprenderse con bastante claridad del laudo dictado en 1978 en el asunto del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*. Con arreglo a la postura francesa, las medidas unilaterales adoptadas por los Estados Unidos de América

> [...] sólo hubieran tenido cabida [tanto según la teoría de las represalias como según el derecho de los tratados] si el Estado lesionado no hubiera dispuesto de otros medios para velar por la observancia [de sus derechos conculcados por un hecho internacionalmente ilícito][100].

Los Estados Unidos mantuvieron que el argumento francés sólo era válido respecto de las represalias *armadas*; en cualquier otro caso

> constituiría una desviación radical del estado actual del derecho internacional consuetudinario y [...] difícilmente podría ser aceptado hasta que los órganos jurisdiccionales internacionales hubieran evolucionado a tal punto que existieran tribunales con potestad para decretar directamente medidas cautelares[101].

En suma, los Estados Unidos

> no aceptan la afirmación de que la parte lesionada debe aplazar la adopción de cualquier medida hasta la conclusión del arbitraje. Esa afirmación no halla ningún apoyo en la teoría de las represalias que no implican el uso de la fuerza [...] ni tampoco en la doctrina sobre el derecho de los tratados[102].

El tribunal arbitral, por su parte, se basó en el supuesto de que:

> En el estado actual del derecho internacional, y dentro de los límites derivados de obligaciones especiales dimanantes de tratados particulares [...] [un] Estado tiene derecho, dentro de las normas generales de derecho internacional relativas al uso de la fuerza armada, a hacer valer su derecho por medio de «contramedidas»[103].

El tribunal concluyó, en particular, que: *a*) «no es posible [ante una *mera obligación de negociar*] la aplicación de contramedidas durante las negociaciones, especialmente cuando tales contramedidas van acompañadas del ofrecimiento de un procedimiento que abra la posibilidad de acelerar la solución de la controversia»[104]; *b*) ninguna norma de derecho internacional general prohibía la adopción de medidas unilaterales en los casos en que «existe un mecanismo arbitral o judicial que puede resolver la controversia». *Solamente «si el procedimiento se inserta en un marco institucional que proporcione cierta garantía de ejecución de las obligaciones**, la justificación de las contramedidas sin duda desaparecerá, pero más bien *a causa de la existencia de ese marco** que por el mero hecho de la existencia misma del procedimiento arbitral o judicial»[105]; *c*) en los casos en que sea necesario un acuerdo especial (compromiso arbitral) entre las partes para iniciar un procedimiento de arbitraje, «es preciso reconocer que según el derecho internacional actual los Estados no han renunciado a su derecho a adoptar contramedidas... [T]al vez esta solución sea preferible puesto que les permite aceptar más fácilmente el recurso a los procedimientos de solución arbitral o judicial»[106]; *d*) cuando el órgano jurisdiccional está «en condiciones de intervenir» y en la medida en que posee efectivamente potestad para decretar *medidas cautelares*, hay que reconocer que ello lleva a «la desaparición de la facultad de adoptar contramedidas» y a «la eliminación de las contramedidas existentes en la medida en que el tribunal así lo disponga como medida cautelar»[107]. El tribunal añadió: «No obstante, como el objeto y el alcance de la potestad del tribunal de resolver sobre la aplicación de medidas cautelares pueden estar muy estrictamente definidos, la facultad de las Partes de adoptar o mantener contramedidas puede asimismo no desaparecer completamente»[108].

## E.—Conclusión

41. La incertidumbre acerca del estado de la práctica y la jurisprudencia, unida a la generalidad y, frecuentemente, la vaguedad de los términos de los tratados, no permite extraer fácilmente conclusiones sobre la repercusión real exacta de las obligaciones de solución pacífica de las controversias en la facultad de los Estados de recurrir a las represalias. No obstante, la práctica permite hacer las siguientes deducciones *de lege lata*:

*a*) En primer lugar, el Estado lesionado debe abstenerse de adoptar medidas unilaterales que puedan poner en peligro una solución amistosa mientras no aparezca claramente que los medios de solución distintos de la negociación de que dispone[109] no han dado lugar o no pueden dar lugar a resultados concretos;

*b*) En segundo lugar, siempre que un procedimiento de solución conducente a una decisión obligatoria se halle pendiente ante un organismo internacional, el Estado lesionado deberá abstenerse de adoptar cualquier medida

---

[97] Resolución 457 (1979) del Consejo de Seguridad, de 4 de diciembre de1979.

[98] Resolución ES-6/2 de la Asamblea General.

[99] Resolución 502 (1982) de 3 de abril de 1982 y resolución 505 (1982) de 26 de mayo de 1982 del Consejo de Seguridad.

[100] Véase *Accord relatif aux services aériens* (nota 34 *supra*), pág. 466, párr. 17.

[101] *Ibid.*, párr. 18.

[102] Nash, *op. cit.*, pág. 774.

[103] Véase *Accord relatif aux services aériens* (nota 34 *supra*), pág. 483, párr. 81.

[104] *Ibid.*, pág. 485, párr. 91.

[105] *Ibid.*, párr. 94.

[106] *Ibid.*, párr. 95.

[107] *Ibid.*, párr. 96.

[108] *Ibid.*

[109] Los medios a que se hace referencia son, por supuesto, la investigación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación, el recurso a los organismos internacionales, el arbitraje o el arreglo judicial, etc.

unilateral distinta de las medidas cautelares hasta que ese organismo haya adoptado su decisión y que el Estado infractor no la haya cumplido. En los casos en que el órgano internacional de que se trate esté facultado para indicar o decretar medidas cautelares, el Estado lesionado deberá abstenerse de adoptar unilateralmente tales medidas hasta que el órgano haya resuelto sobre su petición en tal sentido;

*c*) Es dudoso, en cambio, que el Estado lesionado deba abstenerse también de adoptar medidas unilaterales porque está jurídicamente facultado para recurrir unilateralmente a un procedimiento de solución (obligatoria o no obligatoria) por intervención dirimente de un tercero.

42. Ahora cabe volver a examinar lo que el anterior Relator Especial y la Comisión opinaron o propusieron con respecto a esta materia.

43. De conformidad con el proyecto de artículo 10 de la segunda parte propuesto por el anterior Relator Especial[110], sería ilícito que el Estado lesionado recurriese a las represalias (como algo distinto de la reciprocidad) «hasta que no haya agotado los procedimientos internacionales de solución pacífica de la controversia a que pueda recurrir». De esta prohibición excluía «las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado dentro del ámbito de su jurisdicción hasta que una corte internacional de justicia o un tribunal internacional de arbitraje competente haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas cautelares en virtud del procedimiento internacional aplicable para la solución pacífica de la controversia» (párr. 2 *a*), así como «las medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado acusado de haber cometido el hecho internacionalmente ilícito no da cumplimiento a una medida cautelar decretada por esa corte internacional de justicia o ese tribunal internacional de arbitraje» (párr. 2 *b*). Así pues, el anterior Relator Especial aceptó la postura adoptada por el tribunal que conoció del asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos*, al admitir las medidas que facilitan la sumisión efectiva de la controversia a un medio de solución por intervención de terceros[111].

44. Las reacciones de la Comisión al proyecto de artículo 10 propuesto fueron diversas. Algunos miembros eran partidarios de excluir el requisito del procedimiento de solución para favorecer la función preventiva de las represalias[112], otros se manifestaron de acuerdo con la posición del anterior Relator Especial[113] y otros aún estimaron que esa posición era demasiado favorable al Estado «autor» (dado que el resultado del procedimiento no era necesariamente vinculante)[114]. Algunos miembros opinaron que las disposiciones del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos jurídicos contemporáneos establecían en todos los casos la obligación de recurrir previamente a los medios de solución. Estimaban, además, que había que añadir una referencia expresa a la competencia del Consejo de Seguridad[115]. Por último, varios miembros opinaron que era indispensable introducir una mayor precisión para especificar el tipo de obligaciones de solución que eran pertinentes en relación con el artículo[116].

45. La Comisión, teniendo en cuenta el anterior análisis de la práctica, quizás se incline a dar una formulación más clara a la disposición correspondiente. El actual Relator Especial es favorable a esa solución. A su juicio, los elementos que habría que tener en cuenta a este respecto son:

*a*) la «intensidad» de la obligación de solución pertinente y el grado de disponibilidad del procedimiento previsto;

*b*) el grado de eficacia de ese procedimiento; y

*c*) la naturaleza y la función objetiva de la medida prevista.

46. Por lo que respecta al primer elemento, el grado más alto de intensidad de una obligación de solución pacífica se alcanza por supuesto cuando el procedimiento ha sido concebido para ser incoado, si fuere necesario, mediante la mera solicitud unilateral de la parte presuntamente lesionada. Así ocurre con los procedimientos institucionales disponibles en virtud de instrumentos jurídicos de carácter general o en virtud del efecto conjunto de tales instrumentos y otros instrumentos jurídicos bilaterales o multilaterales. El primer supuesto es el del procedimiento de mediación/conciliación del Consejo de Seguridad o la Asamblea General, regido por los Artículos 35 a 38 de la Carta de las Naciones Unidas. El segundo supuesto es el del arreglo judicial por la CIJ en virtud de las normas generales enunciadas en el Estatuto de la Corte en conjunción con los acuerdos (cláusulas compromisorias o tratados generales) que ofrecen la posibilidad de solicitud unilateral o con las declaraciones hechas en virtud de la llamada cláusula facultativa. En lo que se refiere al arreglo judicial hay que recordar asimismo las posibilidades de iniciativa unilateral existentes en virtud de las disposiciones del Estatuto de la CIJ que definen las funciones accesorias de la Corte, como las que le confieren la *competencia de la competencia* (Art. 36, párr. 6), la facultad de decretar medidas cautelares (Art. 41), etc. Una tercera posibilidad de iniciativa unilateral es la representada por los casos poco frecuentes en

[110] Véase nota 46 *supra*.

[111] Véase el cuarto informe [*Anuario... 1983*, vol. II (primera parte) (nota 51 *supra*), párrs. 104 y ss.]. Riphagen mencionó también en apoyo del proyecto de artículo 5 la resolución del Instituto de Derecho Internacional (véase nota 5 *supra*). Véase también el comentario relativo al proyecto de artículo 10 en el sexto informe [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) (nota 11 *supra*), pág. 12].

[112] Barboza (*Anuario... 1983*, vol. I. 1778.ª sesión, párr. 2).

[113] McCaffrey (*ibid.*, 1779.ª sesión, párr. 36); Lacleta Muñoz (*Anuario... 1985*, vol. I, 1899.ª sesión, párr. 27), que estableció un vínculo entre las partes segunda y tercera del proyecto, condicionado al establecimiento de un procedimiento eficaz de solución; Jagota (*ibid.*, 1901.ª sesión, párr. 10), que recomendó que el artículo hiciera referencia expresa a la eficacia de los procedimientos de solución.

[114] Flitan (*ibid.*, 1893.ª sesión, párr. 8). Este miembro de la Comisión opinó que, según el Relator Especial, el hecho de que el procedimiento obligatorio de solución por intervención de un tercero no preveía una decisión definitiva y obligatoria de ese tercero no eliminaba el carácter obligatorio del procedimiento mismo, cosa que no se desprendía en absoluto de los términos del artículo 10. De lo que se trataba en este caso era de determinar por qué se había de mantener el carácter obligatorio del procedimiento mismo. Mahiou (*ibid.*, 1897.ª sesión, párr. 13) propuso que se autorizasen las medidas cuyo objeto era acelerar la solución de las controversias.

[115] Díaz González (*ibid.*, párr. 47).

[116] Arangio-Ruiz (*ibid.*, 1900.ª sesión, párr. 19).

que la obligación de recurrir al arbitraje va acompañada de mecanismos destinados a lograr que el procedimiento arbitral —en defecto del normalmente indispensable compromiso— se inicie mediante una demanda interpuesta por una de las partes ante un órgano permanente, para que éste constituya el tribunal. En esos casos también es posible pedir al tribunal arbitral, una vez constituido, que indique o decrete medidas cautelares. Por último, los instrumentos constitutivos de diversos organismos internacionales establecen procedimientos de solución o cuasi solución que pueden ser incoados mediante un acto unilateral[117].

47. El segundo elemento —la eficacia del procedimiento— se halla presente en alto grado en todos los procedimientos de solución por intervención de un «tercero» conducentes a una decisión obligatoria. Así ocurre, por supuesto, con el arbitraje o el arreglo judicial, que en el segundo caso no incluye y en el primero sólo muy raramente la posibilidad de dictar medidas cautelares con fuerza de obligar. Un grado más bajo de eficacia es, evidentemente, el de los múltiples y diversos procedimientos de mediación o conciliación, entre los cuales los más conspicuos (aunque no los más utilizados) son los que se sustancian ante los dos principales órganos políticos de las Naciones Unidas. El grado de eficacia de los procedimientos tradicionales, como los buenos oficios y la mediación, las investigaciones *ad hoc* y los distintos sistemas regionales de solución de controversias, es diverso. Son corrientes, aunque no siempre muy eficaces, los procedimientos de solución o cuasi solución de controversias aplicados en el marco de los organismos internacionales especializados de ámbito universal o regional[118].

48. En cuanto al tercer elemento —la naturaleza y la función objetiva de la medida prevista— debe tenerse en cuenta en dos aspectos por lo menos:

*a*) En primer lugar, las contramedidas que por su naturaleza e importancia probablemente pondrían en peligro una solución justa deben ser inadmisibles mientras se disponga de procedimientos de solución o cuasi solución amistosa, a pesar de su escaso grado de eficacia. También inadmisibles serían, en todo caso, las medidas que estuvieran en contradicción con la obligación general de no poner en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas;

*b*) En segundo lugar, habría que conceder una atención especial a las medidas que, por su *naturaleza y función*, son calificadas de «medidas cautelares», es decir, medidas destinadas a proteger al Estado lesionado contra el riesgo de no obtener reparación (en sentido lato) o —cuando no ha cesado todavía un hecho ilícito de carácter continuado— a impedir la continuación del comportamiento ilícito[119]. La adopción de tales medidas no estaría en contradicción con el requisito del «agotamiento previo de los procedimientos de solución disponibles», por lo menos hasta que un órgano internacional haya resuelto en virtud de un procedimiento de solución aplicable sobre la admisibilidad y el contenido de las medidas cautelares[120].

49. La cuestión de los efectos del cumplimiento de las obligaciones de solución pacífica en lo que concierne a la licitud de las represalias guarda evidentemente cierta relación con las disposiciones sobre solución de controversias que han de adoptarse —como cláusulas compromisorias— en el marco de la tercera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Por lo que respecta al contenido de esas disposiciones, es preciso reconocer que habrá que hacer frente a una importante dificultad habida cuenta del ámbito «naturalmente» muy extenso que han de abarcar las cláusulas compromisorias que finalmente se incluyan en una convención de codificación sobre la responsabilidad de los Estados. A nadie se le oculta que una convención de esta índole abarcará *cualquier materia* que pueda ser objeto de una presunta violación de una obligación internacional. Es probable, pues, que los Estados se muestren más reacios en principio a contraer obligaciones de gran alcance en materia de solución de litigios por intervención de terceros que en el caso de cualquier otra esfera *determinada* del derecho de gentes que haya sido codificada hasta ahora. El hecho de que cualesquiera obligaciones de solución que establezca la tercera parte limitará evidentemente la esfera en que la

[117] Véase, por ejemplo, el asunto del *Incidente aéreo de 3 de julio de 1988* (*República Islámica del Irán* c. *Estados Unidos de América*), que todavía está ante la CIJ. La República Islámica del Irán sometió este asunto a la Corte basándose sobre todo en el artículo 84 del Convenio de Aviación Civil Internacional, por el que se crea la OACI. Este artículo dispone lo siguiente:

«Si surge un desacuerdo entre dos o más Estados contratantes sobre la interpretación o la aplicación del presente Convenio y de sus Anexos que no pueda ser solucionado mediante negociaciones, el Consejo decidirá a petición de cualquier Estado afectado en el desacuerdo. Ningún miembro del Consejo podrá votar durante las deliberaciones de éste cuando se trate de una controversia en la que dicho miembro sea parte. Todo Estado contratante podrá, a reserva de lo dispuesto en el artículo 85, apelar de la decisión del Consejo, ya sea ante un tribunal de arbitraje especial aceptado por las otras partes en la controversia o ante la Corte Permanente de Justicia Internacional. Toda apelación de esta clase deberá ser notificada al Consejo en el término de sesenta días a partir de la fecha en que se haya recibido la notificación de la decisión del Consejo.»

[118] De los que constituye un ejemplo el asunto mencionado en la nota 117 *supra*.

[119] Véase, a este respecto, párr. 5 *supra*.

[120] Cláusulas restrictivas de carácter «objetivo», como las que se acaban de mencionar —por ejemplo, «medidas que probablemente redunden en perjuicio de una solución justa» o que «probablemente pongan en peligro la paz, la seguridad y la justicia» y «medidas cautelares»—, quizás ofrezcan unos criterios más seguros que las distinciones que se basan en la finalidad subjetivamente perseguida por el Estado lesionado, como la distinción entre medidas coactivas, protectoras y ejecutivas. En realidad, los datos de que se dispone no ofrecen ningún criterio defendible con respecto al grado de pertinencia de las distinciones entre los fines o propósitos —de protección, coacción o ejecución— para la consecución de los cuales el Estado lesionado puede adoptar medidas, a causa de los efectos de las obligaciones de solución pacífica en lo que concierne a la licitud de las medidas unilaterales. En realidad, toda medida puede perseguir dos o más de esos fines al mismo tiempo. No se ha encontrado ningún caso concreto en que la evaluación de la licitud de una medida (en su relación con una obligación de solución de controversias) se haya hecho depender claramente del fin perseguido por el Estado lesionado. Ciertamente, las palabras «medidas cautelares» aparecen en el laudo dictado en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos* (véanse notas 34 y 103 *supra*). Sin embargo, esa expresión se emplea en relación con la decisión del órgano jurisdiccional y no en relación con los actos de la parte lesionada. Se refiere a un acto, fase o fin determinados del procedimiento arbitral. El sentido «objetivo» de las medidas cautelares, tal como se entiende en este informe, se ha examinado ya en el párrafo 5 *supra*.

facultad del Estado presuntamente lesionado de recurrir a las represalias resulta afectada por el requisito del recurso previo a los procedimientos de solución disponibles intensificará por fuerza la poca disposición de los Estados a ampliar sus compromisos en materia de solución de controversias por intervención de terceros o de otro modo. Se hará todo lo posible para tener en cuenta esas dificultades fácilmente previsibles tanto en los artículos pertinentes de la segunda parte como en los de la tercera parte del proyecto.

50. Por otro lado, el mismo factor examinado en el párrafo 49 *supra* pone de relieve la importancia de intentar un desarrollo adecuado del derecho de solución de las controversias en el marco de las partes segunda y tercera del proyecto de artículos. Es preciso lograr que los Estados cobren conciencia de que el derecho de la responsabilidad de los Estados sólo alcanzará un mayor grado de equidad, equilibrio y eficacia, lo que es indispensable, si aceptan importantes mejoras en el campo de los procedimientos de solución amistosa. En realidad, a falta de unas vías de recurso institucionales, las medidas unilaterales o de autotutela seguirán constituyendo por fuerza, durante mucho tiempo, el alma del régimen jurídico de la responsabilidad de los Estados. La efectividad de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito, como la cesación y la reparación, descansará en definitiva en las represalias. Sin embargo, esas consecuencias no sólo deben ser efectivas sino también justas, por lo que, en aras de la justicia, el sistema de las represalias debe atemperarse en esa fase, mediante procedimientos de solución adecuados. Ello redunda en interés de ambas partes. El Estado presuntamente infractor debe encontrar en los procedimientos de solución una garantía contra demandas infundadas o arbitrarias del Estado presuntamente lesionado. Este debe encontrar en los procedimientos de solución una garantía de la pronta cesación del comportamiento ilícito y de una reparación adecuada de sus efectos. Ambas partes están claramente interesadas en que los procedimientos de solución sean lo más idóneos posible, independientemente de la resistencia general e instintiva de todos los Estados a obligarse.

51. Las consideraciones que se hacen en el párrafo 50 *supra* deberían ser tenidas en cuenta muy especialmente por los gobiernos de los Estados cuya debilidad económica, política o militar coloca en situación desventajosa —que constituyen la gran mayoría—, tanto si se encuentran en la posición de Estado presuntamente lesionado como en la de presunto infractor. Por consiguiente, la Comisión no sólo debería hacer lo posible, al tratar el problema de la solución de controversias en las partes segunda y tercera del proyecto, por deducir todo lo que puede deducirse de las obligaciones enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos jurídicos sino también por avanzar con más inventiva hasta el más alto grado posible de desarrollo progresivo. Las tendencias contemporáneas en los ámbitos universal y regional parecen mostrar algunos signos alentadores, aunque modestos[121].

[121] Además de los precedentes expuestos en el párrafo 33 *supra*, quizás sea útil señalar las perspectivas que parecen surgir en el ámbito de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. Véanse, por ejemplo, los principios para el arreglo de controversias y disposiciones de un procedimiento de la CSCE para el arreglo de controversias por medios pacíficos, aprobados en la Reunión de expertos de la CSCE sobre arreglo de controversias por medios pacíficos, celebrada en La Valetta, del 15 de enero al 8 de febrero de 1991 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones*, temas 127 y 131 del programa, documento A/46/335, anexo). Los párrafos 4 (Prevención de las controversias), 5 (Comportamiento de las partes) y 6 (Solución de controversias) son especialmente interesantes:

«4. Los Estados participantes tratarán de prevenir las controversias y de elaborar, utilizar y mejorar mecanismos encaminados a evitar que surjan controversias, incluidos, cuando proceda, arreglos y procedimientos de notificación previa y consulta con respecto a medidas tomadas por un Estado que pudieran afectar de manera significativa los intereses de otro Estado.

»5. Si a pesar de ello surgieran controversias, los Estados participantes velarán particularmente por no permitir que se desarrolle controversia alguna de modo tal que amenace a la paz y a la seguridad internacionales y a la justicia. Adoptarán las medidas adecuadas para tratar sus controversias mientras se llegue a un arreglo. Con este fin, los Estados participantes:

»*a*) se ocuparán de las controversias desde un primer momento;

»*b*) se abstendrán, en el curso de una controversia, de cualquier acción que pueda agravar la situación y hacer más difícil o impedir el arreglo de la controversia por medios pacíficos;

»*c*) intentarán por todos los medios adecuados alcanzar acuerdos que les permitan mantener buenas relaciones entre ellos, inclusive, cuando proceda, la adopción de medidas provisionales que no vayan en perjuicio de las posturas jurídicas que se mantengan en la controversia.

»6. Como se establece en el Acta Final de Helsinki y documentos pertinentes subsiguientes, los Estados participantes procurarán, de buena fe y con espíritu de cooperación, lograr una solución rápida y equitativa de sus controversias sobre la base del derecho internacional, y a este fin se servirán de medios tales como la negociación, la investigación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial u otros medios pacíficos de su elección, incluyendo cualquier procedimiento de arreglo convenido con anterioridad a las controversias en las que sean parte. A tal fin, los Estados participantes interesados, en particular:

»*a*) se consultarán mutuamente lo antes posible;

»*b*) en el caso de que no puedan resolver la controversia entre ellos, tratarán de ponerse de acuerdo sobre un procedimiento de arreglo adecuado a la naturaleza y características de la controversia de que se trate;

»*c*) cuando una controversia se someta a un procedimiento de arreglo convenido entre las partes, solucionarán la controversia mediante dicho procedimiento, a menos que acuerden otra cosa;

»*d*) aceptarán, en el contexto del procedimiento de la CSCE para el arreglo de controversias por medios pacíficos y en el ámbito de su aplicabilidad, la participación obligatoria de un tercero cuando una controversia no pueda resolverse por otros medios pacíficos.»

[Desde un punto de vista más general, véase *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: perspectives d'avenir — Colloque, La Haya, 6-8 de septiembre 1990* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991), que contiene interesantes análisis de la cuestión de la solución pacífica de las controversias internacionales en Europa.]

Otra fuente de inspiración es la declaración del Presidente de la CIJ, Sir Robert Jennings, ante la Asamblea General (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Sesiones Plenarias*, 44.ª sesión). Luego de poner de relieve que la Corte tiene completo el registro de causas pendientes (11 asuntos en ese momento), señaló que la Corte podía desempeñar un papel aún más activo en la solución de las controversias si tanto los Estados como los órganos de las Naciones Unidas recurrieran con más frecuencia a su competencia consultiva. Subrayó que incluso los litigios de carácter sumamente político, como la controversia entre el Iraq y Kuwait antes de la invasión, presentaban aspectos jurídicos, y que un pronunciamiento no vinculante al respecto quizás contribuyese a su resolución por otros medios, tales como la conciliación y la negociación. Esa indicación fue acogida con complacencia por el Secretario General (*ibid.*).

## CAPÍTULO III

## Proyectos de artículos propuestos

52. El texto de los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial es el siguiente:

*Artículo 11.—Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado*

**El Estado lesionado 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 podrá, sin perjuicio de las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos siguientes, abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado.**

*Artículo 12.—Condiciones del recurso a las contramedidas*

**1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, el Estado lesionado no adoptará ninguna medida de la índole indicada en el artículo anterior hasta que:**

***a*) haya agotado 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 en que sea parte; y**

***b*) haya comunicado su intención en la forma y en el momento debidos.**

**2. La condición enunciada en el apartado *a* del párrafo precedente no se aplicará:**

***a*) si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles;**

***b*) a las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado, hasta que un órgano internacional haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas en el marco de un procedimiento de solución por intervención dirimente de un tercero;**

***c*) a cualesquiera medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no da cumplimiento a la medida cautelar dictada por ese órgano.**

**3. Las excepciones enunciadas en el párrafo precedente no se aplicarán en los casos en que la medida prevista no esté en conformidad con la obligación de solucionar las controversias de manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.**

## CAPÍTULO IV

## Proporcionalidad de las contramedidas

53. Como se señaló en el tercer informe[122], la pertinencia del concepto de proporcionalidad en relación con el régimen de las contramedidas es aceptada generalmente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia[123], pero es necesario hacer algunas aclaraciones en lo que se refiere al contenido exacto del principio, su rigor o flexibilidad y los criterios con arreglo a los cuales debe estimarse la proporcionalidad.

54. En lo que concierne al *primer* punto (el contenido), es bastante inusitado que en la práctica de las relaciones interestatales se haga referencia, ya por el Estado que reacciona, ya por el Estado contra el que se adoptan las medidas, a la equivalencia o proporcionalidad en sentido estricto[124]. Habida cuenta de que la función del principio es evitar el posible resultado inicuo del empleo de contramedidas, es comprensible que un concepto rígido de la

[122] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) [véase nota 1 *supra*].

[123] *Ibid.*, párrs. 63 a 68.

[124] Se puede citar tal vez como ejemplo la medida arancelaria adoptada por los Estados Unidos de América en 1987 en relación con los artículos electrónicos japoneses a raíz del presunto incumplimiento por el Japón de

«un acuerdo bilateral de cinco años de duración sobre los precios de los semiconductores (microplaquetas). [...] Esa medida siguió a la aprobación por la Cámara y el Senado de resoluciones unánimes en las que se pedía la adopción de medidas de retorsión por violación del acuerdo. [...] Al anunciar los aranceles [...] el Secretario de Comercio de los Estados Unidos señaló que el Japón era un país "aliado y amigo" y que "nadie en el Gobierno se sentía muy feliz de te-

proporcionalidad haya parecido inadecuado. Son, pues, preferibles las fórmulas «negativas» adoptadas, por ejemplo, en los laudos dictados en el asunto del Naulilaa y en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos*[125]. El anterior Relator Especial parece haberse basado en la misma interpretación del principio al formular el párrafo 2 de su propuesto proyecto de artículo 9 de la segunda parte, según el cual la contramedida «*no deberá ser**, en sus efectos, manifiestamente *desproporcionada** a la gravedad del hecho»[126]. Por otra parte, son muy válidas las dudas expresadas con respecto al empleo del término «manifiestamente» por varios representantes de los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General[127]. Si bien la estimación de la proporcionalidad de una contramedida debe entrañar sin duda el examen de todos los elementos considerados pertinentes en las circunstancias de cada caso, dicho término («manifiestamente») podría tener por efecto introducir un elemento de incertidumbre y subjetividad en la interpretación y aplicación del principio[128]. Expresiones como «que no guarda proporción con» o, simplemente, «desproporcionado a», parecen ser más aceptables[129].

55. El *segundo* punto que ha de examinarse es el que concierne a los criterios de proporcionalidad. Por las mismas razones antes indicadas, a saber, la necesidad de velar por que la adopción de contramedidas no conduzca a resultados inicuos, la proporcionalidad tiene que evaluarse teniendo en cuenta no sólo el elemento meramente «cuantitativo» del daño causado sino también lo que cabe denominar factores «cualitativos», como la importancia del interés protegido por la norma conculcada y la gravedad de la violación[130]. Esto parece estar en consonancia con la posición que se desprende de la resolución de 1934 del Instituto de Derecho Internacional sobre las represalias[131] y, más recientemente, del laudo dictado en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos*[132] y las propuestas hechas por el anterior Relator Especial[133].

56. La posible pertinencia de los objetivos perseguidos por el Estado presuntamente lesionado al recurrir a las contramedidas es otra cuestión. Aunque, como se expuso en el capítulo I del presente informe (párrs. 3 a 5 *supra*), los fines —o más bien las funciones— de un acto de represalia pueden ser pertinentes para decidir si, y hasta qué punto, la medida es lícita, se trata de una cuestión diferente de la de la proporcionalidad. La proporcionalidad, aunque no se entienda en un sentido estrictamente «cuantitativo», es en todo caso una relación entre los dos males representados por la violación y la reacción a la violación. Por consiguiente, no debe medirse con arreglo a la aptitud de la reacción para alcanzar un fin determinado.

---

ner que adoptar esa medida". El Japón manifestó que impugnaría la imposición de los aranceles en virtud de las reglas del [Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio]. [...].» (*Keesing's... 1987*, vol. 33, pág. 35331.)

El 8 de junio de 1987, el Presidente Reagan anunció una reducción del valor de las mercancías afectadas por la medida de 51 millones de dólares, «reducción que fue calificada de "*estrictamente proporcional**" al grado en que los fabricantes japoneses habían modificado sus precios de acuerdo con el concepto de "valor normal" aplicado en los Estados Unidos». De una manera más general, el sistema del GATT parece proporcionar una evaluación rígida de la proporcionalidad de las medidas y contramedidas. Véase, a este respecto, Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, cap. III. Los casos en que los Estados parecen aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto son aquellos en los que adoptan las llamadas «medidas de reciprocidad» [véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (nota 1 *supra*), párrs. 28 a 32]. Sin embargo, la admisibilidad en esos casos no sólo de «medidas de reciprocidad» sino también de medidas «no estrictamente proporcionales» (equivalentes) al hecho ilícito, y —como se señaló en los capítulos I y II *supra*— el que no haya desde el punto de vista de los efectos de las obligaciones de solución pacífica de las controversias, en cuanto al requisito de una demanda previa de reparación o de intimación previa, diferencia alguna entre las «medidas de reciprocidad», por una parte, y las medidas «no estrictamente proporcionales», por otra, llevan al Relator Especial a sumarse al sector de la doctrina que considera que las «medidas de reciprocidad» no son distintas de otras formas de contramedidas y están sujetas a las mismas condiciones y limitaciones (*ibid.*, párr. 31).

[125] Según el laudo dictado en el asunto del Naulilaa,

«[...] ciertamente se deberían considerar excesivas y por tanto ilícitas las represalias *totalmente desproporcionadas** en relación con el acto que las motivó» [*Colonies portugaises* (véase nota 24 *supra*), pág. 1028].

En el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos* (véase nota 34 *supra*), los árbitros sostuvieron en su laudo que las medidas de los Estados Unidos eran conformes al principio de proporcionalidad porque «*no parecen ser claramente desproporcionadas cuando se comparan con las tomadas por Francia**» (pág. 444, párr. 883). En la Comisión, Calero Rodrigues se declaró resueltamente partidario de la inclusión en los proyectos de artículos relativos a las contramedidas del requisito de la proporcionalidad formulado «en forma negativa» (*Anuario... 1982*, vol. I, 1733.ª sesión, párr. 36).

[126] Sexto informe [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) (véase nota 11 *supra*)], págs. 11 y 12, párrafo 2 del proyecto de artículo 9 y su comentario correspondiente.

[127] Véanse, en particular, las intervenciones de los representantes de Francia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 38.ª sesión, párr. 14), Grecia (*ibid.*, 40.ª sesión, párr. 45), Finlandia (*ibid.*, 45.ª sesión, párr. 5), Argelia (*ibid.*, 48.ª sesión, párr. 32) y Marruecos (*ibid.*, 50.ª sesión, párr. 34).

[128] Lo mismo cabe decir de la expresión «hors de toute proportion» [«totalmente desproporcionadas»], utilizada en el laudo dictado en el asunto del Naulilaa, y la fórmula «*clearly** disproportionate» [«*claramente** desproporcionadas»], empleada en el laudo dictado en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos* (véase nota 125 *supra*).

[129] El apartado *b* del párrafo 1 del artículo 905 del *Restatement of the Law Third* (véase nota 39 *supra*) abunda en el mismo sentido cuando establece que el Estado lesionado

«puede recurrir a contramedidas que en otro caso serían ilegítimas si esas medidas [...] *b*) no son desproporcionadas a la violación y el daño sufrido».

[130] El Relator Especial coincide, en esa interpretación, con la opinión de Riphagen, según la cual la proporcionalidad «cuantitativa» y la «cualitativa» no serían disociables [véase el informe preliminar (*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 134 y 135, documento A/CN.4/330, párrs. 94 y 95)].

[131] Según el párrafo 2 del artículo 6 de la resolución (véase nota 5 *supra*), el Estado agente debe «emplear una presión proporcional a la gravedad del acto denunciado como ilícito y a la importancia del daño sufrido» (pág. 710).

[132] Véase nota 34 *supra*. En dicho laudo, los árbitros sostuvieron que «es fundamental, en un litigio entre Estados, tener en cuenta *no sólo los perjuicios sufridos** por las empresas interesadas, sino también la *importancia de las cuestiones de principio** que plantea la violación alegada» (pág. 443).

[133] Según el párrafo 2 del proyecto de artículo 9 propuesto por Riphagen (véase nota 126 *supra*):

«2. El ejercicio [del derecho a recurrir a las represalias] por el Estado lesionado no deberá ser, *en sus efectos**, manifiestamente desproporcionado *a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito** cometido.»

## CAPÍTULO V

# Contramedidas prohibidas

57. El tercer informe resumía las cuestiones principales que se derivan, en relación con las contramedidas, de: *a*) la prohibición del uso de la fuerza; *b*) el respeto de los derechos humanos; *c*) el derecho diplomático; y *d*) las normas imperativas y *erga omnes*[134]. Aunque algunas de las cuestiones que se plantean en relación con los temas *a*, *b* o *c* se rigen por normas imperativas o *erga omnes*, es preferible seguir examinándolas por separado habida cuenta de la importancia que han adquirido especialmente en esta época la prohibición del uso de la fuerza y la protección de los derechos humanos.

### A.—Las contramedidas y la prohibición del uso de la fuerza

58. El Relator Especial, aunque no está plenamente convencido de que la prohibición del uso de la fuerza enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas haya adquirido verdaderamente el rango de norma de derecho internacional general, considera indispensable dar por sentado —de conformidad con los pronunciamientos de la CIJ y la opinión prácticamente unánime de los tratadistas[135]— que reviste tal carácter. De no ser así, esa regla general tendría que enunciarse en cualquier caso como cuestión de desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad de los Estados.

59. La tendencia a la limitación del recurso a las represalias armadas, que había surgido ya antes del Pacto de la Sociedad de las Naciones y del Pacto Briand-Kellogg, puede considerarse que alcanzó su objetivo, en el plano del derecho convencional, con la entrada en vigor de esos dos tratados «antibélicos». Pese a algunas ambigüedades de las normas aplicables —especialmente del Pacto de la Sociedad de las Naciones—, esos dos tratados pueden interpretarse fundadamente en el sentido de que restringen, en el primer caso, o prohíben, en el segundo, el recurso a «medidas de fuerza, pero sin llegar a la guerra» si no se han agotado previamente los medios pacíficos para obtener reparación[136]. Tal parece ser la interpretación correcta del efecto conjunto de las disposiciones de los dos tratados relativos a la prohibición de la fuerza, por una parte, y la obligación de intentar una solución pacífica, por otra. Esa interpretación de la situación del derecho convencional viene a ser corroborada por la práctica del período de entreguerras. A diferencia del período anterior, los Estados que recurrían a medidas armadas declaraban que actuaban en legítima defensa[137]. Debe señalarse además que el recurso a la guerra fue condenado también, aunque con la denominación diferente de intervención armada, en el hemisferio americano[138], por ejemplo en virtud del Tratado «Saavedra Lamas» de 1933[139].

60. Es bien sabido que mientras el Pacto de la Sociedad de las Naciones limitaba el recurso a la guerra la Carta de las Naciones Unidas lo prohíbe firmemente del todo, salvo en ejercicio del derecho de legítima defensa enunciado en el Artículo 51. La intención de los autores de la Carta era ciertamente condenar —y de hecho condenaron— el uso de la fuerza aunque se recurriera a

---

[134] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (véase nota 1 *supra*), párrs. 96 a 102.

[135] *Ibid.* (especialmente notas 190 a 212).

[136] El Pacto, por supuesto, no se refería explícitamente a la adopción de medidas «sin llegar a la guerra» sino que, más especialmente, condenaba el recurso a la guerra: *a*) antes de haber ensayado uno de los medios pacíficos previstos en el Pacto (arbitraje o arreglo judicial) (Art. 12); *b*) durante los tres meses siguientes a un laudo arbitral, una sentencia de la CPJI o un dictamen del Consejo de la Sociedad de las Naciones *(ibid.)*; *c*) contra el Estado Miembro que se hubiera sometido al laudo arbitral o la decisión de la CPJI (Art. 13); y *d*) contra cualquier Estado que se hubiera conformado con las conclusiones del dictamen unánime del Consejo o del dictamen aprobado por mayoría calificada por la Asamblea (Art. 15). Fuera de esos supuestos —y con la salvedad del discutido efecto de la obligación de respetar y proteger la integridad territorial de todos los miembros (Art. 10)—, la guerra no era ilícita (véase Forlati Picchio, *op. cit.*, págs. 108 y 109, y nota 17). Varios tratadistas, sin embargo, mantenían que la prohibición de la guerra en esos supuestos comprendía la prohibición de las medidas militares «que no supongan el estado de guerra». Véanse, por ejemplo, Brierly, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours... 1936-IV*, pág. 124, y, para una exposición de las distintas opiniones, Brownlie, *op. cit.*, págs. 220 y ss. Esta posición encontró al parecer cierto apoyo en la mencionada opinión del Comité de Juristas consultado por la Sociedad de las Naciones a raíz del asunto Tellini (Janina) (véase nota 23 *supra*), en el que se afirmó que la admisibilidad de las medidas de fuerza que no supongan el estado de guerra estaba condicionada a una decisión del Consejo (a la luz de los Artículos 13 a 15 del Pacto).

Por lo que respecta al Pacto Briand-Kellogg (véanse párr. 25 y nota 65 *supra*), condenaba la guerra y prescribía el arreglo de las controversias por medios pacíficos.

[137] Brownlie, *op. cit.*, págs. 19 y ss.; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, págs. 39 y ss., particularmente pág. 87.

[138] Sobre el paralelismo entre esa evolución *(mutatis mutandis)* y la tendencia antibélica europea, véase, entre otros, Arangio-Ruiz, «The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *Recueil des cours... 1972-III*, págs. 547 y ss.

[139] Véanse párr. 25 y nota 67 *supra*. El artículo I de dicho Tratado disponía:

> «[...] el arreglo de los conflictos o divergencias de cualquier clase que se susciten entre ellas [las Altas Partes Contratantes], no deberá realizarse sino por los medios pacíficos que consagra el derecho internacional»;

mientras que el artículo III establecía:

> «[los Estados Contratantes] no recurrirán en ningún caso a la intervención, sea diplomática o armada».

La Declaración de Principios Americanos, formulada en la Octava Conferencia de los Estados Americanos, celebrada en Lima en 1938, también es muy clara al reiterar la ilicitud de todo empleo de la fuerza, incluidas las represalias armadas. Establece «una vez más» que «Todas las diferencias de carácter internacional deben ser resueltas por medios pacíficos» y que «No es lícito el uso de la fuerza como instrumento de política nacional o internacional» (AJIL, vol. 34, *Suplemento*, N.° 4, octubre de 1940, pág. 201. En español, *Conferencias Internacionales Americanas, Primer Suplemento, 1938-1942*, Washington, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, pág. 98).

ella para la realización del propio derecho[140]. Por consiguiente, no se puede adherir al parecer de que las represalias armadas no están proscritas si no se utilizan contra la integridad o la independencia política de un Estado (o de cualquier manera incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas) sino para el restablecimiento de un derecho del Estado lesionado[141].

61. La prohibición de las contramedidas armadas en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas ha sido objeto de declaraciones expresas de los Estados. La principal es la conocida 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[142], en virtud de la cual la Asamblea General proclamó por unanimidad que «[l]os Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza»[143]. Esta posición viene a ser confirmada implícitamente por la resolución de la Asamblea General sobre la Definición de la agresión[144], que establece que «[n]inguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión». Esta última frase significa que ni siquiera una consideración jurídica como la relativa a la realización o protección del propio derecho justificaría el recurso a una de las medidas mencionadas en el artículo 3 de la Definición[145]. Durante la elaboración de la resolución sobre la Definición de la agresión se intentó, sin éxito, ampliar el concepto de ataque armado —y, por consiguiente, de legítima defensa— para incluir en la excepción la protección de los nacionales en el extranjero, por un lado, y la intervención en favor de la libre determinación de los pueblos dependientes, por otro. Sin embargo, ninguna de esas hipótesis concierne a la protección de los derechos de un Estado por medio de las represalias[146]. La condena de las represalias armadas figura también, bien que indirectamente, en la afirmación que la CIJ hizo en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua* c. *Estados Unidos de América)* de la naturaleza consuetudinaria de las disposiciones de 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 que condenan el uso de la fuerza[147].

62. Una cuestión que, por supuesto, se plantea es la de si la no aplicación de las disposiciones esenciales del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, representadas por los Artículos 42 a 47 de la Carta, puede justificar una interpretación «evolutiva» de la Carta, y de la correspondiente norma general de derecho internacional, con respecto a la proscripción del uso de la fuerza. Se trata de la teoría de que esa persistente laguna justificaría una interpretación en virtud de la cual la prohibición enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta estaría sujeta, no sólo a la excepción prevista en el Artículo 51, sino también a las demás excepciones no establecidas expresamente en esa disposición[148]. Como se verá, sin embargo, esa teoría, se acepte o no, sólo abarcaría los supuestos en que el recurso a la fuerza puede estar justificado por las graves situaciones de urgencia para las que se redactaron los Artículos 42 a 51 de la Carta, y tales situaciones quizá requieran una ampliación del concepto de legítima defensa, no una excepción a la prohibición del recurso a contramedidas armadas contra un hecho internacionalmente ilícito. Así lo demuestra la práctica a que se hace referencia en los párrafos siguientes. Por más que esa práctica afecte aparentemente al concepto de legítima defensa —en el sentido de que lo amplía con objeto de colmar la laguna creada por la aplicación imperfecta del sistema de seguridad colectiva—, no parece que llegue a justificar la idea de que se puede recurrir lícitamente a la fuerza armada a título de represalias[149].

---

[140] Por lo que respecta a las deliberaciones de la Conferencia de San Francisco, véanse Lamberti Zanardi, *op. cit.*, págs. 143 y ss., y Taoka, *The Right of Self-defence in International Law*, págs. 105 y ss.

[141] En cuanto a esta teoría, formulada originariamente por Colbert y, en especial, Stone, véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (nota 1 *supra*), párr. 98 y nota 193.

[142] Véase nota 82 *supra*.

[143] Para un debate sobre la Declaración, véase Rosenstock, «The Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations: A survey», AJIL, 1971, págs. 713 y ss., especialmente pág. 726.

Esa prohibición fue reiterada en la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados, como sigue:

«El deber de todo Estado de abstenerse de la intervención armada, de la subversión, de la ocupación militar o de cualquier otra forma de intervención o injerencia, franca o encubierta, dirigida contra otro Estado o grupo de Estados, así como de todo acto de injerencia militar, política o económica en los asuntos internos de otro Estado, incluidas las represalias que impliquen el uso de la fuerza» (resolución 36/103 de la Asamblea General, anexo, secc. II, apartado *c*).

[144] Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo.

[145] Este artículo enumera las formas de agresión, que pueden resumirse como sigue: la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, el bombardeo, el bloqueo de los puertos o de las costas, el ataque contra las fuerzas armadas de otro Estado, la utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado, sin el consentimiento de éste, la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado, el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado (de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados).

[146] Versan sobre operaciones de rescate de nacionales o personas en peligro u objeto de coacción física o violencia, o de ayuda a los mismos. La misma actitud o tendencia se ha manifestado más recientemente en el marco del Comité Especial para mejorar la eficacia del principio de la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales. En 1987 se aprobó finalmente la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales, según la cual: «No podrá hacerse valer consideración de naturaleza alguna para justificar la amenaza o el uso de la fuerza en violación de la Carta.» (Resolución 42/22 de la Asamblea General, anexo, secc. I, párr. 3.)

[147] *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 99, párr. 188.

[148] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (véase nota 1 *supra*), párr. 98.

[149] Recientemente ha defendido esta posición Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite. — Des contre-mesures à la légitime défense*, págs. 398 y ss.

Según el *Restatement of the Law Third* (véase nota 39 *supra*):

«La amenaza o el uso de la fuerza en respuesta a una violación del derecho internacional están sujetos a las prohibiciones de la

*(Continuación en la página siguiente)*

63. La prohibición de las represalias armadas resulta además del hecho de que los Estados que recurren a la fuerza no intentan demostrar la legitimidad de su comportamiento calificándolo de acto de represalia, sino que invocan el derecho de legítima defensa. Tal fue, por ejemplo, la posición de Francia y el Reino Unido durante la crisis de Suez de 1956[150]. El Reino Unido adoptó una postura similar en 1964 para justificar el bombardeo de una localidad yemenita a raíz de una violación por la República del Yemen del espacio aéreo de la Federación de Arabia Meridional. El Gobierno británico alegó ante el Consejo de Seguridad —que condenó explícitamente esa acción como represalia armada— la excepción de legítima defensa, que fue desestimada por falta de proximidad de la reacción, requisito de actualidad de la agresión[151]. Es interesante señalar que el Reino Unido se abstuvo de vetar la resolución del Consejo y declaró que no tenía nada que objetar al párrafo 1, que establecía que el Consejo de Seguridad condenaba las represalias por ser incompatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, puesto que «la acción [de que se trataba] no era una medida de represalias o retorsión»[152]. Según el representante del Reino Unido:

> Nuestro objetivo en la acción del Fuerte de Harib que, como demostrado previamente, consideramos se atiene al Artículo 51 de la Carta, fue de carácter enteramente defensivo, para impedir nuevos ataques contra la integridad territorial de la Federación de Arabia Meridional y contra sus habitantes[153].

64. En muchos casos parece haberse recurrido a la fuerza armada como reacción a actos de terrorismo. Pese a no darse el requisito de actualidad de la agresión, puesto que en algunos casos la acción fue realizada meses después del ataque o incluso a título de prevención contra ataques futuros, los Estados agentes casi invariablemente invocaron la legítima defensa para justificar sus actos de fuerza. Las incursiones israelíes en Estados vecinos a finales del decenio de 1960 y comienzos del de 1970 han inspirado posturas doctrinales divergentes[154]. Cualesquiera que sean las consideraciones que susciten esos episodios desde otros puntos de vista, en este contexto debe hacerse otra vez hincapié, como en los casos examinados anteriormente en este capítulo, en que la justificación aducida por el Estado agente ante el Consejo de Seguridad —una justificación muy cuestionable desde el punto de vista jurídico— fue el derecho de «legítima defensa», y que la legítima defensa se interpretaba como el derecho a proteger la vida y la seguridad de los nacionales en el país contra los ataques lanzados desde bases situadas en territorio extranjero[155]. Se aplicó el mismo razonamiento a episodios más recientes, como la incursión contra el cuartel general de la OLP en Túnez, de 1985[156]. El Consejo de Seguridad desestimó la eximente de «legítima defensa» y condenó esas acciones calificándolas explícitamente de represalias armadas o,

*(Continuación de la nota 149.)*

amenaza o el uso de la fuerza enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas [...]» (art. 905, párr. 2, pág. 380).

También dispone:

«[...] el Estado víctima de una violación de una obligación internacional cometida por otro Estado podrá recurrir a contramedidas que en otro caso serían ilegítimas si esas medidas *a*) son necesarias para poner término a la violación o impedir una nueva violación o para remediar sus efectos; y *b*) no son desproporcionadas a la violación y el daño sufrido» (*ibid.*).

[150] Ambos gobiernos adoptaron la posición de que como principales usuarios del canal, sus intereses vitales estarían en peligro si quedase interrumpido el libre paso por el mismo. (Véanse las declaraciones pertinentes en *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, undécimo año*, 751.ª sesión, párrs. 46 y 61.) En esa ocasión, los Estados Unidos de América declararon que las circunstancias no permitían hablar de legítima defensa y que se trataba de un ataque armado (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, primer período extraordinario de sesiones de emergencia, Sesiones Plenarias*, 561.ª sesión, párrs. 140 y 150).

[151] Resolución 188 (1964) del Consejo de Seguridad, de 9 de abril de 1964, en la que el Consejo:

«1. *Condena* las represalias por ser incompatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas;

»2. *Deplora* la acción militar británica del 28 de marzo de 1964 en Harib.»

El debate figura reseñado en *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, decimonoveno año*, sesiones 1106.ª a 1111.ª.

Cabe recordar aquí los numerosos casos de violación del espacio aéreo nacional por aeronaves militares pertenecientes a Estados del otro «bloque» que ocurrieron durante los primeros años de la guerra fría. En algunos de esos casos, la aeronave fue derribada. En el conocido caso del U2, por ejemplo, una aeronave militar de los Estados Unidos fue derribada por las fuerzas de la Unión Soviética en 1960. La Unión Soviética sometió el asunto al Consejo de Seguridad (*ibid.*, 860.ª sesión). Los casos de este tipo suscitan algunas dudas en cuanto a su tipificación. Por una parte, la existencia de una violación territorial es clara pero, por otra, es más dudoso si tal violación constituye una verdadera agresión y justifica una reacción armada inmediata. Es importante insistir a este respecto en que los Estados interesados no invocaron el concepto de represalias en apoyo de su reacción armada a la violación de su espacio aéreo sino que alegaron la legítima defensa. Desgraciadamente, en algunos sucesos han estado implicadas también aeronaves civiles (el avión comercial israelí derribado por Bulgaria en 1955; el aterrizaje forzoso —y consiguiente desintegración— de un avión civil libio por Israel en 1973; el avión de Corea del Sur derribado en 1983 por la Unión Soviética). En estos casos, la invocación de la legítima defensa es mucho más discutible. Por lo que respecta a esta práctica, véase Gianelli, *op. cit.*, cap. IV, N.° 10, I, *a* y *c*.

[152] Véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, decimonoveno año*, 1111.ª sesión, párr. 29.

[153] *Ibid.*, párr. 30. En esa ocasión, el representante de los Estados Unidos de América expresó su desaprobación de los actos de provocación y las expediciones de represalia en situaciones como la que se examinaba (*ibid.*, párr. 4).

[154] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (véase nota 1 *supra*), párr. 98.

[155] Véanse la intervención del representante de Israel (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, vigésimo tercer año*, 1407.ª sesión, párr. 215), en relación con algunos sucesos ocurridos en Jordania; las intervenciones del representante de Israel (*ibid.*, 1460.ª sesión, párr. 59, y 1462.ª sesión, párr. 121) concernientes al ataque contra el aeropuerto civil de Beirut; y la carta del representante permanente de Israel ante las Naciones Unidas, de 11 de abril de 1973 (*ibid., vigésimo octavo año, Suplemento de abril, mayo y junio de 1973*, documento S/10912), relativa a la incursión en el Líbano. Véase asimismo *Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas, Suplemento N.° 2*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.64.V.5), pág. 134, párr. 156. Los episodios relativos a acciones israelíes sometidos al Consejo de Seguridad son numerosos y han dado origen a varias resoluciones de condena, formuladas a veces de modo contradictorio, como las resoluciones 101 (1953), 111 (1956), 228 (1966), 265 (1969), 270 (1969), 279 (1970), 280 (1970), 285 (1970), 294 (1971), 313 (1972), 316 (1972), 332 (1973), 347 (1974), 425 (1978) y 509 (1982).

Sobre esta práctica, véase Sicilianos, *op. cit.*, págs. 413 y ss.

[156] Véase la intervención del representante de Israel en el Consejo de Seguridad (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, cuadragésimo año*, 2615.ª sesión), en la que justificó la violación de la soberanía de Túnez en los siguientes términos:

«La OLP tenía en Túnez una base extraterritorial desde la que podía dirigir sus operaciones terroristas. Sólo hemos atacado esa

en términos más generales, de acciones militares[157]. Después del bombardeo de ciertas localidades libias por los Estados Unidos, en 1986, el Gobierno de los Estados Unidos declaró que había actuado al amparo del Artículo 51 de la Carta en respuesta a actos terroristas[158]. Sudáfrica, por su parte, justificó sus incursiones en los territorios de sus vecinos africanos en el decenio de 1980 como reacciones contra actos de terrorismo[159]. Es perfectamente claro que los Estados agentes no intentaron justificar sus acciones violentas como medidas de represalia o contramedidas, sino que prefirieron recurrir a la excepción de legítima defensa, concepto que, a su juicio, era aplicable en el caso de uso de la fuerza para proteger intereses vitales.

65. La tendencia a ampliar el ámbito de la legítima defensa (o sea, de la reacción frente a un ataque armado contra un Estado) merece un análisis más detenido, especialmente en relación con la intervención armada por razones humanitarias cuando existe estado de necesidad. Por lo general, las acciones de esta naturaleza son emprendidas por un Estado para la protección de sus nacionales en situaciones que entrañan un grave peligro para la vida, independientemente del carácter del acto o hecho que haya suscitado el peligro, tanto si se trata del hecho internacionalmente ilícito de un Estado como del comportamiento de particulares que están fuera del control del Estado territorial. La práctica pertinente comprende las acciones que el Reino Unido propuso emprender en el Irán en 1946 y 1951, la intervención belga en el Congo en 1960, la intervención de los Estados Unidos de América en la República Dominicana en 1965, el asunto del *«Mayaguez»* en 1975, la incursión de Israel en Entebbe en 1976, la intervención egipcia en Larnaca en 1978, la tentativa de ataque por sorpresa de los Estados Unidos para rescatar a los rehenes en el Irán en 1980 y las intervenciones de los Estados Unidos en Granada en 1983 y en Panamá en 1989[160]. En esas ocasiones, los Estados agentes alegaron a menudo la legítima defensa como causa de justificación de su acción[161]. En algunos casos invocaron el estado de necesidad[162].

---

base [ ] Túnez sabía muy bien lo que ocurría en esa base extraterritorial, la planificación que en ella se llevaba a cabo, las misiones que se lanzaban desde ella y los objetivos de esas misiones repetidos ataques armados contra mi país y contra civiles inocentes en todo el mundo »

El representante de Israel continuó expresando la preocupación de su Gobierno «por la prevención de futuros crímenes» e indicó además su «objetivo de debilitar y destruir el centro nervioso del terror mundial» *(ibid.)*

[157] En otras ocasiones, el Consejo no pudo aprobar ninguna decisión Para un análisis de las resoluciones del Consejo, véase Sicilianos, *op cit*, págs 413 y ss, que considera que no es posible concluir en favor de cierta admisibilidad, ni siquiera tolerancia, si se dan determinados requisitos, de las represalias armadas en la práctica del Consejo Este tratadista señala que, por el contrario, varios Estados han excluido expresamente la legitimidad de las represalias armadas Véase, por ejemplo, la intervención del representante del Pakistán durante el debate relativo a la incursión israelí en Jordania·

«El Consejo de Seguridad no puede tolerar ninguna represalia militar, y mucho menos un ataque armado en masa de un Estado Miembro a otro, so pretexto de represalia por supuestos actos de terrorismo o sabotaje » (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, vigésimo tercer año*, 1407 ª sesión, parr 61 )

El Paraguay empleó términos análogos en relación con la situación en el Oriente Medio

«No aceptamos la teoría del derecho de ejercer represalias en cuya supuesta virtud un Estado puede arrogarse el derecho de realizar operaciones militares del tipo de las que considera el Consejo, llevadas a cabo en el territorio de otro Estado » (*Ibid*, *vigésimo cuarto año*, 1470 ª sesión, parr 37 )

[158] El bombardeo se efectuó el 15 de abril, después de la explosión de una bomba, el 5 de abril, en una discoteca de Berlín oriental frecuentada principalmente por soldados de los Estados Unidos, que causó muertos y heridos La Embajada de la Jamahiriya Arabe Libia en Berlín supuestamente habría anunciado la acción por anticipado El 27 de diciembre de 1985 se produjeron otros ataques en los aeropuertos de Roma y Viena Los Estados Unidos manifestaron que tenían pruebas de la responsabilidad de Libia y calificaron su acción —dirigida contra bases terroristas— como un caso de legítima defensa totalmente compatible con el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas (carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el representante de los Estados Unidos de América ante las Naciones Unidas (*ibid*, *cuadragésimo primer año, Suplemento de abril, mayo y junio de 1986*, documento S/17990) El Reino Unido adoptó la misma posición, que sin embargo siguió siendo una postura aislada, incluso dentro del grupo occidental (otros países occidentales se limitaron a adoptar medidas de retorsión contra Libia) Durante el debate en el Consejo de Seguridad, varios Estados criticaron vigorosamente la acción de los Estados Unidos [véanse, por ejemplo, las intervenciones del representante de Yugoslavia, el cual «condena categóricamente este ataque armado» (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, cuadragésimo primer año*, 2676 ª sesión), y del de Hungría, según el cual «la sugerencia aislada de que el ataque armado que llevaron a cabo los Estados Unidos fue un acto de legítima defensa no es más que un intento mal concebido para justificar lo ilegítimo e interpretar mal otra norma clara del derecho» (*ibid*, 2677 ª sesión)], mientras que la Asamblea General condenó el ataque en su resolución 41/38 sobre la Declaración de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana relativa al ataque militar aéreo y naval contra la Jamahiriya Arabe Libia Popular y Socialista realizado por el actual Gobierno de los Estados Unidos en abril de 1986 (aprobada por 79 votos contra 28 y 33 abstenciones)

[159] Se hace referencia aquí a varios episodios Las acciones estuvieron dirigidas generalmente contra las bases del Congreso Nacional Africano de Sudáfrica Por lo que respecta a la incursión de Maseru, de 19 de diciembre de 1985, durante la cual nueve personas relacionadas con el Congreso fueron muertas, Sudáfrica declaró ante el Consejo de Seguridad que su acción estaba justificada por «la violencia terrorista proveniente del territorio de Lesotho» (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, cuadragésimo año*, 2639 ª sesión) Cabe señalar asimismo las incursiones en Botswana, Zimbabwe, Zambia (19 de mayo de 1986), Swazilandia (14 de diciembre de 1986), Zambia (25 de abril de 1987), Mozambique (28 de mayo de 1987), Botswana (28 de marzo y 21 de junio de 1988)

[160] Por lo que respecta a esta práctica, véanse Ronzitti, *op cit*, págs 21 y ss, Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, págs 163 y ss, y, más recientemente, Sicilianos, *op cit*, págs 449 y ss Véase, en particular, sobre la intervención belga en el Congo, *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, decimoquinto año*, 879 ª sesión, sobre la acción de los Estados Unidos en la República Dominicana (*ibid*, *vigésimo año*, 1200 ª sesión, parr 19), en cuanto a los demás casos citados, véanse las notas siguientes La protección de nacionales en peligro también fue invocada, junto con la de los intereses vitales, a título de justificación de la intervención británica y francesa en Egipto en 1956 (véase parr 63 *supra*) En el asunto de Granada, la protección de los nacionales fue solo una de las diversas razones invocadas como justificación (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo octavo año*, 2491 ª sesión, parrs 51 a 77) Se prescinde de los casos en que el Estado agente también trató de obtener, de un modo u otro, el consentimiento del Estado territorial (aunque la validez de ese consentimiento es discutible)

[161] Véanse las intervenciones ante el Consejo de Seguridad de los Estados Unidos de América en el asunto de Panamá (*ibid*, *cuadragésimo cuarto año*, 2902 ª sesión) y en el asunto del *«Mayaguez»* (*ibid*, *trigésimo año, Suplemento de abril, mayo y junio de 1975*, documento S/11689, pág 26), de Israel en el asunto de la incursión de Entebbe (*ibid*, *trigésimo primer año*, 1939 ª sesión, parr 111), de los Estados Unidos de América en el asunto de la incursión de Tabas (*ibid*, *trigésimo quinto año, Suplemento de abril, mayo y junio de 1980*, documento S/13908, págs 30 y 31)

[162] Declaración de Bélgica sobre la intervención en el Congo (*ibid*, *decimoquinto año*, 879 ª sesión, parr 151)

66. También ha habido casos de intervención armada para proteger a nacionales del propio Estado territorial. Así parece que ocurrió en los casos de la intervención de los Estados árabes en Palestina en 1948, de la intervención de la India en Bangladesh en 1971, de la intervención de Viet Nam en Camboya en 1978 y de la intervención de la República Unida de Tanzanía en Uganda en 1979[163].

67. La licitud de la intervención armada para proteger a los nacionales que se encuentren en peligro en el extranjero parece generalmente aceptarse no tanto en virtud del Artículo 51 (es decir, como reacción frente a un ataque armado contra un Estado en la persona de sus nacionales o contra nacionales de un aliado del Estado agente)[164] cuanto al amparo de la excepción de legítima defensa tal como se entiende en la práctica de los países anglosajones[165], es decir, la legítima defensa en sentido amplio, que comprende la legítima defensa *stricto sensu* y el estado de necesidad[166]. Del pronunciamiento de la CIJ en el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[167], con referencia a la operación de rescate de los Estados Unidos, cabe inferir cierto apoyo de esta interpretación. Al condenar dicha acción por considerar que parecía ser incompatible con el debido respeto del procedimiento judicial[168], la Corte parece haber aceptado implícitamente que la acción de los Estados Unidos podría haber sido lícita si no se hubiera estado tramitando un procedimiento judicial.

68. La justificación de la intervención armada para fines humanitarios en favor de los nacionales del Estado territorial es más problemática. Si bien una parte de la doctrina (tal vez la mayoría) niega toda justificación a las intervenciones de este tipo[169], basándose en las posiciones adoptadas por los gobiernos[170], otra parte de la doctrina considera lícita esta práctica[171], basándose, entre otras cosas, en la labor realizada por la CDI sobre el artículo 33 de la primera parte del proyecto[172]. Por el momento no es preciso adoptar una posición sobre esta cuestión. Tal vez haya que ocuparse más del problema en relación con las consecuencias de los denominados crímenes internacionales de los Estados. Ahora bien, para los fines de este informe, es indispensable señalar que dichos casos de intervención humanitaria armada —ya sea en favor de los nacionales del Estado agente o en favor de los nacionales del Estado territorial— consisten en respuestas a situaciones que, aunque diferentes de un ataque armado, presentan un grado de urgencia que requiere una acción armada directa e inmediata. Por tanto, no menoscaban la prohibición del uso de la fuerza como contramedida.

69. Las conclusiones a las que se ha llegado hasta ahora encuentran apoyo en las observaciones de la Comisión al artículo 30 de la primera parte del proyecto[173]. Al examinar las contramedidas entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, la Comisión declaró que «formas que eran admitidas por el derecho internacional denominado ''clásico'', como las represalias armadas, ya no son actualmente toleradas en tiempo de paz»[174]. Diferentes Estados apoyaron explícitamente esta posición en el debate de la Sexta Comisión de la Asamblea General[175].

---

[163] Ronzitti, *op. cit.*, págs. 89 y ss.; y Sicilianos, *op. cit.*, págs. 166 y ss. Los Estados agentes también invocaron, además de razones humanitarias, la legítima defensa. Véase, por ejemplo, la posición del Gobierno de la India en el asunto de Bangladesh (*ibid., vigésimo sexto año*, 1606.ª sesión, párrs. 160 y ss.); la posición del Viet Nam sobre su intervención en Camboya (*ibid., trigésimo cuarto año*, 2109.ª sesión, párr. 126).

[164] En este sentido, véanse Bowett, *op. cit.*, págs. 91 y ss. (pero véase también nota 155 *supra*), «The use of force for the protection of nationals abroad», *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, págs. 40 y ss.; Thomas y Thomas, *The Dominican Republic Crisis 1965*, págs. 13 y ss.; Rostow, «The politics of force: Analysis and prognosis», *The Year Book of World Affairs*, pág. 50.

[165] En este sentido, véanse Ross, *A Textbook of International Law*, págs. 247 y ss.; Waldock, «The regulation of the use of force by individual States in international law», *Recueil des cours... 1952-II*, pág. 503 (quien parece hablar de «autotutela»); Fitzmaurice, «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des cours... 1957-II*, págs. 172 y 173; Panzera, «Raids e protezione dei cittadini all'estero», *Rivista di diritto internazionale*, págs. 759 y ss.; Pillitu, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, especialmente págs. 263 y ss.; y Ronzitti, *op. cit.*, págs. 52 y ss., quien considera que se está formando una norma consuetudinaria según la cual tales intervenciones serían lícitas.

Una opinión contraria (contra la licitud de la intervención armada en favor de los nacionales que se encuentren en peligro en el extranjero, exceptuado el caso de la protección de los derechos humanos) expresan Sicilianos, *op. cit.*, págs. 453 y ss.; y Schweisfurth, «Operations to rescue nationals in third States involving the use of force in relation to the protection of human rights», *German Yearbook of International Law*, págs. 159 y ss.

[166] Véanse, entre otros, Westlake, *International Law*, vol. I, pág. 299; Wright, «The meaning of the Pact of Paris», AJIL, 1933, págs. 53 y ss.; y Jennings, «The Caroline and McLeod cases», *ibid.*, págs. 83 y ss. Véase también la doctrina citada por Zourek, «La notion de légitime défense en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1975, pág. 20; Brownlie, *op. cit.*, pág. 43; Lamberti Zanardi, *op. cit.*, págs. 9 y ss. En un sentido en parte diferente, véanse Bowett, *op. cit.*, pág. 89, quien distingue entre «estado de necesidad» y «legítima defensa» e incluye la protección de los nacionales en el extranjero en la segunda categoría; y Ross, *op. cit.*, págs. 247 y ss.

[167] Véase nota 37 *supra*.

[168] *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 44, párr. 93:

«Por consiguiente, la Corte se siente obligada a señalar que una operación emprendida en esas circunstancias, cualesquiera que sean sus motivos, por su naturaleza menoscaba el respeto del procedimiento judicial en las relaciones internacionales; y recuerda que en el párrafo 47, 1B, de su Providencia de 15 de diciembre de 1979 la Corte indicó que ninguna de las partes debía adoptar ninguna medida que pudiera agravar la tensión entre los dos países.»

[169] Ronzitti, *op. cit.*, págs. 89 y ss. y págs. 108 y ss., quien se remite también a publicaciones menos recientes. Una actitud incierta parecen mantener Brownlie, *op. cit.*, págs. 341 y 342, y Lauterpacht, «The international protection of human rights», *Recueil des cours... 1947-I*, págs. 5 y ss.

[170] Un amplio estudio de esta práctica puede verse en Ronzitti, *op. cit.*, págs. 93 y ss.

[171] Sobre esta cuestión, véase Lattanzi, *op. cit.*, págs. 464 y ss.

[172] Véase nota 8 *supra*; véase también Ago, Adición al octavo informe, *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 15, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7.

[173] Véase nota 8 *supra*.

[174] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 139, párr. 5.

[175] Véanse las declaraciones de Australia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 47.ª sesión, párr. 34); Egipto (*ibid.*, 51.ª sesión, párr. 24); Kenya (*ibid.*, 43.ª sesión, párr. 4); México (*ibid.*, 41.ª sesión, párr. 46), según las cuales la Comisión considerará la posibilidad de aclarar mediante un párrafo adicional que el artículo 30 no debe interpretarse en el sentido de autorizar otras excepciones a la prohibición del empleo de la fuerza que no sean las contenidas en la Carta de las Naciones Unidas. Riphagen no había propuesto una disposición específica que prohibiera las represalias armadas. En su opinión, las dis-

### B.—El problema de las medidas políticas y económicas como formas de coacción

70. En el tercer informe se hace un bosquejo de las diferentes opiniones doctrinales sobre la ilicitud de ciertas contramedidas políticas y económicas[176]. A fin de llegar a una conclusión sobre las posibles restricciones a la admisibilidad de las medidas políticas y económicas, es necesario examinar ahora la práctica de los Estados.

71. Como es sabido, durante la Conferencia de San Francisco los Estados latinoamericanos hicieron una propuesta que habría llevado a hacer extensivo el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas a la condena de la fuerza política y económica. La propuesta fue derrotada[177]. Ahora bien, este hecho por sí sólo no basta para concluir que la mayoría de los Estados presentes en la Conferencia se oponían categóricamente a la prohibición de toda acción de esa naturaleza. La oposición a la propuesta pudo haber sido motivada porque su definición de la fuerza política o económica era excesivamente amplia. Además, desde entonces la actitud de los Estados ha cambiado (como también ha cambiado la composición de las Naciones Unidas). Las resoluciones de la Asamblea General y los instrumentos regionales son pertinentes para esta cuestión.

72. La resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 1965, relativa a la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía condena claramente el uso de la fuerza política y económica. Según el párrafo 1 de esa resolución, quedan prohibidas «cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen,» —y no sólo la intervención armada. Seguidamente, en el párrafo 2 dice:

> 2. Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de las medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole *para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos u obtener de él ventajas de cualquier orden**. [...]

Análogamente, 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[178] proclama que:

> Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole *para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden**.

Hay que subrayar que, debido a la posición de los países occidentales, la prohibición de la intervención no se trató en el marco del principio de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Los países latinoamericanos y los países socialistas hicieron otro esfuerzo para relacionar la condena de la coacción económica con la prohibición de la fuerza en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta durante los largos *trabajos preparatorios* de la resolución sobre la Definición de la agresión[179]. Sin embargo en la resolución no se mencionó la coacción económica. El Comité Especial sobre la definición de la agresión declaró que una disposición en ese sentido habría sido un obstáculo para la adopción de la resolución por consenso[180]. No obstante, es interesante señalar que la oposición se debió principalmente a que la fórmula propuesta era sumamente flexible[181]. En las resoluciones de la Asamblea General relativas a la soberanía permanente sobre los recursos naturales[182] y al nuevo orden económico internacional[183], así como sobre otros temas tales como la observancia estricta de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y del derecho de los pueblos a la libre determinación[184] y las medidas económicas como medio de ejercer coacción política

posiciones de la Definición de la agresión y de 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 particular las de salvaguardia de las facultades que la Carta confiere al Consejo de Seguridad, «parecen excluir cualquier suposición automática de que todas las obligaciones internacionales de carácter "esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional" [entre las que Riphagen incluía la prohibición de la fuerza armada] o aun todas esas obligaciones cuya violación misma "está reconocida como crimen", sean inmunes a la posibilidad de que se justifique su violación conforme al derecho internacional» [*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte) (véase nota 130 *supra*), pág. 133, párr. 90]. No obstante estas reflexiones, en otras ocasiones los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General han pedido una disposición que prohíba explícitamente las represalias armadas: véanse, por ejemplo, las declaraciones de Checoslovaquia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 43.ª sesión, párr. 29), Suecia (*ibid., cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 28.ª sesión, párr. 66) y Argelia (*ibid.*, 31.ª sesión, párr. 48).

[176] Véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (nota 1 *supra*), párrs. 101 y ss.

[177] Véase *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. VI, págs. 608 y 609 para el texto de la enmienda propuesta por el Brasil, y págs. 339 y 340 para el debate de la Comisión I el 4 de junio de 1945. El intento de los países latinoamericanos de que se prohibiera el uso de la fuerza no armada tiene su origen a finales del siglo pasado en el contexto del principio de la no intervención, pero no ha conseguido establecerse de la misma manera que la prohibición del uso de la fuerza militar. Para la bibliografía sobre el principio de la no intervención en los países de América, véase Rousseau, *Droit international public*, vol. IV, págs. 53 y ss.

[178] Véase nota 82 *supra*.

[179] Véase la propuesta presentada por Bolivia en 1952, según la cual:

> «[...] Será también reputado acto agresivo [...] cuando, por acción unilateral, se priva a un Estado de los recursos económicos derivados de un justo trato en el intercambio comercial internacional o se pone en peligro su economía básica, afectando a su seguridad e inhabilitándole para actuar en su propia defensa y cooperar en la defensa colectiva de la paz.»

[Proyecto de resolución presentado a la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexto período de sesiones (A/C.6/L.211).]

[180] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.° 19* (A/9619 y Corr.1). También en este caso los Estados occidentales se opusieron a una disposición expresa sobre la coacción económica.

[181] Declaración del representante del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, séptimo período de sesiones, Anexos*, tema 54 del programa, documento A/2211, párr. 447).

[182] Resoluciones 1803 (XVII) y 3016 (XXVII) de la Asamblea General.

[183] Resoluciones 3281 (XXIX) y 3201 (S-VI) de la Asamblea General. Véase también Arangio-Ruiz, «Human rights and non-intervention in the Helsinki Final Act», *Recueil des cours... 1977-IV*, págs. 272 y ss.

[184] Resolución 2160 (XXI) de la Asamblea General.

y económica sobre países en desarrollo[185] figuran prohibiciones bastante parecidas a las que acaban de mencionarse.

73. En el ámbito regional debe mencionarse la Carta de la OEA[186], que como es notorio formula el principio de no intervención en los mismos términos muy generales que se recogerían más tarde en las resoluciones 2131 (XX) y 2625 (XXV) de la Asamblea General, en particular la prohibición de la aplicación de «medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza» (art. 16). Un instrumento formalmente no obligatorio, aunque muy significativo, que contiene una prohibición análoga es el Acta Final de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa[187]. También en este caso la prohibición se expresa en los mismos términos que en las mencionadas resoluciones de la Asamblea General y en el epígrafe dedicado especialmente a la no intervención[188].

74. Todos esos instrumentos condenan el recurso a la coacción económica o política cuando infringe el principio de no intervención[189]. Así pues, las medidas que implican el uso de la fuerza armada y no armada están sujetas a regímenes diferentes. Al tener la prohibición de la coacción armada carácter general, las contramedidas armadas son ilícitas en cualquier caso. La prohibición de la coacción económica o política sólo abarca las medidas no armadas encaminadas a alcanzar fines especialmente condenables, como la «subordinación del ejercicio de los derechos soberanos [del Estado contra el que van dirigidas]» o el intento de obtener «ventajas de cualquier clase»[190]. Evidentemente, la condena de la coacción armada sólo se refiere a las medidas de naturaleza económica o política que pueden dar lugar a consecuencias muy gravemente perjudiciales, cuando no catastróficas, para el Estado contra el que se adoptan.

75. Esta conclusión viene a ser corroborada por otros elementos de la práctica estatal. Bien que el recurso a medidas económicas sea muy frecuente, las denuncias de los Estados contra los que van dirigidas no versan tanto sobre la naturaleza de la acción en sí como sobre el hecho de que esa acción equivale a un «estrangulamiento económico» o produce otros efectos igualmente catastróficos. Se darán algunos ejemplos sin entrar en el fondo de la cuestión por lo que hace a la licitud de las medidas adoptadas.

76. Una postura significativa —aunque las acciones de que se trataba no constituían contramedidas propiamente dichas[191]— fue la adoptada por Bolivia en relación con los vertidos de estaño en el mar efectuados por la Unión Soviética en 1958[192] y la de Cuba con respecto a la disminución radical de las importaciones de azúcar por los Estados Unidos en 1960[193]. Igualmente interesantes son las denuncias de algunos Estados latinoamericanos, en especial la Argentina[194], que invocó (ante el Consejo de Seguridad) la ilicitud de las sanciones comerciales aplicadas por los países occidentales a raíz del estallido de la crisis de las Malvinas (Falkland). Esos Estados latinoamericanos calificaron tales medidas de «acto de agresión económica sin precedentes, que se cumple en abierta violación de todo el orden jurídico internacional»[195].

---

[185] Resolución 40/185 de la Asamblea General. En el párrafo 2, la Asamblea General:

«2. *Reafirma* que los países desarrollados deben abstenerse de amenazar con aplicar o de aplicar a los países en desarrollo, como medio de coacción política y económica perjudicial a su desarrollo económico, político y social, restricciones comerciales, bloqueos, embargos y otras sanciones económicas, por ser incompatibles con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas e infringir compromisos multilaterales o bilaterales contraídos.»

[186] Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, pág. 3); modificada por el «Protocolo de Buenos Aires» de 27 de febrero de 1967 (*ibid.*, vol. 721, pág. 266). El artículo 15 prohíbe

«[...] intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro [Estado o grupo de Estados]»

y, por consiguiente, prohíbe

«no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen».

[187] Véase nota 82 *supra*.

[188] *Ibid.* El párrafo 3 del principio VI estipula que los Estados

«se abstendrán [...] en todas las circunstancias, de cualquier otro acto de coerción militar, política, económica o de otro tipo, encaminado a subordinar a su propio interés el ejercicio por parte de otro Estado participante de los derechos inherentes a su soberanía y a obtener así ventajas de cualquier clase».

Véase Arangio-Ruiz, «Human rights and non-intervention...», *loc. cit.*, págs. 274 y ss.

[189] A este respecto, la CIJ reconoció la ilicitud de las medidas económicas sólo en el contexto del principio de no intervención en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua* c. *Estados Unidos de América)* [véase nota 147 *supra*], págs. 108 y ss., especialmente párr. 209.

[190] Cierto es que este modo de ver no implica ninguna diferencia, en cuanto a las consecuencias, entre las medidas económicas o políticas consideradas ilícitas y las que entrañan el uso de la fuerza armada, lo que ha llevado a la conclusión de que el intento de distinguir de una manera práctica y significativa ambos supuestos ha fracasado. En ese sentido, con respecto a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, véase Arangio-Ruiz, «The normative role of the General Assembly...», *loc. cit.*, págs. 528 a 530.

[191] No está claro si el Estado que adoptó la medida lo hizo como reacción contra un acto ilícito previo. Sin embargo, aun en el caso de la inexistencia de un acto ilícito previo, las declaraciones mencionadas siguen siendo pertinentes aparentemente porque ponen de relieve las condiciones en que el uso de la fuerza económica se considera ilícito. También hay que tener presente que, en materia económica, la frontera entre retorsión y represalias no es siempre fácil de determinar, ya que los derechos y obligaciones suelen ser convencionales y su interpretación es a menudo puesta en tela de juicio.

[192] Citado en McDougal y Feliciano, *Law and Minimum World Public Order—The Legal Regulation of International Coercion*, pág. 194, nota 165.

[193] AJIL, vol. 55, N.° 3, julio de 1961, págs. 822 y ss. Cuba calificó esa medida de «agresión constante con fines políticos contra los intereses fundamentales de la economía cubana».

[194] La posición oficial de la Argentina fue expuesta claramente al Gobierno italiano en un documento preparado por la Embajada de la Argentina en Roma el 14 de abril de 1982 titulado «Reazioni del Governo argentino sulle misure restrittive adottate dalla CEE sull'importazione di suoi prodotti», citado en De Guttry, «Le contromisure adottate nei confronti dell'Argentina da parte delle Comunità Europee e dei terzi Stati ed il problema della loro liceità internazionale», *La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, pág. 357, nota 38. Según la Argentina, las medidas adoptadas por la Comunidad Europea equivaldrían a una agresión económica en abierta violación de los principios de derecho internacional y de las Naciones Unidas.

[195] Declaración de Venezuela (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo séptimo año*, 2362.ª sesión, párrs. 48 a 108).

La Unión Soviética acusó a los Estados Unidos de «utilizar el comercio como arma contra nuestro país» en relación con las medidas adoptadas a raíz de la crisis polaca de 1981-1982[196]. En este caso, los Estados Unidos mantuvieron que no trataban de «doblegar económicamente a la Unión Soviética»[197]. Los Estados Unidos, tradicionalmente opuestos a una interpretación amplia del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, declararon durante los debates en el Comité Especial para mejorar la eficacia del principio de la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales que las presiones ejercidas por la Unión Soviética sobre Polonia, que condujeron a la declaración de la ley marcial en este país, constituían precisamente un ejemplo de recurso ilícito a la fuerza[198]. Algunos Estados han recurrido también al concepto de coacción económica utilizada para influir en la conducta de otro país para calificar las medidas adoptadas por Sudáfrica con respecto a los países vecinos que presuntamente habían violado el derecho internacional —según Sudáfrica—, al proporcionar refugio a miembros del Congreso Nacional Africano[199]. Conviene señalar, por último, algunas de las observaciones formuladas oficialmente por los Estados sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI. Varios Estados, aunque no siempre distinguían claramente entre crímenes de los Estados y crímenes de los particulares, declararon que la Comisión debía tener presente que las medidas económicas podían, en algunos casos, equivaler a una agresión[200].

77. Para terminar, es bastante obvio que frecuentemente se recurre a una gran variedad de formas de reacción económica o política que se consideran perfectamente admisibles como contramedidas contra hechos internacionalmente ilícitos[201]. Sin embargo, su admisibilidad no escapa a toda restricción. Si bien la práctica estatal examinada no parece justificar la conclusión de que ciertas formas de coacción economica o política, o con ese doble carácter, son equivalentes a las formas de agresión armada, esa práctica pone no obstante de manifiesto una tendencia a la prohibición de las medidas económicas o políticas que pongan en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que se adoptan[202].

### C.—Las contramedidas y el respeto de los derechos humanos

78. Las limitaciones humanitarias al derecho de adoptar unilateralmente medidas como reacción contra un hecho internacionalmente ilícito, aunque originariamente circunscritas a las represalias de beligerantes, han adquirido en esta época, gracias al desarrollo sin precedentes del régimen jurídico de los derechos humanos, un grado de coerción que sólo le cede en importancia a la proscripción del uso de la fuerza[203]. No obstante, es mucho más difícil determinar el alcance exacto de las restricciones humanitarias.

79. La práctica examinada en el tercer informe puede ser útilmente completada con algunos casos recientes que vienen a corroborar la actitud unánime de la doctrina. Durante la crisis de las Malvinas (Falkland), el Reino Unido bloqueó los activos patrimoniales argentinos en el país con la excepción específica de los fondos que normalmente serían necesarios para sufragar «los gastos de subsistencia, médicos y educativos y otros gastos similares de los residentes de la República Argentina en el Reino Unido» y los «pagos destinados a atender los gastos de viaje de los residentes de la República Argentina que salgan del Reino Unido»[204]. Los Estados Unidos, al declarar en 1986 el bloqueo total de las relaciones comerciales con Libia, a título de contramedidas, prohibieron la exportación a Libia «de cualesquiera mercancías, tecnología (incluidos datos u otra información de índole tecnica) o servicios desde los Estados Unidos, salvo publicaciones y donaciones de artículos destinados a aliviar los sufrimientos humanos, como alimentos, vestidos, medicinas y suministros medicos destinados estrictamente a fines médicos»[205]. A raíz del asesinato de un investigador italiano en Somalia, el Comité de Relaciones Exte-

---

Veanse asimismo las intervenciones del Ecuador (*ibid*, 2360ª sesion, parrs 194 y ss ), El Salvador (*ibid*, 2363ª sesion, parrs 104 a 119) y Nicaragua (*ibid*, parrs 26 a 48)

[196] Declaracion del Ministro de Comercio Exterior de la Union Sovietica, publicada en el *Financial Times* de 17 de noviembre de 1982, pag 1

[197] Declaracion de Thomas N T Niles, Subsecretario Adjunto, en audiencia ante la Subcomision de Europa y el Oriente Medio de la Comision de Relaciones Exteriores, Camara de Representantes de los Estados Unidos de America, 97° Congreso, segundo periodo de sesiones, 10 de agosto de 1982, Washington, D C, U S Government Printing Office, 1982, pag 8

[198] Esas presiones no llegaron a convertirse en una accion militar abierta [*Documentos Oficiales de la Asamblea General trigesimo septimo periodo de sesiones, Suplemento N° 41* (A/37/41), parr 50]

[199] Veanse las intervenciones de las delegaciones de Yugoslavia, Madagascar y Tailandia (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, cuadragesimo primer año*, 2660ª sesion)

[200] Veanse las declaraciones de la Sierra Leona (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragesimo periodo de sesiones, Sexta Comision*, 23ª sesion, parr 73) y Suriname (*ibid*, 34ª sesion, parr 108)

[201] La CDI ha mantenido ya la admisibilidad de las contramedidas economicas En el comentario relativo al articulo 30 de la primera parte del proyecto, la Comision señalo

«[ ] que determinadas formas de reaccion a un hecho internacionalmente ilicito (las *represalias de caracter economico**, por ejemplo) no tropiezan normalmente en el derecho internacional actual con dificultades de principio para su ejecucion» (vease nota 174 *supra*)

[202] Vease, por ejemplo, la intervencion del representante de Etiopia en la Sexta Comision acerca del articulo 30 de la primera parte del proyecto, en su opinion, el articulo 30 merecia ser objeto de un estudio mas a fondo en relacion con las medidas economicas «habida cuenta de la posibilidad de que Estados economicamente fuertes utilicen la norma en detrimento de Estados mas debiles so pretexto de adoptar contramedidas legitimas» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigesimo cuarto periodo de sesiones, Sexta Comision*, 43ª sesion, parr 19)

[203] El desarrollo de las limitaciones humanitarias al derecho de aplicar represalias ha sido expuesto detalladamente por Lattanzi, *op cit*, pags 295 a 302

[204] Aviso del Banco de Inglaterra publicado el 13 de abril de 1982 (*British Year Book of International Law*, vol 53, 1982, pag 511)

[205] Decreto Ejecutivo N° 12543 de 7 de enero de 1986, secc 1, reproducido en AJIL, vol 80, N° 3, julio de 1986, pag 630 Una disposicion muy semejante es la contenida en el Decreto Ejecutivo N° 12722, por el que los Estados Unidos adoptaron medidas contra el Iraq despues de la invasion de Kuwait (secc 2 *b*) [AJIL, vol 84, N° 4, octubre de 1990, pag 903] Por lo que respecta a epocas menos

(Continuacion en la pagina siguiente )

riores del Parlamento italiano aprobó, el 1.° de agosto de 1990, la suspensión de todas las actividades realizadas en Somalia «no enderezadas a la asistencia humanitaria»[206]. Por otra parte, es bien sabido que, en casos como los arriba descritos, el Estado agente frecuentemente combina las represalias propiamente dichas con las medidas de mera retorsión, pues la distinción entre ambas no es siempre aparente. Con todo, una distinción rigurosa parece ser indispensable. El hecho de que los Estados tengan en cuenta las restricciones humanitarias incluso al aplicar medidas de mera retorsión (por considerar que el interés conculcado no estaba jurídicamente protegido) hace que la restricción por razones humanitarias sea aún más significativa que si estuviera circunscrita a las represalias propiamente dichas.

80. En lo que concierne a la esfera de intereses humanitarios con respecto a los cuales tiene que aplicarse la restricción pueden extraerse algunas indicaciones de los instrumentos internacionales pertinentes. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4, párr. 1) como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15, párr. 1) prevén la posibilidad de que la aplicación de la mayoría de sus normas sea suspendida en caso de situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. Sin embargo, la posibilidad de suspensión está excluida, según el Pacto, en el caso del derecho a la vida (art. 6), el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), el derecho a no estar sometido a esclavitud o a servidumbre (art. 8), el derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (art. 11), el derecho que expresa el principio *nulla poena sine lege* (art. 15), el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 16) y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18)[207]. La doctrina sobre esta materia es útil también para determinar los derechos humanos generalmente considerados «indispensables». Según Buergenthal,

> [...] se ha formado un consenso internacional sobre los derechos esenciales en torno al concepto de «violación manifiesta de los derechos humanos» y la enumeración de los derechos que abarca ese concepto. Es decir, actualmente hay acuerdo en que el genocidio, el *apartheid*, la tortura, los homicidios masivos y la privación masiva y arbitraria de la libertad constituyen violaciones manifiestas[208].

En opinión de El Kouhene, hay un *mínimo irreductible de los derechos de la persona humana* que comprende por lo menos el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos degradantes y el derecho a no ser reducido a esclavitud o servidumbre[209]. Medina Quiroga estima asimismo que algunos derechos humanos pueden ser calificados de «derechos esenciales» o «derechos fundamentales»[210]; y Meron no excluye la posibilidad de distinguir entre varias categorías de derechos humanos, aunque advierte que «... salvo en algunos casos (por ejemplo el derecho a la vida o a no ser sometido a torturas), elegir qué derechos son más importantes que otros es extremadamente difícil»[211]. Parecería, en realidad, que los derechos humanos indispensables («derechos esenciales» o *«mínimo irreductible»*) son aquellos cuya promoción y observancia han pasado a ser objeto del derecho internacional consuetudinario[212].

81. Sin embargo, no es conveniente que el propio proyecto de artículos contenga una enumeración de los de-

*(Continuación de la nota 205.)*

recientes, cabe señalar la «cláusula Martens», enunciada en el preámbulo de la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907, que dice:

> «[...] las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, como resulta de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de las conciencias públicas».

Esta disposición es prueba de la existencia de un núcleo de *leyes de la humanidad* que constituyen una limitación a las actividades bélicas desplegadas por las Partes. Es digno de mención, también a título de ejemplo, que en un discurso ante la Asamblea Nacional, pronunciado el 13 de diciembre de 1949, el Ministro francés de Relaciones Exteriores, Robert Schuman, mantuvo, con respecto a una controversia que había surgido con Polonia, que el Gobierno francés

> «[...] no podía imaginar que, en un país democrático, las autoridades tuvieran derecho a detener a nacionales extranjeros sin ningún motivo y sin inculparlos de ningún delito simplemente para hacer presión sobre otro gobierno» (Kiss, *op. cit.*, vol. VI, pág. 16).

Con respecto a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Sir Hartley Shawcross, representante del Reino Unido ante la CIJ en 1951, declaró que «[l]a Convención [...] contiene obligaciones absolutas, no sujetas a ninguna consideración de reciprocidad» (*C.I.J. Mémoires, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, pág. 388). Por otra parte, a raíz de la muerte de 85 jóvenes, el 18 de abril de 1979, en Bangui, a manos de las fuerzas de seguridad personal del emperador Bokassa, Francia suspendió, a título de retorsión, un acuerdo de cooperación financiera con el Imperio Centroafricano, pero excluyó de esa medida la suspensión de la asistencia financiera en los campos de la educación, la alimentación y la medicina («Chronique...», RGDIP, 1980, pág. 364).

[206] Publicado en *La Repubblica*, 2 de agosto de 1990, pág. 14.

[207] Sobre los derechos inderogables por tratado, véase Lattanzi, *op. cit.*, págs. 15 y ss.

[208] Codification and implementation of international human rights, *Human Dignity: The Internationalization of Human Rights*, pág. 17.

[209] *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, pág. 109.

[210] *The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, pág. 13.

[211] «On a hierarchy of international human rights», AJIL, 1986, pág. 4.

[212] Por ejemplo, el carácter consuetudinario de la prohibición de la tortura es defendido, entre otros, por Doehring, relator encargado de los nuevos problemas de la extradición en el período de sesiones de Cambridge del Instituto de Derecho Internacional (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, tomo II, 1983, pág. 253), y por Lillich («Civil Rights», *Human Rights in International Law*, pág. 127); Sieghart (*The Lawful Rights of Mankind: An Introduction to the International Legal Code of Human Rights*, pág. 60); Meron (*Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*, págs. 95 y 96); Burgers y Danelius (*The United Nations Convention against Torture*, pág. 1); y en el *Restatement of the Law Third* (véase nota 39 *supra*), art. 702, págs. 161 a 175. La opinión de que la prohibición de la tortura es una cuestión de *jus cogens* ha sido formulada por Dinstein («The right to life, physical integrity and liberty», *The International Bill of Rights*, pág. 122); O'Boyle («Torture and emergency powers under the European Convention on Human Rights: Ireland v. the United Kingdom», AJIL, 1977, pág. 687); y Migliazza («L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme», *Recueil des cours..., 1972-III*, pág. 190. Sobre la calificación del derecho a no ser sometido a torturas como derecho humano «indispensable» y sobre la prohibición de la tortura por una norma de derecho internacional general, véase Marchese, *La tortura e i trattamenti crudeli, inumani e degradanti nel diritto internazionale*, cap. IV.

rechos humanos que se consideran «indispensables» y, por consiguiente, inviolables en relación con las contramedidas o sus efectos. Cualquier enumeración «cristalizaría» una norma que debe dejarse que siga la evolución del régimen jurídico de los derechos humanos.

82. Hay que pasar ahora a considerar si entre los derechos humanos no incluidos habitualmente en el grupo de los llamados «derechos esenciales» y que, por lo tanto, pueden ser calificados en cierto modo de menos «indispensables» hay algunos que también deban ser tenidos por inviolables en relación con las contramedidas[213]. Una parte de la doctrina opina que esa restricción se aplica no sólo a los tratados y normas relativos a los derechos humanos o a las normas del derecho humanitario de los conflictos armados sino también a cualesquiera normas destinadas de algún modo a proteger a la persona humana. De ahí que el Estado lesionado no pueda suspender, a modo de contramedida, formas de asistencia encaminadas a mejorar la situación de la población del Estado infractor[214]. Según esa opinión, toda obligación relativa en particular a la cooperacion para el desarrollo no debe ser vulnerada a modo de contramedida. Este concepto amplio de la restricción humanitaria, sin embargo no es compartido por un número importante de tratadistas ni viene a ser suficientemente corroborado por la práctica. Además, su aceptación en el marco del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados parece estar en contradicción con el equilibrio general que hace falta establecer entre la inclusión de las necesarias restricciones a las contramedidas, por una parte, y la necesidad de no privar a los Estados de la posibilidad de reaccionar contra las violaciones de obligaciones internacionales, por otra.

83. Entre las sugerencias encaminadas a ampliar el alcance de la limitación del recurso a las contramedidas que conculcan los derechos humanos figura la propuesta de sustraer los derechos patrimoniales de los nacionales extranjeros a la aplicación de medidas lícitas[215]. Los derechos humanos que deben ser considerados inviolables en relación con las contramedidas —los derechos humanos «indispensables»— no comprenden los derechos patrimoniales. La práctica estatal reciente no sólo presenta casos de expropiación de bienes extranjeros a modo de contramedida, sino también, y con bastante frecuencia, casos en que los activos patrimoniales de nacionales extranjeros han sido «bloqueados» como reacción contra un hecho previo presuntamente ilícito de su Estado[216]. Por consiguiente, la disposición relativa a las restricciones humanitarias no debe incluir explícitamente los derechos patrimoniales ni interpretarse en el sentido de que se refiere a ellos. Esto no significa, evidentemente, que no pueda haber restricciones de las contramedidas en la esfera de los derechos patrimoniales (especialmente las contramedidas de carácter definitivo) como resultado de la aplicación de otras normas (por ejemplo la regla general de la proporcionalidad).

### D.—La cuestión de la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y otras personas especialmente protegidas

84. Las principales opiniones doctrinales sobre este problema y la posición del anterior Relator Especial, recogidas en el apartado *a* de su proyecto de artículo 12[217], se resumen en el tercer informe[218]. Los miembros de la Comisión expresaron, en su 37.° período de sesiones, distintos puntos de vista a este respecto. Unos eran partidarios del apartado *a* del proyecto de artículo 12 propuesto[219], otros sugirieron que se ampliase su alcance[220], otros aún estimaron que la limitación era totalmente injustificada[221], y otros finalmente expresaron la opinión de que la limitación debía aplicarse solamente a un pequeño número de inmunidades diplomáticas[222].

85. La práctica reciente, de la que se espera poder inferir datos más significativos, cuando no decisivos, parece que presenta en realidad pocos casos de incumplimiento, a modo de contramedida, de obligaciones relativas al régimen de los enviados diplomáticos[223]. Por ejemplo, en 1966 Ghana detuvo a los miembros de la delegación de Guinea en la Conferencia de la OUA, inclui-

---

[213] Una cuestion totalmente diferente es la relativa a las posibles restricciones a que actualmente estan sujetas las contramedidas en virtud de *normas de tratados multilaterales* concernientes a determinados derechos humanos que no forman parte de lo que se ha denominado el «minimo irreductible» La violacion, a modo de contramedida, de esas normas, que establecen obligaciones que pueden calificarse de obligaciones *erga omnes* en el marco del tratado, constituiria una violacion no solo del derecho del Estado que presuntamente ha cometido el hecho ilicito y contra el que se adopta la medida sino tambien del de los demas Estados Partes en el tratado Sin embargo, este aspecto no es privativo de las normas de derechos humanos sino que concierne a todas las normas que establecen obligaciones indivisibles y, por lo tanto, se examinara por separado en los parrafos 92 a 95 *infra* Teniendo en cuenta esa aclaracion, el Relator Especial no considera totalmente satisfactorio el apartado *c* del parrafo 1 del proyecto de articulo 11 de la segunda parte, propuesto por el Relator Especial anterior (vease nota 46 *supra*), en cuanto que parece considerar la restriccion humanitaria al derecho a adoptar contramedidas solo en el contexto de las normas de los tratados multilaterales

[214] Vease, por ejemplo, Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, pag 271

[215] *Anuario 1991*, vol II (primera parte) [vease nota 1 *supra*], parrs 111 y 112

[216] Esta practica se ha mencionado, *passim*, a lo largo del presente informe Vease, por ejemplo, nota 7 *supra*

[217] Vease nota 46 *supra*

[218] *Anuario 1991*, vol II (primera parte) [vease nota 1 *supra*], parrs 114 y ss

[219] Calero Rodrigues (*Anuario 1985*, vol I, 1892 ª sesion, parr 39), Barboza (*ibid*, 1897 ª sesion, parr 30), Razafindralambo (*ibid*, 1898 ª sesion, parr 21) y Lacleta Muñoz (*ibid*, 1899 ª sesion, parr 28)

[220] Flitan (*ibid*, 1893 ª sesion, parr 10), Balanda (*ibid*, 1894 ª sesion, parr 44) y Yankov (*ibid*, 1899 ª sesion, parr 41)

[221] Sucharitkul (*ibid*, 1891 ª sesion, parr 41), Sinclair (*ibid*, 1895 ª sesion, parr 7) y Njenga (*ibid*, 1896 ª sesion, parr 28)

[222] Tomuschat (*ibid*, 1896 ª sesion, parr 41), Al Qaysi (*ibid*, 1899 ª sesion, parr 18), Arangio-Ruiz (*ibid*, 1900 ª sesion, parr 21) y Jagota (*ibid*, 1901 ª sesion, parr 13)

[223] Por lo que respecta a la practica relativamente menos reciente, conviene señalar que la necesidad de mantener las relaciones diplomaticas a toda costa fue repetidamente subrayada durante los debates relativos a la enmienda del Articulo 16 del Pacto de la Sociedad de las Naciones concernmiente a la regulacion de las medidas economicas aplicadas a titulo de sanciones contra la agresion (Sociedad de las Naciones, *Rapports et resolutions concernant l'Article 16 du Pacte Memorandum et Recueil des rapports, resolutions et references prepares en execution de la resolution du Conseil du 8 decembre 1926*, Ginebra, 13 de junio de 1927 [publicaciones de la Sociedad de las Naciones, *V Questions juridiques, 1927 V 14* (documento A 14 1927 V)], pag 11)

do el Ministro de Relaciones Exteriores. La detención, efectuada a bordo de una aeronave de una compañía aérea estadounidense en tránsito en Accra, fue justificada por el Gobierno de Ghana como un medio para obtener reparación por diversos hechos ilícitos cometidos por Guinea, en particular un ataque contra los locales de la Embajada ghanesa en Conakry y la detención del Embajador y de su esposa[224]. Otro ejemplo es la detención por las autoridades de Costa de Marfil, en 1967, del Ministro de Relaciones Exteriores de Guinea y el Representante Permanente de Guinea ante las Naciones Unidas durante una interrupción forzosa de su vuelo a dicho país. El Ministro de Relaciones Exteriores de Costa de Marfil manifestó:

> Esta detención es consecuencia del encarcelamiento arbitrario de varios nacionales de la Costa de Marfil en la República de Guinea [...] Costa de Marfil [...] lamenta profundamente verse obligada [...] a encarcelar al grupo de guineos que se encuentran en el suelo de la Costa de Marfil hasta que sean puestos en libertad los nacionales de la Costa de Marfil[225].

86. Por lo que respecta al fundamento de la limitación, parece radicar en la misma razón de ser de las normas que rigen las relaciones diplomáticas, es decir, que la causa o razón de la inmunidad de los enviados diplomáticos respecto de las contramedidas puede identificarse con la «gran importancia atribuida a una comunicación internacional sin estorbos». Riphagen, por su parte, se refirió al concepto de «régimen autónomo», dando a entender que las únicas formas lícitas de contramedidas serían las previstas por el régimen mismo[226]. Parece, pues, compartir la posición adoptada por la CIJ en el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, según la cual

> En resumen, las normas del derecho diplomático constituyen un régimen autónomo que, por una parte, enuncia las obligaciones del Estado receptor en materia de facilidades, privilegios e inmunidades que han de concederse a las misiones diplomáticas y, por otra, prevé su posible abuso por los miembros de la misión y especifica los medios de que dispone el Estado receptor para hacer frente a tal abuso[227].

Se consideró con razón que este pronunciamiento jurisdiccional adolecía de falta de precisión[228].

87. La causa de cualquier restricción de la facultad de adoptar contramedidas que afecten a los enviados diplomáticos sólo puede ser la de garantizar los cauces normales de comunicación entre Estados *(ne impediatur legatio)*. La posibilidad de una comunicación efectiva y continuada es, sin duda, un requisito indispensable de las relaciones internacionales tanto en tiempo de crisis como en condiciones normales. Es precisamente a partir de ese elemento que la Comisión debería determinar los efectos de esta restricción. Parece evidente que las obligaciones que no deben ser infringidas a modo de contramedida no pueden ser indistintamente *todas* las obligaciones internacionales basadas en las normas de derecho diplomático sino sólo aquellas cuyo cumplimiento es indispensable para salvaguardar el funcionamiento normal del canal diplomático.

88. Cabe preguntarse, por supuesto, si la restricción de la facultad de adoptar contramedidas en la esfera de las relaciones diplomáticas no se ha subsumido en restricciones de otro carácter, como las relativas a la protección de los derechos humanos, por una parte, y, en los casos en que ambas no coinciden, las dimanantes de normas imperativas, por otra. Algunas de las normas más esenciales que afectan a las personas especialmente protegidas coinciden con las normas de protección de los derechos humanos en general, especialmente con aquellas que tienen carácter de *jus cogens*. No obstante, parece razonable pensar que las normas sobre la inviolabilidad de los enviados diplomáticos (y otras personas protegidas) tienen su propia razón de ser. Esas normas surgieron en realidad mucho antes que las normas sobre la protección de los derechos humanos y las normas de *jus cogens*. Parece correcto, pues, mantener la correspondiente restricción especial de la facultad de adoptar contramedidas, por lo menos como límite supletorio.

### E.—La pertinencia de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*

89. Habiéndose indicado ya las restricciones de la licitud de las contramedidas derivadas de: *a*) la prohibición del uso de la fuerza armada y de cualquier medida coactiva de índole económica o política que ponga en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que se aplica; *b*) la inviolabilidad de los derechos humanos fundamentales; y *c*) las normas encaminadas a garantizar el «curso normal de la diplomacia bilateral o multilateral», parecería superfluo extenderse ahora en consideraciones acerca de la existencia de esa otra restricción general que se deriva de la necesidad jurídica de cumplir cualquier norma imperativa de derecho internacional general[229].

90. Por otra parte, es indispensable recordar que la CDI ha reconocido implícitamente la existencia de esa restricción. Así lo hizo en la primera parte del proyecto de artículos: en primer lugar, al incluir entre las circunstancias que excluyen la ilicitud la de si «el hecho constituye una *medida legítima según el derecho internacional**... a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito» (art. 30)[230]; en segundo lugar, al subrayar la inviolabilidad de las normas imperativas incluso cuando media el *consentimiento* del Estado en favor del cual existe la obligación infringida (art. 29, párr. 2)[231]; y, en tercer lugar, en caso de *estado de necesidad* (art. 33, párr. 2)[232]. Así pues, la atención especial que la Comi-

[224] *Keesing's... 1965-1966*, vol. XV, págs. 21738 a 21740.

[225] *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, vigésimo segundo año, Suplemento de julio, agosto y septiembre de 1967*, documento S/8120 y Add.1 y 2, anexo IV, págs 176 y 177.

[226] La opinión del anterior Relator Especial se recuerda en el párrafo 115 y la nota 237 del tercer informe [*Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (véase nota 1 *supra*)].

[227] *C.I.J. Recueil 1980* (véase nota 37 supra), pág. 40, párr. 86.

[228] Röling (*Netherlands Yearbook of International Law*, 1980, pág. 147), citado en el tercer informe [*Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (véase nota 1 *supra*), párr. 115, nota 235]. Dominicé parece compartir esa opinión *(ibid.)*.

[229] *Ibid.*, párrs. 118 a 120.

[230] Véase nota 8 *supra*.

[231] *Ibid.*

[232] *Ibid.*

sión prestó a esas normas confirma la conclusión que se desprende claramente de la aprobación, por gran mayoría, de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[233], es decir, que «la existencia misma de esa categoría de normas supone el interés general de la sociedad internacional por que sean respetadas tanto como sea posible»[234]. Por consiguiente, parece apropiado incluir en el proyecto una disposición, análoga a la propuesta por el anterior Relator Especial en el apartado *b* del proyecto de artículo 12[235], por la que se prohíba el recurso a cualquier contramedida que sea «incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general». No se puede por menos que adherir a la opinión de quienes piensan que «sería ilógico... admitir al mismo tiempo que el incumplimiento de una obligación impuesta por una norma imperativa se justifica sólo porque otro Estado haya violado anteriormente una obligación internacional»[236].

91. Teniendo en cuenta el objeto de algunas de las restricciones descritas en las secciones anteriores de este capítulo (como, por ejemplo, la prohibición de recurrir a la fuerza armada y la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales), una disposición relativa a la restricción derivada del *jus cogens* probablemente terminaría por abarcar supuestos comprendidos en esas otras restricciones. Sin embargo, no todos los límites mencionados en las secciones anteriores pueden considerarse basados en normas de *jus cogens*, ni tampoco, a la inversa, las restricciones especialmente consideradas hasta ahora agotan el límite del *jus cogens*. Por una parte, la restricción basada en el *jus cogens* abarca ya materias no incluidas en dichas restricciones especiales (piénsese, por ejemplo, en la prohibición de adoptar contramedidas derivada de la norma imperativa sobre la libre determinación de los pueblos). Por otra parte, dado su carácter históricamente relativo, el ámbito de la restricción dimanante del *jus cogens* podría ampliarse, reducirse o modificarse con el tiempo. Así pues, para completar el cuadro de las restricciones, es necesario adoptar disposiciones especiales relativas a cada una de las «limitaciones sustantivas» examinadas en las secciones precedentes y otra concerniente al límite general basado en el *jus cogens*.

92. Por varias razones, el proyecto debería incluir, además de la restricción de las contramedidas basada en el *jus cogens*, otra restricción basada en el efecto *erga omnes* de determinadas obligaciones jurídicas internacionales[237]. Como es bien sabido, y como se explicará con más detalle después[238], el concepto de la obligación *erga omnes* no se caracteriza por la importancia del interés protegido por la norma —aspecto que es típico del *jus cogens*— sino más bien por la «indivisibilidad jurídica» del contenido de la obligación, es decir, el hecho de que la disposición de que se trata establece obligaciones que vinculan simultáneamente a cada uno de los Estados destinatarios respecto de todos los demás. Esa forma jurídica es típica no sólo de las normas imperativas sino también de otras normas de derecho internacional general y ciertas disposiciones de tratados multilaterales (obligaciones *erga omnes partes*)[239].

93. La consecuencia de esa estructura (de las disposiciones *erga omnes*) con respecto al régimen de las reacciones unilaterales contra los hechos internacionalmente ilícitos es que toda medida adoptada por un Estado con respecto a un Estado infractor no sólo conculca el derecho de este último sino también los derechos de todos los demás destinatarios de la disposición *(erga omnes)* infringida. Esta consecuencia inicua fue considerada expresamente, por ejemplo, durante los debates sobre lo que llegaría a ser el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El párrafo 5 de dicho artículo no permite dar por terminadas las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario ni suspender su aplicación. Con ocasión de los trabajos preparatorios, algunos Estados manifestaron que este supuesto estaba regulado ya por los artículos 43 (Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado) y 53 [Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(jus cogens)*], pero prevaleció la opinión de que la excepción a las reglas normales sobre terminación de los tratados de carácter humanitario o la suspensión de su aplicación estaba relacionada con el efecto *erga omnes* de tales disposiciones[240].

94. Riphagen examinó el problema de la restricción de las contramedidas que infringen obligaciones *erga om-*

---

[233] El artículo 53 (aprobado por 87 votos contra 8 y 12 abstenciones) dice

«Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo caracter »

El artículo 64 (aprobado por 84 votos contra 8 y 16 abstenciones) dice·

«Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que este en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminara »

[234] Gaja, «*Jus Cogens* beyond the Vienna Convention», *Recueil des cours 1981-III*, pag 297

[235] Riphagen, sexto informe [*Anuario 1985*, vol II (primera parte) (véase nota 11 *supra*), proyecto de artículo 12 y su comentario correspondiente], pag 13

[236] Gaja, *loc cit*, pag 297 Vease tambien a este respecto el tercer informe [*Anuario 1991*, vol II (primera parte) (nota 1 supra)], parr 119

[237] *Ibid*, parr 121

[238] Vease cap VIII *infra*

[239] Veanse *Anuario 1991*, vol II (primera parte) [nota 1 *supra*], parr 121, y cap VIII *infra*

[240] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer periodo de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968* (publicacion de las Naciones Unidas, N° de venta· S 68 V 7), pags 388 y ss, e *ibid*, *segundo periodo de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969* (publicacion de las Naciones Unidas, N° de venta· S 70 V 6), pags 117 y ss Esta disposicion se remonta a una propuesta de la delegacion de Suiza, inspirada por el deseo del Comite Internacional de la Cruz Roja de que se exceptuara el incumplimiento de los Convenios de Ginebra sobre el derecho humanitario de los conflictos armados, lo que explica que el articulo mencione los tratados relativos al derecho humanitario Pero las razones aducidas para la inclusion en el artículo 60 de esa disposicion ponen de manifiesto que lo mas importante no era la materia objeto de las disposiciones (el derecho humanitario) sino su forma juridica

*nes* en los apartados *a* y *b* del párrafo 1 y en el párrafo 2 del proyecto de artículo 11. Según esas disposiciones:

1. El Estado lesionado no podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito cuando tales obligaciones se hayan estipulado en un tratado multilateral en el que ambos Estados sean Partes y conste que:

*a*) la falta de cumplimiento de esas obligaciones por un Estado Parte afecta necesariamente al ejercicio de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones de todos los demás Estados Partes en el tratado; o

*b*) esas obligaciones se han estipulado para la protección de los intereses colectivos de los Estados Partes en el tratado multilateral;

[...]

2. El Estado lesionado no podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito si el tratado multilateral que imponga las obligaciones establece un procedimiento de decisión colectiva para hacer cumplir las obligaciones que impone, a menos que se haya adoptado esa decisión colectiva, incluida la suspensión de obligaciones para con el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito; en tal caso, lo dispuesto en los apartados *a* y *b* del párrafo 1 no será aplicable si así se determina por esa decisión[241].

95. Aunque conviene con el anterior Relator Especial en la necesidad de incluir, por lo menos como desarrollo progresivo y para la protección de los Estados «inocentes»[242], una disposición que prohíba las contramedidas en violación de obligaciones *erga omnes*, estima, sin embargo, que los apartados *a* y *b* del párrafo 1 y el párrafo 2 del proyecto de artículo 11 no constituyen una solución satisfactoria. Dichas disposiciones, además de la poca claridad de la distinción entre los tres supuestos previstos en los párrafos citados —supuestos que coinciden parcialmente en muchos aspectos—, sólo tienen en cuenta las obligaciones *erga omnes* establecidas en tratados multilaterales y hacen caso omiso de las obligaciones *erga omnes* —actualmente existentes y que se desarrollarán aún más en el futuro— que no alcanzan el rango de normas imperativas pero se basan en normas de derecho consuetudinario o no escrito general[243]. Por consiguiente, el Relator Especial opina que la disposición sobre la inadmisibilidad de medidas adoptadas en violación de obligaciones con efecto *erga omnes* —o, en cualquier caso, de los derechos de Estados distintos del Estado infractor— debería redactarse de manera que abarcase todas las obligaciones *erga omnes*, tanto convencionales como consuetudinarias.

[241] *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) [véase nota 11 *supra*], artículo 11 y su comentario correspondiente, págs. 12 y 13.

[242] Es útil recordar que, ya en 1934, el Instituto de Derecho Internacional había propuesto, en el párrafo 3 del artículo 6 de su conocida resolución titulada «Régime des représailles en temps de paix» [«El régimen de las represalias en tiempo de paz»] (véase nota 5 supra):

«Limitar los efectos de las represalias al Estado contra el que van dirigidas, *respetando, en todo lo posible**, tanto los derechos de los particulares como los *de los terceros Estados**.»

[243] Véase cap. VIII *infra*.

## CAPÍTULO VI

## Proyectos de artículos propuestos

96. El texto de los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial es el siguiente:

### *Artículo 13.—Proporcionalidad*

**Ninguna medida adoptada por el Estado lesionado a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 deberá ser desproporcionada a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a sus efectos.**

### *Artículo 14.—Contramedidas prohibidas*[244]

**1. El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:**

***a*) a la amenaza o al uso de la fuerza armada [en contravención del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas];**

***b*) a cualquier comportamiento:**

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

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

[244] Este es el proyecto de artículo reformulado y presentado por el Relator Especial. La versión presentada originalmente decía:

*«Artículo 14.—Contramedidas prohibidas*

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

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

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

»*c*) a cualquier comportamiento:

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

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

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

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

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

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

**2. La prohibición enunciada en el apartado *a* del párrafo 1 comprende no sólo la fuerza armada sino también cualesquiera medidas extremas de coacción política o económica que pongan en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que estén dirigidas.**

## CAPITULO VII

## Los llamados regímenes autónomos

97. Como ya se ha indicado en el tercer informe, los llamados regímenes autónomos se caracterizan por el hecho de que las obligaciones de fondo que enuncian van acompañadas de normas especiales relativas a las consecuencias de su violación[245]. El análisis de la práctica internacional pone de manifiesto que las normas que realizan tales funciones —en su mayoría, aunque no exclusivamente, normas convencionales— no son inhabituales en los tratados multilaterales, especialmente los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales u órganos determinados. Por lo que respecta a las formas de reacción previstas contra las violaciones, no difieren fundamentalmente de las formas de reacción unilateral a que suelen recurrir los Estados de conformidad con el derecho internacional general. La característica principal de esos regímenes es que su aplicación suele entrañar la participación de un organismo internacional, la cual consiste, bien en velar por su observancia, o bien en cierto grado de intervención en el estudio, la aplicación directa o la autorización de las medidas[246]. Sea como fuere, en lo que concierne a esas diferencias, la cuestión principal es la de si las normas que constituyen el llamado régimen autónomo afectan —y en caso afirmativo de qué modo— al derecho de los Estados participantes a recurrir a las contramedidas previstas en derecho internacional general[247]. Teniendo en cuenta la dificultad de resolver la cuestión en abstracto, conviene examinar algunos de esos regímenes supuestamente autónomos.

98. El ejemplo más importante de régimen supuestamente «autónomo» parece ser el sistema representado por el llamado «orden jurídico» de la Comunidad Europea[248]. En lo que se refiere a ese sistema, la idea de que los Estados miembros han renunciado a su facultad de recurrir a medidas unilaterales de conformidad con las normas de derecho internacional general sobre las contramedidas ha sido afirmada reiteradamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; los pronunciamientos más interesantes son la resolución 90-91/63 dictada contra Bélgica y Luxemburgo[249] y la resolución 232/78 dictada contra Francia[250]. Un sector de la doctrina comparte

[245] *Anuario 1991*, vol II (primera parte) [vease nota 1 *supra*], parrs 84 a 88

[246] Las diversas posibilidades figuran indicadas en Lattanzi, «Sanzioni internazionali», *Enciclopedia del diritto*, pags 559 y ss , y en los textos de la doctrina alli mencionada

[247] Como se señalo en el tercer informe, el problema puede plantearse tambien en relacion con las consecuencias de fondo de una violacion de las normas del llamado regimen «autonomo» [*Anuario 1991*, vol II (primera parte) (vease nota 1 *supra*), parrs 86 a 88]

[248] Se hace referencia al sistema de la Comunidad Europea como «regimen autonomo», en particular, en Riphagen, tercer informe [*Anuario 1982*, vol II (primera parte), documento A/CN 4/354 y Add 1 y 2, parrs 72 y 73 y nota 53], y cuarto informe [*Anuario 1983*, vol II (primera parte) (vease nota 51 *supra*), parr 120], Reuter y Combacau, *Institutions et relations internationales*, pag 386, Sørensen, «Eigene Rechtsordnungen—Skizze zu einigen systemanalytischen Betrachtungen uber ein Problem der internationalen Organisation», *Europaische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtbarkeit, Festschrift zum 70 Geburtstag von Hans Kutscher*, pag 431, y Simma, «Self-contained regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pags 125 y ss

[249] En el primer caso, el Tribunal rechazo el argumento de Belgica y Luxemburgo segun el cual la inaccion de la Comision con respecto a la regulacion de determinados aspectos del comercio de productos lacteos constituia una violacion de las obligaciones establecidas por el Tratado, violacion que, a su vez, justificaria la violacion por esos paises de las obligaciones enunciadas en dicho Tratado Segun el Tribunal, el Tratado

> «establece un nuevo orden juridico que regula las facultades, derechos y obligaciones de esas personas [las personas a las que se aplica el Tratado] y el procedimiento necesario para conocer y juzgar toda posible violacion del mismo»

Por consiguiente, «[ ] con excepcion de los casos expresamente previstos, el regimen del Tratado implica la prohibicion de que los Estados miembros se tomen la justicia por su mano» [*Commission de la Communaute economique europeenne* c *Grand-Duche de Luxembourg et Royaume de Belgique*, fallo de 13 de noviembre de 1964 (Cour de justice des Communautes europeennes, *Recueil de la jurisprudence de la Cour, 1964*, Luxemburgo, pags 1217 y ss )]

[250] En el segundo caso, concerniente al establecimiento por Francia, en violacion del Tratado, de un regimen nacional de produccion de carne de cordero, el Tribunal resume asi su opinion

> «La Republica francesa no puede justificar la existencia de un regimen de esa indole aduciendo que, por su parte, el Reino Unido ha mantenido una organizacion nacional de mercado para el mismo sector La Republica francesa, si estimaba que ese regimen entrañaba elementos incompatibles con el derecho comunitario, tenia la posibilidad de actuar en el ambito del Consejo, por medio de la Comision o, finalmente, en el marco de las vias jurisdiccionales de recurso para obtener la eliminacion de esas incompatibilidades En ningun caso, un Estado miembro puede permitirse adoptar unilateralmente medidas correctivas o medidas de defensa destinadas a obviar la posible inobservancia, por otro Estado miembro, de las disposiciones del Tratado » [*Commission des Communautes europeennes* c *Republique française*, «Viande ovine», fallo de 25 de septiembre de 1979 (Cour de justice des Communautes europeennes, *Recueil de la jurisprudence de la Cour, 1979-8*, Luxemburgo, pag 2739)]

la opinión del Tribunal[251]. Sin embargo, otros tratadistas sostienen que la facultad de recurrir a los medios de defensa que ofrece el derecho internacional general no puede excluirse en los casos en que se hayan utilizado infructuosamente los mecanismos de la Comunidad Europea[252].

99. Debe recalcarse que la única jurisprudencia existente es la del propio Tribunal de las Comunidades Europeas, es decir, un órgano jurisdiccional que forma parte integrante del sistema supuestamente autónomo. Hasta ahora no ha habido oportunidad de que se pronuncie un órgano jurisdiccional externo. Es significativo, por otra parte, que la adopción sin reservas de la opinión del Tribunal de la Comunidad Europea se haya producido, hasta ahora, principalmente entre los tratadistas especializados en el derecho de la Comunidad Europea. La opinión opuesta es defendida, por el contrario, por tratadistas cuyo principal interés radica en el derecho internacional público. No se puede por menos que preguntarse si la hipótesis de que se trata sólo es imaginable en el marco del «sistema jurídico» de la Comunidad o, con más exactitud, en el marco de las relaciones jurídicas internacionales creadas, entre los Estados participantes, por los tratados de la Comunidad Europea[253]. Considerados desde fuera, o sea, desde el punto de vista del derecho internacional general, esos tratados no difieren esencialmente de los demás tratados. Siguen estando sujetos a todas las normas del derecho de los tratados. No se hace abstracción del elemento de reciprocidad y ni siquiera la elección de los Estados contratantes de convertirse en miembros de una «comunidad» puede considerarse —en derecho internacional— irreversible (por lo menos mientras esos Estados conserven la condición de entidades soberanas y no se logre la plena integración jurídica).

100. De eso parece desprenderse que el sistema de la Comunidad no representa la verificación de la hipótesis de un régimen realmente autónomo, o no la representa, por lo menos, a los efectos del régimen de las contramedidas contra las violaciones en derecho internacional general. La afirmación de que, en realidad, un «retorno» de los Estados miembros a las medidas que ofrece el derecho internacional general sería jurídicamente imposible, aun en caso de fracaso de las vías de recurso institucionales de la Comunidad, no parece estar verdaderamente justificada, *al menos* desde el punto de vista del derecho internacional general. Parece acertado estimar, como hace White, que tal aserto da preferencia a las «consideraciones políticas» sobre el «razonamiento jurídico»[254].

101. Menos convincentes aún son los otros dos ejemplos de regímenes supuestamente autónomos: las normas sobre la protección de los derechos humanos y las normas sobre las relaciones diplomáticas y la condición jurídica de los agentes diplomáticos[255].

102. El régimen «autónomo» de los derechos humanos estaría constituido por normas convencionales, más exactamente por alguno de los sistemas convencionales en vigor en los ámbitos regional o universal[256]. La doctrina está dividida a este respecto, pero con un claro predominio de la opinión negativa si se exceptúa a los autores de países socialistas[257]. Algunos tratadistas analizan

---

[251] Compárese, en particular, Schwarze, «Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen», *Europarecht*, 1983, págs. 1 a 39; Ipsen, «Über Supranationalität, *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, 1973, págs. 211 y ss.; Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes — Etudes des sources du droit communautaire*, pág. 165, y «Aspects judiciaires de l'"acquis communautaire"», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, págs. 617 a 651, especialmente págs. 626 a 628.

[252] Como señala Simma:

«Sin embargo, con arreglo a lo que probablemente constituye la opinión predominante en la doctrina, las medidas de represalia o la *exceptio non adimpleti contractus* (artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) no llegarían a ser admisibles siquiera en este caso [es decir, después de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hubiera fallado que un Estado miembro infringía una obligación dimanante de una sentencia anterior del Tribunal]. Otros tratadistas son más prudentes y admiten, aunque con notable vacilación, un retorno a las contramedidas establecidas en derecho internacional general como último recurso una vez que se han agotado en vano todos los medios jurídicos y políticos existentes en el sistema de la Comunidad Europea.» (*Loc. cit.*, pág. 126.)

El propio Simma figura entre esos tratadistas más prudentes y en su opinión:

«[...] el régimen general de la responsabilidad de los Estados sólo se puede anteponer de nuevo una vez que se han agotado todas las vías de recurso establecidas en el "subsistema" sin resultado positivo y cuando no se puede esperar de buena fe de la parte lesionada que siga tolerando el desequilibrio de costos y beneficios causado por el incumplimiento. De ese modo, ni siquiera en el caso del derecho de la Comunidad Europea se da la "desvinculación" total y definitiva entre un "régimen autónomo" y las normas generales» (*ibid.*, págs. 128 y 129).

Conforti adopta una posición análoga en su comentario al artículo 1 del Tratado constitutivo de la Comunidad europea del carbón y el acero, *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. — Commentario*, vol. I, págs. 37 a 39. Por lo que respecta a la opinión de que el recurso a medidas de «autotutela» estaría justificado cuando el Estado miembro no cumpliese sus obligaciones después de haber recaído una sentencia del Tribunal, véase también Kapteyn y Verloren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities after Accession of New Member States*, pág. 27.

[253] *Traités instituant les Communautés européennes*, Luxemburgo, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1987.

[254] «Legal Consequences of wrongful acts in international economic law», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, págs. 137 y ss., especialmente pág. 162.

[255] Riphagen estimó que esos tres casos constituían ejemplos de «regímenes objetivos» [véase *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte) (nota 51 *supra*), párrs. 89 a 91].

[256] El debate, en realidad, no versa tanto sobre la hipótesis de un régimen autónomo único resultante de la combinación de los distintos instrumentos convencionales sobre derechos humanos como sobre la hipótesis de varios regímenes autónomos, cada uno de los cuales correspondería a uno de los «sistemas» de los derechos humanos que coexisten (Pactos internacionales, el Convenio Europeo, etc.).

[257] Según Henkin:

«El esfuerzo por crear un derecho internacional de los derechos humanos ha sido en gran parte una lucha por establecer un mecanismo eficaz de aplicación de las normas acordadas. El arduo esfuerzo realizado no ha dado lugar a un mecanismo notablemente eficaz. Sería irónico que los escasos éxitos logrados en el establecimiento de ese mecanismo pudieran dar pie a una interpretación de los acuerdos en el sentido de excluir otros medios tradicionales de realización del derecho, donde son más necesarios, y de privar de ellos a los Estados deseosos de utilizarlos [...]

»Ningún convenio de derechos humanos, ni siquiera los que establecen un complejo mecanismo de aplicación, excluyen expresa o tácitamente las vías de recurso ordinarias en las relaciones interestatales. En realidad, los principales convenios de derechos humanos implican claramente lo contrario: que cada parte en el convenio

las dos hipótesis menos inverosímiles de un régimen autónomo de derechos humanos: el «sistema» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y el «sistema» del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950[258].

103. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido estudiado en este contexto por Tomuschat[259], Meron[260], Simma[261] y otros autores. El Relator Especial se inclina a compartir su opinión de que la disposición del artículo 44 del Pacto[262] es suficiente para descartar que el «sistema» del Pacto de 1966 reúna las condiciones debidas para ser considerado un régimen autónomo.

104. En cuanto al «sistema» del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales —que es el más avanzado de todos los instrumentos de derechos humanos existentes— las posiciones doctrinales son más prudentes. La opinión predominante es que también en este caso los derechos y vías de recurso normales, es decir, los derechos y vías de recurso reconocidos en el derecho internacional general, siguen fundamentalmente en pie[263]. Así se desprende,

---

tiene un interés jurídico en su observancia por las demás partes y puede invocar para obtener su aplicación las vías de recurso ordinarias.» («Human rights and "domestic jurisdiction"», *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*, pág. 31.)

Según Simma:

«Está por demostrar todavía que los Estados negociadores tuvieran realmente la intención de "desvincular" los tratados de derechos humanos de los procedimientos de ejecución del derecho internacional general. Mientras no se aporte esa prueba, es preciso atenerse a la premisa de que los tratados multilaterales sobre la protección de los derechos humanos, como todos los demás tratados, enuncian derechos y obligaciones recíprocos entre las partes contratantes *uti singuli*, lo que da lugar a la obligación de cada Estado de cumplir sus obligaciones para con todos los demás e inversamente al derecho de cada parte a exigir el cumplimiento a todas las demás partes y, de ser necesario, hacerlo efectivo mediante la adopción de contramedidas.» (*Loc. cit.*, pág. 133.)

Según Lattanzi:

«[...] siempre que los procedimientos establecidos en el tratado no permiten garantizar el respeto de los derechos humanos [...] los Estados no tienen otra opción que recurrir a las medidas coactivas a su disposición para inducir [al Estado autor] a cumplir [sus] obligaciones» (*op. cit.*, pág. 261, nota 41).

El *Restatement of the Law Third* (véase nota 39 *supra*) estipula:

«1) Todo Estado parte en un convenio internacional de derechos humanos puede prevalerse, frente a cualquier otro Estado parte que viole el convenio, de las vías de recurso generalmente disponibles en caso de violación de un convenio internacional, *así como** de cualesquiera vías de recurso especiales que establezca el convenio.» [Art. 703 (Vías de recurso en caso de violación de obligaciones relativas a los derechos humanos), pág. 175. Véanse también notas de los relatores, 2, págs. 178 y 179.]

Sostienen la opinión contraria Maddrey y varios tratadistas de países socialistas; según el primero:

«Dos obstáculos se oponen a la aplicación del derecho de las represalias para hacer efectivos los derechos humanos. En primer lugar, la falta de consenso sobre las normas de fondo que integran el *corpus* de los derechos humanos [...] Esta incertidumbre acerca del contenido sustantivo de la normativa de derechos humanos y el carácter obligatorio de las normas aceptadas hace que sea difícil determinar cuándo una violación da lugar a un acto de represalia permisible.

»En segundo lugar, algunos juristas sostienen que, de conformidad con el derecho consuetudinario de las represalias, sólo los Estados directamente perjudicados por un acto del Estado autor están autorizados a adoptar medidas de represalia. Como las denuncias en materia de derechos humanos versan sobre el trato reservado por un Estado a sus propios nacionales, no existe daño directo a otro Estado en el sentido tradicional. Otros juristas han aducido que la violación del derecho internacional crea un derecho público de represalia, que autoriza a todas las naciones a adoptar tales medidas. Pero la falta de consenso a este respecto hace difícil determinar cuándo nace el derecho a intervenir. Por consiguiente, en vista de esos dos obstáculos, el derecho de las represalias ofrece escasa legitimidad a cualesquiera medidas no autorizadas que se adopten para la defensa y promoción de los derechos humanos.» («Economic sanctions against South Africa: problems and prospects for enforcement of human rights norms», *Virginia Journal of International Law*, 1982, págs. 362 y 363.)

Abunda en el mismo sentido Frowein, que Meron menciona, *op. cit.*, pág. 229, nota 305, como el principal mantenedor de la opinión de que las vías de recurso establecidas en los instrumentos de derechos humanos excluyen la utilización de otros medios.

[258] En realidad, según Meron: «El que un tratado determinado sobre derechos humanos excluya las vías de recurso no previstas en el tratado no depende [...] de ninguna teoría jurídica abstracta sino de la interpretación de buena fe de las disposiciones del tratado [...]» (*ibid.*, pág. 231).

[259] En opinión de Tomuschat, la idea de que el artículo 41 del Pacto constituye una disposición de exclusión por el que se exceptúa cualquier otro método de aplicación del tratado debe rechazarse expresamente porque ello tendría por efecto que no se pudiera pedir cuentas por su comportamiento a todos los Estados que no hubiesen optado por reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegase que otro Estado Parte no cumplía las obligaciones que le imponía el Pacto, salvo en el marco de la disposición relativa a la presentación de informes. La carga de la prueba recae en quienes defienden esa excepción (desviación) de las normas jurídicas internacionales generales («Die Bundesrepublick Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen», *Vereinte Nationen*, 1978, pág. 8).

[260] Según este tratadista:

«Teniendo en cuenta el carácter bastante limitado de las disposiciones sobre solución de las controversias que contiene el Pacto [...], no es sorprendente que el artículo 44 del Pacto autorice liberalmente a los Estados Partes que hayan reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer de las comunicaciones presentadas por los Estados en virtud del artículo 41 a recurrir a otros medios de solución de las controversias relativas a la interpretación y la aplicación del Pacto, incluida la CIJ.» (*Op. cit.*, pág. 232.)

[261] *Loc. cit.*

[262] El artículo 44 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice:

«Las disposiciones de la aplicación del presente Pacto se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos previstos en materia de derechos humanos por los instrumentos constitutivos y las convenciones de las Naciones Unidas y de los organismos especializados o en virtud de los mismos, y no impedirán que los Estados Partes recurran a otros procedimientos para resolver una controversia, de conformidad con convenios internacionales generales o especiales vigentes entre ellos.»

[263] Henkin, *loc. cit.*, págs. 32 y 33. Simma estima, más generalmente, que la existencia de instrumentos de derechos humanos no ha dado lugar a una «desvinculación» (de las vías de recurso) del derecho internacional general; sin embargo, añade:

«En el caso de un tratado como el Convenio Europeo, que establece un sistema eficaz de presentación de demandas por los particulares y los Estados, la necesidad de recurrir a los medios de tutela de los derechos que establece el derecho internacional general no se planteará casi nunca.» (*Loc. cit.*, pág. 133.)

Meron, por su parte, advierte que

«[...] el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece un sistema muy eficaz de solución de las controversias, excluye explícitamente el recurso a medios de solución ajenos al Convenio, como la Corte Internacional de Justicia o los órganos de las Naciones Unidas competentes en materia de derechos humanos. El artículo 62 del Convenio dispone que los Estados Partes, "salvo compromiso especial", sólo podrán someter cualquier diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del Convenio a los medios de solución previstos en el Convenio.» (*Op. cit.*, págs. 232 y 233.)

*(Continuación en la página siguiente.)*

por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 62 del Convenio, en el que se menciona expresamente, aunque a título de «compromiso especial», el derecho a recurrir a procedimientos de solución distintos de los previstos en el Convenio[264]. También desde este punto de vista el sistema europeo está abierto a las vías de recurso de derecho internacional general.

105. Con respecto a ambos «sistemas» de derechos humanos —e implícitamente a otros instrumentos similares—, las obligaciones que enuncian «... están sujetas a las normas generales de derecho internacional en materia de aplicación, independientemente de los procedimientos especiales puestos a disposición de los particulares o grupos de particulares o de los mismos Estados...»[265]. Henkin, también con respecto a los procedimientos establecidos en el Pacto o el Convenio Europeo, dice que su objeto era claramente «completar las vías generales de recurso a disposición de una parte contra la violación por otra parte, y no suplantarlas...»[266].

106. El estudio de algunos casos recientes parece corroborar la opinión de que no existe ningún régimen autónomo universal o regional de derechos humanos[267]. La única dificultad que plantean esos casos es que no siempre es fácil distinguir entre las contramedidas en sentido estricto y la mera retorsión[268].

107. Igualmente poco concluyente, desde el punto de vista de la existencia de un régimen autónomo (regional), es el párrafo 267 del fallo dictado por la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*. Por lo que respecta a las acusaciones de violación de los derechos humanos por Nicaragua, la Corte afirmó, entre otras cosas, que

> [ ] cuando los derechos humanos estan protegidos por convenios internacionales, esa proteccion se traduce en disposiciones establecidas en el texto mismo de los convenios destinadas a velar por el respeto de los derechos humanos o a garantizarlo
>
> [ ]
>
> El compromiso politico de Nicaragua [de respetar los derechos humanos] fue contraido en el marco de la Organizacion de los Estados Americanos, cuyos organos estaban facultados por consiguiente para velar por su observancia La Corte ha señalado antes (parr 168) que, desde 1979, el Gobierno de Nicaragua ha ratificado varios instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, entre ellos la Convencion Americana sobre Derechos Humanos (el Pacto de San Jose de Costa Rica) Los mecanismos previstos en esos tratados han funcionado De hecho, la Comision Interamericana de Derechos Humanos adopto medidas y elaboro dos informes [ ] despues de visitar Nicaragua por invitacion del Gobierno de ese pais Por consiguiente, la Organizacion estaba en condiciones, si lo deseaba, de adoptar una decision basandose en esos informes[269]

*(Continuacion de la nota 263 )*

Sin embargo, el mismo autor señala que

> «La inclusion del articulo 62 en el Convenio pone de manifiesto que sus autores entendian que, a falta de esta disposicion, los Estados Partes hubieran estado autorizados a utilizar procedimientos de solución de las controversias ajenos al Convenio » (*Ibid*, pag 233 )

[264] Dicho articulo dice

> «Las Altas Partes Contratantes renuncian reciprocamente, salvo compromiso especial, a prevalerse de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por via de demanda, una diferencia surgida de la interpretacion o de la aplicacion del presente Convenio a un procedimiento de solucion distinto de los previstos en el presente Convenio »

[265] Arangio-Ruiz, «Human rights and non-intervention », *loc cit*, pag 247

[266] Henkin, *loc cit*, pag 31 No carece de interes, especialmente con respecto al regimen supuestamente autonomo representado por el sistema del Convenio para la proteccion de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplique las disposiciones del Convenio relativas a las consecuencias sustantivas de las violaciones (en particular el articulo 50) en cuanto incorporan las normas generales de derecho internacional que rigen tales consecuencias (Lattanzi, *op cit*, pags 207 y ss y pags 236 y ss ) Veanse, entre otros, los asuntos siguientes *Engel et autres* (publications de la Cour europeenne des droits de l'homme, *Serie A Arrêts et decisions, Arrêt du 23 novembre 1976*, vol 22, pag 70), *Deweer* (*ibid*, *Arrêt du 27 fevrier 1980*, vol 35, pag 31), *Konig* (*ibid*, *Arrêt du 10 mars 1980*, vol 36, pag 20), y *Artico* (*ibid*, *Arrêt du 13 mai 1980*, vol 37, pag 22)

[267] Despues del asesinato en Washington, D C, del ex Ministro de Relaciones Exteriores de Chile por funcionarios chilenos, los Estados Unidos de America suspendieron en 1976 el acuerdo de asistencia militar celebrado con Chile (asunto mencionado en Lattanzi, *op cit*, pags 322 a 324) Un año antes, Mexico suspendio las relaciones consulares con España a raiz de la condena a muerte de 11 separatistas vascos («Chronique», RGDIP, 1976, pags 590 y ss, especialmente pag 595) Tambien puede hablarse quizas de contramedida en sentido estricto en relacion con la decision francesa, de 23 de mayo de 1979, de suspender toda forma de asistencia militar al Imperio Centroafricano —Estado Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos— a raiz de la ejecucion el 18 de abril de ese año de 85 jovenes por la guardia personal del emperador Bokassa El 17 de agosto de 1979, tras la confirmacion del hecho por una comision integrada por cinco magistrados africanos, Francia hizo extensiva su medida a cualquier asistencia financiera al Imperio (salvo los programas de asistencia alimentaria, medica y educativa) (*ibid*, 1980, pags 363 y 364, y Lattanzi, *op cit*, pag 322) Una contramedida en sentido estricto fue tambien la adoptada por el Gobierno neerlandes al suspender todos los acuerdos en vigor con Suriname —Estado Parte en el Pacto— a raiz de la muerte inexplicada de 15 personalidades destacadas de ese pais El Ministro de Cooperacion y Desarrollo holandes declaro ante el Parlamento en agosto de 1983

> «Antes de dar por terminada esa suspension [de los acuerdos con Suriname], el Gobierno de los Paises Bajos espera que Suriname adopte disposiciones positivas en favor del restablecimiento de la democracia y el orden publico, dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales y mediante el establecimiento de estructuras capaces de impedir cualquier repeticion de lo ocurrido en diciembre de 1982 » («Netherlands State Practice», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol XV, 1984, pag 321, secc 6 4341 )

Tambien es interesante la declaracion de un portavoz de la Republica Federal de Alemania, en 1982

> «El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos es un tratado internacional al que se aplican las normas relativas a los tratados internacionales Los derechos y obligaciones de las partes en el tratado estan sujetos a esas normas y, ante todo, a las disposiciones enunciadas en el propio tratado El derecho internacional general se aplica con caracter supletorio » (Bundestags-Drucksache 9/1981, pag 2, citado en Simma, *loc cit*, pag 134 )

[268] Como señala Lattanzi, Anzilotti planteo la cuestion con toda claridad mucho antes de la proliferacion de los instrumentos de derechos humanos

> « nada se opone, sobran los ejemplos, a que un Estado se obligue respecto de otros Estados a tratar a sus propios subditos de una manera determinada, en particular otorgandoles determinados derechos En tal caso, el Estado esta internacionalmente obligado a comportarse con sus nacionales del modo prometido, su negativa a concederles los derechos previstos constituiria una falta de cumplimiento de la obligacion, lo que autorizaria a los Estados respecto de los cuales se hubiera obligado a reclamar el cumplimiento de esa obligacion por todos los medios del derecho internacional» («La responsabilite internationale des Etats a raison des dommages soufferts par des etrangers», RGDIP, 1906, pag 10)

[269] *C I J Recueil 1986* (vease nota 147 *supra*), pag 134

Nada se dice en ese fallo de un régimen «autónomo» interamericano de derechos humanos, en cualquier caso no en el sentido de un «circuito jurídico cerrado». Se limita a reconocer la existencia de disposiciones y mecanismos regionales de derechos humanos; y el hecho mismo de subrayar que tales disposiciones y mecanismos han funcionado parece dar a entender que, en caso contrario, se habría vuelto a las vías de recurso generales.

108. Otro caso de régimen supuestamente autónomo sería, según una posible interpretación de un pronunciamiento de la CIJ, el derecho de las relaciones diplomáticas y, en particular, la normativa sobre los privilegios e inmunidades de los agentes y los locales diplomáticos.

109. De acuerdo con el pronunciamiento de la Corte en el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*,

> Las normas del derecho diplomático constituyen un régimen autónomo que, por una parte, enuncia las obligaciones del Estado receptor en materia de facilidades, privilegios e inmunidades que han de concederse a las misiones diplomáticas y, por otra, prevé su posible abuso por los miembros de la misión y especifica los medios de que dispone el Estado receptor para hacer frente a tal abuso. Esos medios son, por naturaleza, totalmente eficaces[270].

De ello parecía desprenderse, según la Corte, que el Estado lesionado por la violación de una obligación del otro Estado en la esfera de las relaciones diplomáticas sólo podía «utilizar los medios que el derecho diplomático ponía a su disposición»[271].

110. No obstante, se han expresado desde muchos sectores dudas acerca del carácter autónomo del derecho diplomático[272]. La más convincente es la teoría según la cual las verdaderas restricciones de las, por decirlo así, contramedidas «diplomáticas» no derivan del «carácter especial» del derecho diplomático sino simplemente de la aplicación normal, en la esfera del derecho diplomático, de los principios y normas generales que integran el régimen de las contramedidas, es decir, de las diversas clases de restricciones generales, de la restricción absoluta de *jus cogens*, de las restricciones impuestas por el respeto de los derechos humanos y, quizás, de las restricciones especiales derivadas de *determinadas normas* del derecho de las relaciones diplomáticas. Esta es la posición adoptada por Simma[273] y, hasta cierto punto, por Dominicé[274].

111. En su comentario al proyecto de artículo 2 de la segunda parte[275], Riphagen indica que un ejemplo de posible excepción al régimen general podría ser un tratado de unión aduanera que estableciese las consecuencias de la violación de sus propias disposiciones, apartándose de las normas generales relativas a las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos. Así ocurre probablemente —si se ha entendido bien la posición del profesor Riphagen— con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio[276], en el que algunos artículos versan sobre las contramedidas en relación con la solución de controversias (art. XXIII), las restricciones cuantitativas a las importaciones en violación del Acuerdo (art. XII), las salvaguardias (art. XIX) y la modificación de las concesiones arancelarias (art. XXVIII). Riphagen no parece a este respecto referirse tanto a un régimen autónomo como a una serie de «excepciones» convencionales a las normas generales, a diferencia de una obra reciente sobre las contramedidas en las relaciones económicas internacionales que aparentemente menciona el concepto de régimen autónomo en relación con el GATT. Según la autora:

> El respeto de las disposiciones del Acuerdo General no permite que un Estado incumpla sus obligaciones a modo de contramedida contra otro Estado parte en el Acuerdo General, fuera de los supuestos previstos en el propio Acuerdo. Este, en efecto, define y regula estrictamente las posibilidades de ejercitar contramedidas frente a Estados a los que sea atribuible un hecho que corresponda al ámbito de aplicación del Acuerdo General y que pueda dar lugar a la aplicación de contramedidas, lo que confiere carácter de ilicitud a la aplicación de cualquier medida adoptada como supuesta contramedida que no sea conforme a las estipulaciones del Acuerdo General [...][277].

La prohibición de toda contramedida que no esté prevista en el Acuerdo también se aplicaría, en las relaciones entre los Estados contratantes, a la suspensión del cumplimiento de una o varias obligaciones del Acuerdo General a modo de reacción contra la violación de obligaciones internacionales distintas de las dimanantes del propio Acuerdo General. Sin embargo, y sin perjuicio de un estudio más detenido, el «sistema» del GATT no parece constituir realmente un régimen autónomo. La propia autora de la obra citada parece reconocerlo cuando señala que los Estados participantes recurren en algunos casos a

> [...] medidas adoptadas fuera de todo marco reglamentario, como las medidas llamadas de la zona gris y los acuerdos de autolimitación[278].

---

[270] *C.I.J. Recueil 1980* (véase nota 37 *supra*), pág. 40, párr. 86.

[271] *Ibid.*, párr. 87.

[272] Según Simma:

> «No cabe ninguna duda de que violaciones graves del derecho diplomático como, por ejemplo, actos de terrorismo de Estado cometidos por medio de agentes diplomáticos pueden justificar la adopción de contramedidas (represalias) en forma de suspensión de las obligaciones para con el autor de la violación en otros campos. Por consiguiente, aun estando de acuerdo con la opinión de la Corte de que las contramedidas adoptadas como reacción a los abusos de la inmunidad diplomática no pueden afectar a la inmunidad de los agentes diplomáticos interesados, esa interpretación jurídica sólo puede calificarse de ''autónoma'' en un sentido muy restringido.» (*Loc. cit.*, págs. 120 y 121.)

Tomuschat ha afirmado que:

> «[...] solamente debe protegerse el núcleo de las inmunidades de las misiones diplomáticas y consulares y de su personal [...] pueden restringirse lícitamente otras inmunidades mediante reciprocidad o represalia.» (*Anuario... 1985*, vol. I, 1896.ª sesión, párr. 41.)

[273] «[E]s efectivamente a los límites *generales* de las contramedidas frente a hechos internacionalmente ilícitos que, en opinión del autor, la Comisión debería sujetar también las normas secundarias del derecho diplomático, es decir, la proporcionalidad, el *jus cogens* y la norma superior de la Carta de las Naciones Unidas» (*loc. cit.*, pág. 122).

[274] «[P]ara afirmar que una violación inicial del derecho diplomático no legitima en absoluto al Estado víctima a infringir a su vez ese derecho, el argumento del régimen que se basta a sí mismo no es necesario» («Représailles et droit diplomatique», en *Recht als Prozess und Gefüge. — Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*).

[275] *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) [véase nota 11 *supra*], pág. 5, párr. 2.

[276] GATT, *Instruments de base et documents divers*, vol. IV (N.º de venta: GATT/1969-1).

[277] Boisson de Chazournes, *op. cit.*, pág. 148.

[278] *Ibid.*, pág. 63.

Esto parece indicar que el «sistema» del GATT no es realmente un régimen autónomo en el sentido en que el anterior Relator Especial parece haber utilizado esa expresión.

112. En conclusión, ninguna de las hipótesis de régimen autónomo parece verificarse en la realidad. Por otra parte, el análisis de esas hipótesis lleva a expresar las más serias dudas con respecto a la propia admisibilidad teórica del concepto de régimen autónomo como «subsistema» del derecho de la responsabilidad de los Estados o, para emplear los términos del anterior Relator Especial, como «circuito jurídico cerrado para un campo particular de relaciones de hecho»[279], como el que crean los conjuntos de normas que regulan los derechos humanos, las relaciones diplomáticas, la normativa en materia de aranceles y comercio o el derecho de las Comunidades Europeas. Por supuesto, cualesquiera normas sustantivas o cualquier conjunto más o menos articulado y organizado de tales normas pueden introducir, en vista de la posibilidad de su violación, disposiciones destinadas a regular mejor las consecuencias de esa violación. Y ello con objeto de

> [...] hacer más segura la respuesta de la parte lesionada y, por tanto, más prohibitivas las violaciones, o de limitar la respuesta y evitar así una reacción excesiva, una contrarreacción y la posible quiebra

de las normas o el conjunto de normas correspondiente[280]. En algunos de estos casos, la finalidad perseguida puede ser lograr una vigilancia organizada y más eficaz de la violaciones y las respuestas a esas violaciones mediante un mecanismo especial (como en determinados instrumentos de derechos humanos y en ciertos organismos internacionales) o evitar que la reacción contra una violación frustre el fin más general de la norma conculcada (como en las normas sobre la protección de los agentes diplomáticos). Para ello, las normas o conjuntos de normas de que se trata no excluyen la validez y aplicación de las normas de derecho internacional general que rigen las consecuencias (sustantivas o adjetivas) de los hechos internacionalmente ilícitos. Las normas *ad hoc* o especiales representan simplemente excepciones de derecho contractual (o, quizá, consuetudinario) a esas normas generales, excepciones que son admisibles en la medida en que no son incompatibles con éstas. En realidad no es concebible ninguna excepción —a menos que la aplicación de las normas de que se trate dé lugar a un grado de unión que lleve a la pérdida de la personalidad jurídica internacional de los Estados participantes y su integración en un sistema «nacional» (constitucional)— a las normas y principios esenciales relativos a las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos que son inherentes a la naturaleza misma de las relaciones internacionales y el derecho internacional. No sería admisible, en particular, ninguna disposición de un tratado que entrañase una excepción a: *a*) la prohibición del uso de la fuerza; *b*) la regla del respeto de los derechos fundamentales; *c*) las exigencias básicas de las relaciones diplomáticas; *d*) otras normas imperativas de derecho internacional general; *e*) la obligación de respetar los derechos de los «terceros» Estados; *f*) el principio de la proporcionalidad; o *g*) la norma según la cual la licitud de cualquier medida unilateral debe determinarse a la luz de la función jurídica última de esa medida. En el marco de tales principios y normas, los Estados no encuentran ningún obstáculo al establecimiento, en sus relaciones bilaterales o multilaterales, de mecanismos especiales que establezcan medidas o sanciones particulares, bien en respuesta a hechos ilícitos que supongan la infracción de las normas enunciadas en el mismo instrumento, o bien en respuesta a cualquier hecho internacionalmente ilícito si las medidas o sanciones particulares consideradas afectan de algún modo al instrumento de que se trata.

113. De eso se desprende que el Estado lesionado, si se encuentra en condiciones de prevalerse de la medidas previstas en un instrumento convencional determinado —y consistentes precisamente en una infracción del mismo—, podrá hacerlo simplemente fundándose en el instrumento correspondiente. No se planteará la cuestión de si la medida de que se trata es proporcional, en virtud del principio general, o si ha estado precedida de una demanda de reparación o conminación de conformidad con las normas generales. Bastará comprobar si la medida es admisible en esa situación de conformidad con el instrumento aplicable, siempre, por supuesto, que el Estado destinatario de la medida sea parte en ese instrumento. Esto puede ocurrir también —sin perjuicio de la observancia de las normas de *jus cogens*— como excepción a las normas generales del derecho de los tratados relativas a la suspensión y terminación de los tratados multilaterales.

114. Ahora bien, parece razonable entender, en particular, que un Estado que se adhiere a un régimen llamado «autónomo» no restringe mediante esa adhesión —a título de autolimitación— los derechos o facultades de reacción unilateral que posee en virtud del derecho internacional general hasta el punto de que el «régimen» aceptado no pueda ser objeto de excepción ni integración. Naturalmente, todo Estado que acepte el «régimen», ante la violación por otro Estado participante de una obligación del «régimen», estará obligado a reaccionar —si desea hacerlo— ante todo de conformidad con las disposiciones del «régimen» correspondiente. Sin embargo, eso no excluye que siga habiendo cierto margen para las medidas de derecho general, cuya amplitud dependerá del grado de disponibilidad y eficacia de los medios previstos por el «régimen» convencional[281].

115. Cabe imaginar dos hipótesis principales en que sigue y debe seguir abierta la posibilidad de «retorno»:

*a*) La primera es la del Estado lesionado por una violación del sistema que recurre a las instituciones del sistema, obtiene un pronunciamiento favorable pero no logra, por medio de los procedimientos del sistema, la

[279] *Anuario... 1982*, vol. I, 1731.ª sesión, párr. 16.

[280] El pasaje citado lo aplica Simma al régimen especial de suspensión y terminación de los tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados («Reflections on article 60 of the Vienna Convention of the Law of Treaties and its background in general international law», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1970, pág. 82).

[281] La situación no es muy distinta de la del Estado que ha contraído respecto del Estado infractor obligaciones bilaterales específicas de someterse a determinados procedimientos de solución de las controversias a los que debe recurrir ante todo después de una demanda o conminación infructuosa.

reparación a que tiene derecho en virtud de la decisión. Es evidente que, mientras que el Estado infractor no cumpla íntegramente sus obligaciones, el Estado lesionado puede recurrir lícitamente a las medidas que, aunque no incluidas en el «sistema», tiene a su disposición (con las limitaciones pertinentes) en virtud del derecho internacional general;

*b*) La segunda hipótesis se da cuando el hecho internacionalmente ilícito consiste en una violación del «régimen» que no ha terminado todavía. También en este caso el Estado lesionado está obligado —salvo, por supuesto, en los casos en que tendría derecho a obrar en legítima defensa— a aplicar ante todo los procedimientos convencionalmente acordados. Sin embargo, si el comportamiento ilícito continúa mientras se aplican esos procedimientos —y a pesar de las medidas cautelares adoptadas en el marco de éstos— el Estado lesionado puede al mismo tiempo recurrir lícitamente a cualesquiera medidas unilaterales «externas» que sean idóneas para proteger sus derechos primarios o secundarios sin poner en peligro la solución «justa» del conflicto que pueda ofrecer el «sistema».

116. Hay que añadir sin embargo, en lo que se refiere a ambas hipótesis, que cada uno de los Estados participantes en un «régimen» probablemente considera los derechos y obligaciones jurídicos a que se refiere el «régimen» —y la integridad misma de éste— como un bien jurídico de gran importancia. Por consiguiente, cualquier excepción al «régimen» no prevista por el «régimen» mismo debe considerarse como algo muy excepcional. Así pues, sólo se debe recurrir a medidas unilaterales «externas» en casos extremos, a saber, sólo como respuesta frente a hechos ilícitos de tal gravedad que justificarían una reacción que pueda poner en peligro un bien jurídico valorado en alto grado tanto por el Estado lesionado como por el Estado infractor. Dicho de otro modo, el principio de la proporcionalidad tendrá que aplicarse de un modo muy especial —y muy estrictamente— siempre que la medida a que se recurra consista en la suspensión o terminación de las obligaciones dimanantes de un régimen presuntamente «autónomo».

117. Por último, conviene subrayar una vez más que, normalmente, el régimen «autónomo» será establecido por un tratado multilateral. Esto significa que, como en el caso de cualquier tratado multilateral, sólo se podrá recurrir lícitamente a la suspensión o terminación a modo de contramedida con la salvedad general de que no se cause ningún perjuicio a los derechos de los Estados participantes que no son el Estado o los Estados infractores. A este respecto también —como con respecto a la proporcionalidad— parece razonable estimar que el hecho mismo de la participación de los Estados en un régimen especial pone de relieve esa restricción, puesto que cada participante en el régimen adquiere algo más que un mero interés de hecho en la debida observancia del régimen por todas las partes y en cualquier circunstancia.

118. Las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores llevan a considerar que no sería apropiado, al codificar el derecho de la responsabilidad de los Estados, pensar en la inclusión de disposiciones que impongan restricciones «especiales» a las medidas consistentes en la suspensión o terminación de las obligaciones derivadas de tratados que crean regímenes especiales u organizaciones internacionales. La debida interpretación y aplicación de las normas generales que rigen cualquier medida unilateral —en particular las medidas que afectan a la observancia de obligaciones *erga omnes* escritas o no escritas— deberían ser suficientes para resolver los problemas que pueden surgir en relación con los tratados que establecen organizaciones internacionales o regímenes supuestamente «autónomos».

119. Razones análogas a las que llevan a poner seriamente en duda el concepto de los regímenes «autónomos» (o «circuitos jurídicos cerrados») son motivo de que el proyecto de artículo 2 de la segunda parte, aprobado en primera lectura[282], cause una gran perplejidad. La relación entre el objeto de esa disposición y el problema de los regímenes supuestamente autónomos u otros regímenes especiales apunta a la conveniencia de que no se deje a un lado dicho proyecto de artículo hasta la segunda lectura.

120. El proyecto de artículo 2 afirma el carácter supletorio de toda la segunda parte, es decir, el hecho de que las normas enunciadas en esa parte no se aplicarán sino en los casos y en la medida en que las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito no hayan sido «determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente al hecho internacionalmente ilícito de que se trate». Esta disposición se basa en el convencimiento de Riphagen de que existen, en el marco del derecho internacional, los regímenes «autónomos» examinados en los párrafos 97 a 119 *supra*, y en su convencimiento de que las reglas de esos regímenes o sistemas que rigen las consecuencias de la violación de las obligaciones que de ellos emanan excluyen, en la esfera correspondiente, la aplicación de las normas generales relativas a las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito[283].

121. Aunque algunos miembros expresaron ciertas dudas durante el debate sobre esa disposición[284], la aprobación del proyecto de artículo pone de manifiesto que la idea fue generalmente aceptada por la Comisión en su 35.° período de sesiones[285].

---

[282] Para el texto de los artículos 1 a 5 de la segunda parte en su forma aprobada en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 136, nota 359.

[283] Véanse tercer informe [*Anuario... 1982*, vol. II (primera parte) (nota 248 *supra*), párrs. 52 a 77]; sexto informe [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) (nota 11 *supra*), comentario al artículo 2]; véanse asimismo sus comentarios en *Anuario... 1982*, vol. I, 1731.ª sesión, párrs. 16 a 23, y *Anuario... 1984*, vol. I, 1858.ª sesión, párrs. 3 a 9.

[284] Se manifestaron en contra del artículo: Ushakov (*Anuario... 1982*, vol. I, 1734.ª sesión, párr. 47) y Yankov (*ibid.*, 1737.ª sesión, párr. 15). Calero Rodrigues también puso en tela de juicio el concepto de «subsistema» y el excesivo alcance del proyecto de artículo 2 (*ibid.*, 1736.ª sesión, párrs. 22 a 24).

[285] Véase *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 47. El enunciado de dicho artículo causó mayor perplejidad en la Sexta Comisión, en la que varios oradores subrayaron que demasiadas excepciones quitarían todo interés al proyecto. Véanse, en especial, las intervenciones de los representantes del Brasil (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 43.ª sesión, párr. 56), Francia (*ibid.*, 38.ª sesión, párr. 14), Grecia (*ibid.*, 40.ª sesión, párr. 45) y el Iraq (*ibid.*, 50.ª sesión, párr. 50).

122. Atendiendo a la generalidad de los términos empleados en el proyecto de artículo 2 para referirse a «otras reglas de derecho internacional», cabría pensar que los regímenes especiales que gozan, por así decirlo, de exclusividad en la regulación de las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos pueden estar basados, no sólo en normas convencionales, sino también en normas consuetudinarias no escritas. Por lo que respecta al derecho no escrito, sin embargo, no se alcanza a distinguir cuáles podrían ser tales normas ni cómo el régimen especial que creasen se relacionaría con las normas que ha de codificar la CDI. Los ejemplos de regímenes especiales de derecho consuetudinario indicados por Riphagen serían, además de las normas que condenan los crímenes internacionales de los Estados, las normas relativas al respeto de los derechos humanos, la protección del medio ambiente como «recurso compartido» y las inmunidades diplomáticas[286]. Como se ha indicado en los párrafos 101 a 109 *supra*, y como reconoció el propio Riphagen[287], el respeto de los derechos humanos y las inmunidades diplomáticas no son objeto, en virtud del derecho no escrito, de ninguna forma especial de responsabilidad internacional. Por el contrario, las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos o de las normas de derecho diplomático —sustantivas o adjetivas— están sujetas a las mismas restricciones dimanantes, bien de las limitaciones absolutas de las contramedidas, o bien del requisito general de compatibilidad con el *jus cogens*. En cuanto a la protección del medio ambiente, el Relator Especial no alcanza a discenir cómo se podría justificar, en el estado actual de la práctica internacional, la idea de que esa cuestión ya se rige por un régimen especial de derecho consuetudinario no escrito o la de que la aparición de un régimen especial de esa naturaleza está muy próxima. Como una aportación reciente al tema ha demostrado claramente[288], y como se señala en los párrafos 139 a 151 *infra*, la regulación de las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos no ofrece ninguna peculiaridad en lo que se refiere al medio ambiente que no esté comprendida de algún modo en la aplicación de las normas y principios generales sobre la responsabilidad internacional. Por último, por lo que respecta a los crímenes internacionales, el régimen de sus consecuencias —en la medida en que haya de ser destacado como *especial* en comparación con el régimen de otros hechos internacionalmente ilícitos de los Estados— se ha considerado hasta ahora incluido en el marco del proyecto que actualmente prepara la Comisión, en particular como elemento integrante de las partes segunda y tercera. En conclusión, parece que no existe ninguna esfera de las relaciones jurídicas internacionales que sea objeto de un régimen especial de normas no escritas sobre la responsabilidad de los Estados y que justifique una disposición que, como la enunciada actualmente en el artículo 2, conferiría a las normas generales sobre la responsabilidad de los Estados que elabora la Comisión de Derecho Internacional el carácter de meras normas supletorias.

123. Pero el proyecto de artículo 2 también es discutible, por lo menos en su forma actual, con respecto a las normas convencionales. Sería sin duda totalmente exacto afirmar en ese artículo —aunque no sea necesario decirlo— que las normas generales que se enuncian en la segunda parte no son de aplicación necesaria y que, por supuesto, los Estados pueden muy bien apartarse de ellas por tratado. Esta es una característica común de cualquier norma de derecho internacional que no sea una norma imperativa. Sin embargo, el tenor del artículo 2 parece ir más allá de esa afirmación obvia. En su presente enunciado, el artículo 2 dispone que las normas generales establecidas en la segunda parte serán inaplicables en los casos y en la medida en que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito hayan sido determinadas por «otras reglas de derecho internacional». Limitándonos por el momento a la hipótesis del derecho de los tratados, el artículo 2 significa, conforme a su tenor, que siempre que un tratado determine las consecuencias jurídicas de uno o varios hechos internacionalmente ilícitos —por ejemplo las violaciones de las obligaciones enunciadas en ese tratado— las normas de la segunda parte dejarán de aplicarse. Cada Estado participante en un tratado de esa naturaleza excluiría totalmente de forma automática la aplicación de las normas generales codificadas, y ello en virtud de una disposición —el proyecto de artículo 2— incluida en la convención de codificación misma en que han de establecerse esas normas generales. Una consecuencia tan amplia requiere un estudio más detenido por parte de la Comisión.

124. Como se ha dicho ya, la finalidad perseguida por los Estados cuando incluyen en un tratado normas especiales para regular las consecuencias de su violación no es excluir, en sus relaciones mutuas, los derechos, las obligaciones, las facultades —en suma, las garantías— que dimanan, para cada uno de ellos en sus relaciones con todos los demás, de la aplicación normal de las reglas generales sobre la responsabilidad de los Estados. Por el contrario, la finalidad perseguida es reforzar las garantías normales, inorgánicas y no siempre satisfactorias del derecho general, haciéndolas más seguras y eficaces, bien mediante mecanismos institucionales o bien, en su defecto, mediante disposiciones más precisas, pero sin renunciar en ningún caso a la posibilidad de «retorno», en hipótesis como las examinadas en el párrafo 115 *supra*, a garantías «naturales», menos evolucionadas. La presunción de abandono total de estas últimas, como la que actualmente expresa el proyecto de artículo 2, parece ser así doblemente inaceptable. Por una parte, desbarata el propósito de los Estados al establecer regímenes especiales mediante la atribución de efectos derogatorios no deseados a su acuerdo. Por otra parte, al conferir carácter «supletorio» a las normas generales, frustra el fin mismo de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad de los Estados emprendido por la Asamblea General por medio de la Comisión.

125. Si realmente ha de mantenerse en el proyecto de artículado una disposición como la del proyecto de artículo 2 —cosa que el Relator Especial pone firmemente

[286] Cuarto informe [*Anuario... 1983*, vol. II (primera parte) (véase nota 51 *supra*), párrs. 89 a 91].

[287] *Ibid.*; sexto informe [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) (véase nota 11 *supra*), págs. 12 a 14], art. 11, párr. 1 *c*, y art. 12 *b*, y sus comentarios correspondientes.

[288] Spinedi, «Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite causant un dommage à l'environnement», *International Responsibility for Environmental Harm*, págs. 75 a 124.

en duda— habrá que incluir por lo menos tres limitaciones o reservas:

*a*) La primera, que habrá de incorporarse al texto del artículo, es la aclaración de que la excepción a las normas generales enunciada en el proyecto es una excepción basada en instrumentos contractuales (y no en normas consuetudinarias no escritas);

*b*) La segunda —que también habrá de incluirse en el texto mismo— es que, para que surta efecto una *verdadera* excepción a las normas generales, las partes en el instrumento no deben limitarse a prever más o menos exhaustivamente las consecuencias de la violación del régimen, sino que deben indicar expresamente que, al participar en el sistema convencional, excluyen la aplicación de algunas o de todas las normas generales de derecho internacional relativas a la consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos;

*c*) La tercera aclaración podría incluirse simplemente en el comentario sobre el artículo y especificar que, no obstante lo indicado en el apartado *b*, la excepción convencional dejaría de surtir efecto si se produjera una violación del sistema de tal gravedad y magnitud que justificase, como medida proporcional contra el Estado infractor, la suspensión o terminación del sistema convencional en su conjunto. El Estado lesionado, al desligarse (temporal o permanentemente) del sistema[289], sería libre de hacer valer sus derechos llamados «secundarios» enunciados en las normas generales mediante las formas de reparación establecidas en ellas.

126. Por razones que en parte coinciden con las mencionadas en los párrafos 119 a 125 *supra*, y en parte las trascienden, el Relator Especial se inclina a pensar que el proyecto de artículo 4 de la segunda parte, aprobado en primera lectura[290], también requiere un estudio más detenido.

[289] Una posibilidad que ha sido prevista en el párrafo 1 y en los apartados *b* y *c* del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

[290] Véase nota 282 *supra*.

## CAPÍTULO VIII

## El problema de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados

### A.—El origen del concepto de Estado no directamente lesionado

127. En el capítulo IX del tercer informe[291], el Relator Especial indicó que no estaba convencido de que el concepto de Estado «no directamente» lesionado o «no directamente» perjudicado fuera muy preciso. Reflexionando sobre ello, ha llegado ahora a la conclusión de que ese concepto es inaceptable.

128. El concepto de Estado «no directamente» lesionado surgió en 1984 en los debates de la CDI y la Sexta Comisión en relación con la definición de Estado lesionado. Dicho concepto nació de algunas de las ideas formuladas por el anterior Relator Especial en su presentación del proyecto de disposición que se convertiría en el artículo 5 de la segunda parte del proyecto, aprobado en primera lectura[292]. Posteriormente, el concepto parece haber adquirido cierto prestigio entre los internacionalistas[293], que lo prefieren a la expresión «terceros» Estados,

[291] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) [véase nota 1 *supra*], párrs. 89 a 95, especialmente párrs. 90 y 95.

[292] Riphagen, cuarto informe [*Anuario... 1983*, vol. II (primera parte) (véase nota 51 *supra*), párrs. 31 y ss.], y sexto informe [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) (véase nota 11 *supra*), págs. 6 a 9, comentario al artículo 5]. Se manifestaron a favor de la distinción entre Estados «directamente lesionados o perjudicados» y Estados «indirectamente lesionados o perjudicados», en relación con los apartados *e* y *f* del párrafo 2 del artículo 5 aprobado en primera lectura, los siguientes miembros de la Comisión: Sinclair (*Anuario... 1984*, vol. I, 1865.ª sesión, párrs. 1 a 10); Lacleta Muñoz (*ibid.*, 1867.ª sesión, párrs. 15 a 19); Flitan (*Anuario... 1985*, vol. I, 1892.ª sesión, párrs. 47 a 56); Ogiso (*ibid.*, 1896.ª sesión, párrs. 1 a 18); Tomuschat (*ibid.*, párrs. 33 a 46 y 49); y Jagota (*ibid.*, 1901.ª sesión, párrs. 2 a 19). En la Sexta Comisión de la Asamblea General subrayaron la necesidad de distinguir entre Estados «directamente lesionados» y Estados «indirectamente lesionados», a los efectos de las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, los representantes del Afganistán (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 42.ª sesión, párr. 39), de la República Democrática Alemana (*ibid.*, 45.ª sesión, párr. 13), de Rumania (*ibid.*, 43.ª sesión, párr. 57), de la República Federal de Alemania (*ibid.*, 36.ª sesión, párr. 16, e *ibid.*, *cuadragésimo periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión, párr. 10), de Bulgaria (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 25), de Francia (*ibid.*, 34.ª sesión, párr. 41), de Nueva Zelandia (*ibid.*, 31.ª sesión, párr. 7), de Checoslovaquia (*ibid.*, 29.ª sesión, párr. 15) y de Viet Nam (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 74).

[293] Algunos tratadistas se han referido recientemente a las consecuencias de los hechos ilícitos, y especialmente a las violaciones de obligaciones *erga omnes* o *erga omnes partes*, distinguiendo entre los derechos y facultades de la parte lesionada según sea un Estado «directamente lesionado» o un Estado «indirectamente lesionado». Véase Ramcharan, «State responsibility in respect of violation of treaty rules in general, and of those creating an "objective regime" in particular: specific features with regard to the "first, second and third parameters"», *Indian Journal of International Law*, 1986, págs. 1 y ss.; Hutchinson, «Solidarity and breaches of multilateral treaties», *British Year Book of International Law*, 1988, págs. 151 y ss.; Sachariew, «State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the "injured State" and its legal status», *Netherlands International Law Review*, 1988, págs. 273 y ss.; Simma, «Bilateralism and community interest in the law of State responsibility», *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, págs. 821 a 844; Spinedi, *loc. cit.*; Cardona Llorens, «Deberes jurídicos y responsabilidad internacional», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Estudios en Homenaje al Profesor Manuel Diez de Velasco*. En opinión de este último autor, sin embargo, sería legítimo considerar que esos Estados no son Estados «indirectamente lesionados» por la

*(Continuación en la página siguiente.)*

asimismo utilizada en este contexto[294]. Como los «terceros» Estados son Estados ajenos a la relación jurídica, el Relator Especial ya descartó esa expresión por ser manifiestamente inadecuada[295]. Ahora bien, la expresión Estado «no directamente» lesionado o perjudicado no es mejor. Parece muy ambigua, especialmente a la luz de una interpretación lógica de la definición de Estado lesionado que probablemente ha adoptado la Comisión.

129. Un elemento esencial de la definición de Estado lesionado, que recoge más o menos satisfactoriamente el enunciado del artículo 5[296], es que el hecho internacionalmente ilícito no consiste sólo, o no necesariamente, en infligir un daño físico injusto. De una manera más general, consiste o resulta en la infracción de un derecho, infracción que constituye —con o sin daño físico— una lesión de un bien jurídico[297]. Eso está en conformidad con el sentido de la expresión «una violación de una obligación», que figura en el apartado *b* del artículo 3 de la primera parte del proyecto, y con la significativa ausencia en ese artículo de toda referencia al daño como elemento o efecto del hecho ilícito. Así pues, un Estado puede resultar lesionado por la violación de una obligación internacional aunque no sufra otro daño que la conculcación de su derecho[298]. En cada caso particular, pues, la cuestión esencial para identificar «el Estado o los Estados lesionados» a los efectos de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito es determinar qué Estado o Estados han sufrido la vulneración de su derecho.

130. Según la teoría tradicional, todas las obligaciones internacionales son constitutivamente, aun cuando hayan sido establecidas por un tratado multilateral o una norma consuetudinaria, de tal naturaleza que su violación en cualquier caso concreto vulnera el derecho de sólo uno o varios Estados determinados. No obstante, la evolución reciente parece apuntar a que eso quizás no sea necesariamente así, y ha surgido una distinción. Naturalmente, la mayoría de las normas internacionales siguen enunciando —como la mayoría de las normas de derecho privado de las sociedades nacionales— obligaciones de tipo tradicional, o sea, obligaciones cuya violación sólo vulnera el derecho de uno o varios Estados determinados. Esto se aplica tanto a las normas de los tratados bilaterales como a la mayoría de los tratados multilaterales o el derecho consuetudinario. Por lo que respecta a las normas multilaterales, se ha indicado que se dirigen a una pluralidad de Estados pero crean relaciones jurídicas (relaciones de derecho-obligación) «de las que cada uno de los destinatarios de la norma es titular respecto de sólo uno de los demás destinatarios»[299]. En otras palabras, la norma, a pesar de su esfera de acción multilateral, sólo crea relaciones bilaterales. Es precisamente a ese tipo de obligaciones —y sus correspondientes derechos— a los que se hace referencia en los apartados *a* a *e* del párrafo 2 del artículo 5 aprobado en primera lectura[300], a los efectos de la definición de Estado lesionado.

131. Por otra parte, en la práctica y la doctrina del derecho internacional aparecen diversos signos que apuntan también a la existencia de normas que al parecer no se ajustan a esa pauta de bilateralismo. Se trata de normas que, al promover intereses «generales» o «colectivos», crean obligaciones cuya observancia es un interés legalmente protegido —y en ese sentido un derecho legal— de todos los Estados destinatarios de la norma. A juicio de Spinedi:

> Se ha hablado, a este respecto, de normas que tienen por objeto la tutela de intereses que son simultaneamente propios de todos los Estados, o de todos los Estados que integran una colectividad determinada, y no de cada uno de ellos considerado separadamente»[301]

Las materias objeto de tales normas son, entre otras, por ejemplo, el desarme y el control de armamentos, la promoción y el respeto de los derechos humanos, la protección del medio ambiente en general y en zonas no sujetas a la jurisdicción de ningún Estado. Según el mismo tratadista:

> Esas normas imponen a cada Estado obligaciones respecto de todos los demas Estados, cada uno de los cuales es titular del derecho subjetivo correspondiente La violacion de esas obligaciones lesiona simultaneamente los derechos subjetivos de todos los Estados vinculados por la norma, hayan sido o no especialmente perjudicados, con excepcion, naturalmente, del derecho subjetivo del Estado autor de la violacion Para designar las obligaciones de que se trata se utiliza generalmente la expresion «obligacion *erga omnes*»[302]

*(Continuacion de la nota 293 )*

violacion de una obligacion (y del correspondiente derecho) sino Estados facultados para reaccionar contra la violacion de un «deber» internacional

[294] Charney, «Third State remedies in international law», *Michigan Journal of International Law*, 1989, pags 57 a 101, y «Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces», *International Responsibility for Environmental Harm, op cit*, pags 149 a 177

[295] Tercer informe [*Anuario 1991*, vol II (primera parte) (vease nota 1 *supra*), parr 90]

[296] Vease nota 282 *supra*

[297] Como el autor señalo en 1985 en la Sexta Comision de la Asamblea General en su calidad de representante de Italia

> «El articulo 5, en su forma provisionalmente aprobada, no pretende ser más que una definicion general de los Estados que, por ser titulares del derecho correspondiente a la obligacion violada por el acto ilicito, se ven afectados juridicamente por dicho acto » (Vease *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragesimo periodo de sesiones, Sexta Comision*, 27 ª sesion, parr 67 )

[298] Como señalo acertadamente Reuter

> «En el articulo 5, el Relator Especial ha procurado seguir las directrices establecidas en la primera parte del proyecto El daño no es un elemento constitutivo de la responsabilidad y solo se ha tenido en cuenta el perjuicio juridico, abstracto, que supone toda violación de una obligacion internacional » (Vease *Anuario 1984*, vol I, 1861 ª sesión, párr 10 )

[299] Spinedi, *loc cit*, pag 88, que cita a Morelli, «A proposito di norme internazionali cogenti», *Rivista di diritto internazionale*, 1968, pags 114 y 115

[300] Vease nota 282 *supra*

[301] *Loc cit*, pags 88 y 89

[302] *Ibid*, pag 89 Por lo que respecta a la estructura y contenido de tales normas, veanse las afirmaciones de la CIJ en *Reserves a la Convention pour la prevention et la repression du crime de genocide, avis consultatif* (*C I J Recueil 1951*, pag 23) y en l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxieme phase, arrêt* (*C I J Recueil 1970*, pag 32) En cuanto a la doctrina, veanse Morelli, *loc cit*, Juste Ruiz, «Las obligaciones *erga omnes* en derecho internacional publico», *Estudios de derecho internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, vol I, pags 219 a 234, Picone, «Obblighi reciproci e obblighi *erga omnes* degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento», *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino Studi e documenti sul diritto internazionale del mare*, vol 15, pags 15 y ss , Lattanzi, *op cit*, pags 97 a 149 Sperduti, «Les obligations solidaires en droit international», *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred*

Las disposiciones de los incisos ii) y iii) del apartado *e* y el apartado *f* del párrafo 2 y del párrafo 3 del artículo 5 aprobado en primera lectura se refieren exactamente a las situaciones o relaciones jurídicas determinadas por la violación de este tipo de normas.

132. En la actualidad, el debate ya no versa sobre la existencia de las obligaciones *erga omnes*. Aparte del problema de distinguir en la práctica las normas convencionales o consuetudinarias que establecen tales obligaciones, en el que no es necesario detenerse ahora, la cuestión principal que se plantea en la esfera de la responsabilidad de los Estados es la de determinar las consecuencias del hecho de que a las obligaciones *erga omnes* correspondan derechos de todos *(omnium)*. Por eso, dada la posibilidad de su violación, es preciso determinar la situación exacta de los distintos Estados en beneficio de los cuales existen esas obligaciones:

*a*) ¿Es esa situación idéntica a la de los Estados que tienen la condición de Estados lesionados a tenor de lo dispuesto en normas que no son normas *erga omnes* o, por el contrario, es distinta?

*b*) ¿La situación de los Estados lesionados a tenor de lo dispuesto en una norma *erga omnes* es la misma para todos? Si no lo es, ¿en qué difieren y con qué efectos?

Es en relación con tales cuestiones que surgen conceptos como los de Estados «directamente» o «no directamente» lesionados, Estados «especialmente» o «no especialmente» perjudicados o «terceros» Estados.

133. Habiendo rechazado ya el último de los conceptos mencionados, conviene examinar ahora los otros dos. No debería ser excesivamente difícil demostrar por qué y en qué sentido son inaceptables.

### B.—Impropiedad del concepto de Estado no directamente lesionado

134. Considérese, por ejemplo, una violación de las normas *erga omnes* relativas a la protección de los derechos humanos. Como se reconoce generalmente, las normas de esa índole crean, entre los Estados que son sus destinatarios, una relación jurídica caracterizada por la obligación de cada Estado de garantizar el goce de los derechos humanos a cualquier persona independientemente de su nacionalidad. Toda violación de esa obligación por el Estado A representará la vulneración simultánea del derecho correlativo de los Estados B, C, D y E, respectivamente[303]. Siendo idénticos los derechos de estos Estados, es decir, el derecho a que el Estado A respete los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, la violación no perjudica a ninguno de ellos más o menos directamente que a cualquier otro[304]. Puede haber una diferencia, por supuesto, si uno o varios de los Estados lesionados se estima especialmente perjudicado por cuanto la violación del Estado A consistió en la vulneración de los derechos humanos de personas afines a ellos étnicamente o por otro concepto. Esto, sin embargo, no hace que el daño de esos Estados sea *jurídicamente* más directo que el sufrido por los demás Estados.

135. Otro ejemplo podría ser la violación de una obligación *erga omnes* relativa a la protección del medio ambiente en el espacio ultraterrestre o en cualquier lugar en que la contaminación pudiera perjudicar a todo el planeta. Un hecho internacionalmente ilícito que atacase la capa de ozono, por ejemplo, perjudicaría físicamente a todos los Estados existentes y constituiría al mismo tiempo una lesión *jurídica* para todos los Estados participantes en el tratado multilateral que enunciara la obligación violada. También en este caso habría la misma infracción de derechos indistintamente iguales o, como máximo, daños cualitativa o cuantitativamente diferentes. Aunque podrían surgir diferencias desde el punto de vista del grado en que los Estados quedaran expuestos a los efectos negativos de la disminución de la capa de ozono, esa diferencia no podría definirse correctamente en ningún caso en relación con la distinción entre lesión «directa» y «menos directa» o «indirecta» de un bien jurídico. Una vez más, el concepto de Estado no directamente lesionado parece lógicamente indefendible y reduce el derecho de los Estados lesionados a exigir la cesación o reparación.

136. Otro ejemplo podría ser el cierre ilícito por el Estado ribereño A de un estrecho situado en sus aguas territoriales y que comunique dos zonas de la alta mar. Un acto de esa naturaleza redundaría en perjuicio de muchos intereses: *a*) en primer lugar, perjudicaría los intereses del Estado o los Estados cuyos buques estaban a punto de penetrar en el estrecho cuando entró en vigor la restricción; *b*) en segundo lugar, los intereses del Estado o los Estados cuyos buques navegaban hacia el estrecho para cruzarlo siguiendo su ruta marítima habitual o de conformidad con su itinerario previsto; y *c*) por último, los intereses de todos los demás Estados porque, según el derecho del mar, todos los Estados tienen derecho a

*Lachs*, 1984, págs. 271 a 276; Hutchinson, *loc. cit.*; Gaja, «Obligations *erga omnes*, international crimes and *jus cogens*: a tentative analysis of three related concepts», *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, págs. 151 a 160; *Restatement of the Law Third* (véase nota 39 *supra*), págs. 339, 342 y 343; Cardona Llorens, «Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en derecho internacional público», *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, págs. 231 y ss.; y Sicilianos, *op. cit.*, págs. 103 y ss.

[303] Véase un notable análisis de la cuestión en Lattanzi, *op. cit.*, págs. 79 a 155.

[304] En el marco del sistema del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales esa situación se plantea en el caso de los litigios entre Estados en que un grupo de Estados actúa contra otro en relación con la misma violación. Se trata, por ejemplo, de los asuntos concernientes a Grecia (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 12, 1969) y a Turquía (*European Human Rights Reports*, vol. 6, agosto de 1984, págs. 241 a 257), en que varios Estados denunciaron la violación del artículo 3 del Convenio (prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes).

Los casos en que más de un Estado ha reaccionado al amparo del derecho internacional general contra las violaciones de los derechos humanos son raros y suelen referirse a violaciones que constituyen los llamados crímenes internacionales de los Estados. Entre los casos en que varios Estados se estimaron facultados para reaccionar sin referirse especialmente a la naturaleza «criminal» del hecho ilícito figuran la práctica que siguió a la instauración del régimen militar represivo en Chile, la proclamación del Estado de sitio en Polonia y las medidas adoptadas contra el Irán, después de la toma de rehenes, por Estados distintos de los Estados Unidos de América. Por lo que respecta a esa práctica, véase Lattanzi, *op. cit.*, págs. 492 a 501.

utilizar libremente el estrecho[305]. También en este caso parece bastante claro que no existe un concepto como el de Estados indirectamente lesionados o perjudicados. Como todos los Estados tienen derecho a utilizar libremente el estrecho, todos los Estados son Estados *jurídicamente* lesionados por la violación del Estado A. La situación de los distintos Estados o grupos de Estados no es diferente en el sentido de que unos son Estados lesionados indirectamente y otros lo son directamente. Parecería que los Estados a que se refiere la letra *c* son Estados tan directamente lesionados por la violación del Estado A como los Estados comprendidos en las letras *a* y *b*. Lo único que puede afirmarse es que los Estados de los tres grupos son *todos* Estados lesionados, aunque de manera diferente. Otras diferencias también pueden surgir en la realidad entre los Estados pertenecientes a cada una de las tres categorías, pero sólo en cuanto a la entidad del daño sufrido o temido. Otro ejemplo —en la esfera de los crímenes, de la que se prescinde por ahora— sería la distinta situación en que se encuentran los Estados que hacen frente a un acto de agresión[306].

137. La conclusión parece ser que la distinción entre Estados directamente o indirectamente lesionados no tiene ningún fundamento. Los casos examinados parecen apuntar a que la aplicación de esa distinción daría lugar, en los casos de derechos humanos y, quizás, medio ambiente, a calificar de Estados *no directamente lesionados* a *todos los Estados* cuyo derecho ha sido vulnerado de resultas de la violación, y en otros casos, como la violación de la libertad de navegación o la agresión, a *expresar impropiamente*, como consecuencias «directas» o «indirectas», *diferencias que sólo se refieren a la naturaleza o la entidad del daño*[307].

138. El único punto de partida razonable en lo que concierne a las consecuencias tanto sustantivas como adjetivas de la violación de obligaciones *erga omnes* —así como de las consecuencias de cualquier otro tipo de obligación internacional (bilateral o multilateral)— parece ser, pues, la caracterización de la posición de cada Estado lesionado según la calidad y la entidad del daño sufrido[308].

### C.—Soluciones posibles en caso de pluralidad de Estados lesionados

139. El hecho de que la violación de obligaciones *erga omnes* dé lugar a la existencia de una pluralidad de Estados lesionados, junto con el hecho de que esos Estados no resultan lesionados del mismo modo ni en el mismo grado, complica sin duda la relación de responsabilidad. Ello afecta a las consecuencias tanto sustantivas como adjetivas de la violación. Por lo que respecta a las consecuencias sustantivas o de fondo, la cuestión es si, hasta qué punto y en qué condiciones, todos los Estados igual o desigualmente lesionados tienen derecho a exigir la cesación, la restitución en especie, la indemnización pecuniaria, la satisfacción o las garantías de no repetición. En cuanto a las consecuencias adjetivas o de forma, la cuestión es si, hasta qué punto y en qué condiciones, los dis-

[305] El asunto del vapor *«Wimbledon»*, sobre el que dictó resolución la CPJI, puede considerarse en muchos aspectos similar. Alemania había prohibido el tránsito de los buques por el canal de Kiel. La violación de los artículos 380 a 386 del Tratado de Versalles había sido denunciada, no sólo por el Reino Unido y Francia, que —como señaló Hutchinson— tenían «una relación especial con ese buque, el primero como Estado de nacionalidad de sus fletadores y el segundo como Estado de matrícula» (*loc. cit.*, págs. 179 y 180), sino además por Italia y el Japón, que también eran partes en el Tratado pero cuya única relación con el asunto era el hecho de poseer buques mercantes y, por lo tanto, estaban interesados en la debida aplicación del régimen de navegación establecido en el artículo 380 (fallo de 17 de agosto de 1923, *C.P.J.I. serie A, N.º 1*, págs. 6 y ss., especialmente pág. 20).

[306] También en este caso los Estados lesionados pueden dividirse en varias categorías. Una categoría consiste naturalmente en el Estado o los Estados objeto de la agresión; en otras categorías podrían figurar, respectivamente, los Estados cuyo territorio fuera limítrofe del territorio del Estado o los Estados agresor o víctima, los Estados de la región, los aliados del Estado o los Estados víctima y los Estados que dependieran de las exportaciones vitales del Estado o los Estados víctima; otra categoría podría comprender a todos los Estados participantes en un sistema de seguridad colectiva con el Estado agresor y el Estado víctima; todavía otra categoría podría abarcar a todos los demás Estados obligados por la norma de derecho internacional general que condena la agresión. Dada la naturaleza especial de la agresión, se deja ese caso a los trabajos futuros sobre el problema de las consecuencias de los crímenes internacionales. Por ahora, tal vez sea útil señalar que el carácter especial del hecho ilícito puede inducir a primera vista a referirse al Estado o los Estados víctima como Estados «directamente» lesionados y a todos los demás como Estados «indirectamente» lesionados. No obstante, la eficacia *erga omnes* de la norma infringida indica que esa distinción restringiría indebidamente el círculo de los Estados jurídicamente lesionados, especialmente de los Estados participantes en un sistema de seguridad colectiva aplicable. La distinción entre Estados «especialmente» o «no especialmente» perjudicados no sería, a causa de su ambigüedad, mucho mejor. La única característica realmente distintiva, y más coherente con la solidaridad entre los miembros de un sistema de seguridad colectiva, parece ser la de la naturaleza y la gravedad de la lesión efectivamente sufrida por cada uno de ellos.

[307] Debe hacerse hincapié además en que la posibilidad de que un Estado adquiera la condición de Estado lesionado por la mera violación de su derecho subjetivo *(nudum jus)*, con independencia de cualquier daño físico o de otra índole ocasionado a uno de sus elementos o bienes, no se limita a la esfera de las obligaciones *erga omnes* examinada, por ejemplo, por Lattanzi (*op. cit.*, págs. 120 y ss.), sino que puede darse asimismo en un marco estrictamente bilateral. Si el Estado A se obliga por tratado bilateral a conceder ayuda u otras formas de asistencia a cambio de la obligación del Estado B de respetar los derechos civiles y políticos de sus propios nacionales, cualquier violación por este último de su obligación constituye una lesión jurídica para el Estado A no obstante el hecho de no haber sido perjudicado en ninguno de sus elementos o bienes. A diferencia de las obligaciones *(erga omnes)* en materia de derechos humanos, las obligaciones en este caso (relación bilateral) tienen carácter sinalagmático, algo insólito en relación con las obligaciones sobre derechos humanos. Sea como fuere, afirmar que en esta situación (bilateral) el Estado A resultaría «indirectamente» lesionado tendría tan poco sentido como hacer la misma afirmación en el contexto de un sistema de derechos humanos que tuviese eficacia *erga omnes*. Así parece aún más claro que el concepto mismo de Estado «indirectamente» lesionado es fruto de un burdo equívoco, que deriva de una insuficiente asimilación de la definición del hecho internacionalmente ilícito enunciada en el artículo 3 de la primera parte del proyecto.

[308] Por esa razón el Relator Especial dijo en 1985 en la Sexta Comisión, en su calidad de representante de Italia, que «el concepto "monista" de "Estado lesionado" [...] no presupone un tratamiento "monista" paralelo de los "Estados lesionados"» (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 27.ª sesión, párr. 67).

Ese mismo año, el Relator Especial subrayó en la CDI la necesidad de referirse al concepto de «perjuicio material o moral [...] como un factor que sin duda afecta al tipo de reparación o a la severidad de las contramedidas a las que cada Estado lesionado tenga derecho a recurrir» (véase *Anuario... 1985*, vol. I, 1900.ª sesión, párr. 13).

tintos Estados lesionados (igual o desigualmente) pueden recurrir lícitamente a sanciones o contramedidas. Hasta ahora, esos problemas se han examinado, dentro y fuera de los órganos de las Naciones Unidas (en relación con los conceptos de Estado «directamente» o «no directamente» lesionado o perjudicado), con referencia a los hechos ilícitos que suelen calificarse de «crímenes» a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la primera parte[309]. Sin embargo, los mismos problemas pueden muy bien plantearse con respecto a las consecuencias de los hechos ilícitos más corrientes comúnmente denominados «delitos».

140. Como han señalado algunos de los tratadistas que se han ocupado de esta cuestión hasta ahora[310], estos problemas pueden presentarse de dos maneras. La primera posibilidad es que las normas aplicables —normas más o menos generales o *erga omnes*— establezcan procedimientos más o menos eficaces y exhaustivos para la vigilancia y sanción de las violaciones. La otra posibilidad es que esos procedimientos sean totalmente inexistentes o no completamente exhaustivos.

141. Siempre que las consecuencias sustantivas o adjetivas de las violaciones se rijan por procedimientos que entrañan la intervención dirimente de un órgano internacional, la aplicación de esos procedimientos excluirá en principio la necesidad de que los Estados lesionados adopten medidas o hagan valer sus pretensiones unilateralmente. Los distintos Estados lesionados, aunque perjudicados solidariamente, estarán en principio en una situación de tal índole que no se planteará el problema de adoptar ninguna medida, aplicar ninguna sanción o hacer valer ninguna pretensión unilateralmente. Incumbirá al órgano internacional competente tener debidamente en cuenta —al presentar una reclamación o concebir o aplicar una sanción— la pluralidad de los Estados igualmente lesionados y cualesquiera diferencias entre los Estados desigualmente perjudicados que puedan influir en sus respectivas posiciones individuales[311]. Cualquier cuestión relativa a medidas o reclamaciones unilaterales se plantearía únicamente si fracasara el sistema institucional o colectivo, y sólo hasta ese punto.

142. Cuando no existe un sistema colectivo organizado, como sucede generalmente, algunos tratadistas ponen en duda que todos los Estados lesionados tengan solidariamente derecho a hacer valer pretensiones y recurrir a contramedidas unilateralmente. Temen, en particular, que la ampliación de la facultad de adoptar contramedidas unilaterales conduzca a reacciones no justificadas por la finalidad de lograr la observancia de la obligación infringida[312] o creen confusión e incertidumbre en la aplicación de la ley y la protección de los intereses implicados[313]. Algunos de esos tratadistas sostienen incluso que dejar la defensa de los intereses colectivos a la reacción unilateral de los distintos Estados no estaría en conformidad con la estructura misma de la relación llamada primaria[314].

143. Aun reconociendo que tales preocupaciones pueden estar muy en su lugar y tener cierto fundamento, no son suficientes para probar *de lege lata* ni justificar *de lege ferenda* una excepción a las consecuencias jurídicas sustantivas o adjetivas del hecho internacionalmente ilícito. Excluir la licitud de las medidas o reclamaciones individuales de los Estados sería reconocer que las violaciones *erga omnes* de que se trata no dan lugar a responsabilidad, lo que equivaldría a reconocer que las normas conculcadas no son obligatorias.[315] No sería exacto, en particular, suponer que, a falta de un sistema colectivo de vigilancia y sanción acordado convencionalmente, el derecho internacional general no autoriza ninguna reacción. En el conjunto de normas del derecho internacional general no se ha de llenar realmente ninguna «laguna» en materia de contramedidas o reclamaciones individuales. En realidad, cada uno de los Estados participantes en una relación jurídica *inter omnes* es titular del mismo tipo de derechos y facultades que le corresponderían en el marco de cualquier relación bilateral o de responsabilidad internacional. La única verdadera peculiaridad de las situaciones definidas por la existencia de una pluralidad de Estados lesionados —es decir, por el hecho de que la norma infringida es una norma *erga plurimos* o *erga omnes*— es que los derechos y las facultades de los distintos Estados lesionados deben determinarse en la práctica y hacerse valer en función de la defensa del interés jurídico total o parcialmente *común* infringido por la violación. Se examinarán brevemente por separado los distintos derechos y facultades sustantivos.

144. Por lo que respecta en primer lugar a los derechos sustantivos, es frecuente en la doctrina el aserto de que los Estados implicados, en la medida en que resulten lesionados «sólo indirectamente» (por la violación *erga omnes*), tienen derecho a exigir la cesación y garantías de no repetición[316], pero no una indemnización pecunia-

[309] Véase nota 8 *supra*. Véanse también *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) [nota 1 *supra*], párr. 91, especialmente nota 174, y los informes y debates sobre esta materia reunidos en *International Crimes of States..., op. cit.*

[310] Véase, en lo que se refiere a los delitos, la doctrina mencionada en las notas 293 y 294 *supra*.

[311] Los sistemas institucionalizados u organizados o «integrados» de otro modo —aunque no son numerosos— pueden variar según el grado de «centralización» y según que organicen sólo la vigilancia, la reacción o ambas cosas. En la medida en que una u otra función esté centralizada eficazmente, los intereses jurídicos de los distintos Estados igual o diversamente lesionados podrán ser protegidos y armonizados de forma más o menos adecuada y eficiente. Por las mismas razones ya indicadas en los párrafos 112 a 115 *supra*, en relación con los regímenes llamados autónomos, cualesquiera limitaciones que esos sistemas impongan a los derechos de los Estados participantes sólo afectan a esos Estados *inter se* en el ámbito del derecho de los tratados. Tales restricciones no alcanzan el nivel de derecho internacional general en que se pretende situar el proyecto de articulado en virtud de la codificación o el desarrollo progresivo de las normas generales sobre la responsabilidad de los Estados.

[312] Véanse, por ejemplo, Hutchinson, *loc. cit.*, pág. 214; y Sachariew, *loc. cit.*, págs. 282 a 285.

[313] Charney, «Third State remedies in international law», *loc. cit.*, págs. 88 a 90.

[314] Sachariew, *loc. cit.*, págs. 282 a 285.

[315] Han subrayado el desatino de esa conclusión Hutchinson, *loc. cit.*, págs. 214 y 215; Charney, «Third State remedies in international law, *loc. cit.*, pág. 92; y Spinedi, *loc. cit.*, págs. 121 a 124.

[316] Todos los tratadistas que distinguen entre Estados «directamente lesionados» y Estados «indirectamente lesionados» están de acuerdo sobre este punto. Véanse notas 293 y 294 *supra*.

ria[317] ni, según algunos tratadistas, la restitución en especie[318]. Aunque quizás sea cierto que en algunos casos así ocurra con el Estado lesionado por una violación *erga omnes*, ello no es consecuencia de ningún supuesto carácter «indirecto» del daño sino sólo de la clase de daño de que se trata. Si, por ejemplo, en el caso de un acuerdo sobre derechos humanos, un Estado violara los derechos de sus propios nacionales al proceder a detenciones arbitrarias y los demás Estados sólo estuvieran facultados para exigir la cesación de ese comportamiento y garantías suficientes de no repetición, ello no sería sin duda consecuencia del carácter «indirecto» del daño sino únicamente del hecho de que esa exigencia es suficiente para el restablecimiento del derecho subjetivo del Estado reclamante y de los demás Estados. El objeto de ese derecho subjetivo es que ninguno de los Estados obligados por la norma viole los derechos de la persona como tal, independientemente de su nacionalidad. Si no hay derecho a indemnización, no es a causa del carácter «indirecto» de la lesión del bien jurídico protegido sino del hecho de que la violación no ha producido un daño físico. Se trata de una situación no muy diferente de la del Estado lesionado por la violación de una obligación dimanante de un tratado bilateral que no entraña un daño físico[319].

145. Un razonamiento análogo se aplica, en la misma situación, a la restitución en especie. Cada uno de los Estados implicados podrá reclamar la *naturalis restitutio* si así lo requiere el restablecimiento de su derecho. En el supuesto examinado en el párrafo 144 *supra*, probablemente no habría posibilidad de exigir la restitución en especie, al ser la liberación de las personas detenidas (es decir, la cesación del hecho ilícito) suficiente, junto con las garantías apropiadas sobre el futuro, para restablecer el interés jurídico vulnerado. Ahora bien, no será así nesariamente si, por ejemplo, algunas de las personas detenidas han sufrido algún daño físico o moral. Cada uno de los Estados facultados para exigir el cumplimiento de la norma infringida —aunque, en los términos actualmente utilizados con muy poca propiedad, sea un Estado «no directamente» lesionado— podrá exigir la restitución en especie[320]. Las mismas consideraciones se aplican, *mutatis mutandis*, en caso de contaminación ilícita por hidrocarburos de la alta mar. En el supuesto de que exista una violación *erga omnes*, los Estados lesionados ¿tendrían o no derecho a reclamar solidariamente la restitución natural o en especie, es decir, el restablecimiento del ecosistema dañado a su primitivo estado? La respuesta debe ser afirmativa porque cada una de las partes en la relación jurídica creada por la norma *erga omnes* ha sufrido la violación de su derecho y, por consiguiente, puede exigir la «reposición» (en su primitivo estado) de la parte común protegida del medio ambiente.

146. Pasando a considerar ahora las consecuencias adjetivas o de forma[321], se advierte fácilmente que todo ejercicio de la facultad individual de recurrir a contramedidas por parte de los Estados lesionados por la violación de una obligación *erga omnes* no se basa en el carácter supuestamente indirecto del daño sino que es consecuencia de la aplicación, en cada situación hipotética o real, de las normas o principios generales que rigen las contramedidas, como el requisito de la demanda previa de cesación o reparación o el agotamiento previo de los procedimientos de solución pacífica de las controversias y, por supuesto, el requisito de la proporcionalidad.

147. El cumplimiento de esas obligaciones explica, por ejemplo, que los Estados «indirectamente» lesionados sólo puedan recurrir a las contramedidas si un órga-

[317] La posibilidad de que los Estados «indirectamente» lesionados puedan, por lo menos en algunos casos, exigir la reparación por equivalencia no es excluida por Lattanzi, *op. cit.*, págs. 169 y ss., ni por Spinedi, *loc. cit.*, págs. 106 y ss. En la CDI, afirmaron la inadmisibilidad de la reclamación de «daños y perjuicios» en favor de esos Estados, Riphagen en su informe preliminar [*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte) (véase nota 130 *supra*), párr. 40] y Sinclair (*Anuario... 1984*, vol. I, 1865.ª sesión, párr. 3). El representante de la República Federal de Alemania en la Sexta Comisión sostuvo la misma posición (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 36.ª sesión, párrs. 13 a 17).

[318] Los Estados «indirectamente» lesionados no tienen derecho a la *restitutio* según Picone, *loc. cit.*, págs. 84 a 86, y Sachariew, *loc. cit.*, pág. 282. Adoptan la postura opuesta Ramcharan, *loc. cit.*, pág. 28, y Spinedi, *loc. cit.*, págs. 100 y 101.

[319] Así lo reconoció el propio Riphagen al afirmar que, en ese caso, el Estado lesionado «no puede exigir una indemnización de daños y perjuicios *ex tunc*, dado que, por definición, no se han lesionado sus *intereses materiales**» [*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte) (véase nota 130 *supra*), párr. 40]. Lattanzi, en cambio, opina que la suma con la que el Estado autor de una violación de los derechos humanos indemniza en ciertos casos a la víctima o víctimas individuales de la violación es satisfecha en cumplimiento de la obligación de reparación por equivalencia como forma de responsabilidad respecto de todos los Estados destinatarios de la norma que protege el derecho conculcado. (Véanse, por ejemplo, la práctica relativa a la aplicación del artículo 50 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales o el artículo 63 de la Convención americana sobre derechos humanos.) Por consiguiente, esos Estados también tendrían derecho a esta forma de reparación (Lattanzi, *op. cit.*, págs. 234 a 239). Para un ejemplo del derecho de todo Estado lesionado a exigir una reparación pecuniaria por la violación de obligaciones *erga omnes* relativas a la protección del medio ambiente como tal, véase Spinedi, *loc. cit.*, págs. 106 a 111. Por último, no hay que olvidar que una violación *erga omnes*, además de causar un «daño jurídico» a todos los Estados destinatarios de la norma, puede también «perjudicar materialmente» a uno o varios de esos Estados en un grado que puede variar según el Estado de que se trate. Así ocurriría en el ejemplo ya mencionado de la violación de la norma relativa al paso inocente por los estrechos marítimos internacionales. En casos como esos, cada Estado lesionado tendrá evidentemente derecho a obtener reparación por equivalencia en la medida en que haya sufrido un daño (económicamente valorable).

[320] Así puede ocurrir en caso de violación del artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El Estado que denuncia la violación de dicho artículo ante el órgano competente tiene también derecho, en virtud del artículo 50 del Convenio, a exigir que las víctimas de la violación obtengan la debida reparación o, por lo menos, la suma de dinero necesaria para recibir asistencia médica. En la medida en que pueda considerarse que la prohibición de la tortura constituye el objeto de una obligación *erga omnes* no escrita (véase a este respecto Marchesi, *op. cit.*, cap. IV), esa pretensión también podría hacerse valer en virtud de las normas generales relativas a la responsabilidad de los Estados.

[321] Como se ha indicado ya en el párrafo 139 *supra*, el problema del recurso a las contramedidas por parte de Estados «sólo indirectamente perjudicados» ha sido examinado casi exclusivamente en el contexto de las consecuencias de los crímenes internacionales y en relación con la práctica, iniciada a fines del decenio de 1970 y que perduró hasta mediados del decenio de 1980, de algunos Estados occidentales de reaccionar contra crímenes especialmente graves [proclamación del estado de sitio en Polonia, intervención soviética en el Afganistán, ocupación de la Misión de los Estados Unidos en Teherán, la crisis de las Malvinas (Falkland) y la destrucción del avión coreano]. Teniendo en cuenta sin embargo que, por ahora, el presente análisis se limita a los llamados «delitos», a lo que se hace referencia es a la eficacia *erga omnes* de la relación de responsabilidad y no al grado de gravedad de la violación.

no representativo no ha resuelto colectivamente sobre las medidas que haya que adoptar[322] y, en cualquier caso, sólo en último extremo, a falta de otros medios de defensa[323]. Como se ha señalado en el capítulo I *supra* (véanse especialmente párrs. 13 a 23), la facultad de *cualquier* Estado lesionado de recurrir a las represalias no nace automáticamente de resultas de la violación sino sólo después de una previa intimación o conminación infructuosa y de haber agotado los medios de solución pacífica de la controversia (véase cap. II *supra*, especialmente párrs. 41 a 51). En algunos casos, las normas generales que crean relaciones jurídicas «integrales» se enuncian en instrumentos que establecen procedimientos especiales destinados a ser aplicados en relación con posibles violaciones o como consecuencia de ellas[324]. En tales casos, sólo si el infractor no cumple sus obligaciones, determinadas mediante los procedimientos correspondientes, puede cualquiera de los Estados lesionados recurrir «individualmente» a medidas unilaterales para proteger su propio derecho (individual) a obtener el respeto del interés común y legalmente protegido (véase cap. VII *supra*, especialmente párrs. 114 y 115). Más exactamente, según esta manera de ver, la restricción supuestamente «especial» que caracteriza la admisibilidad de las medidas unilaterales de los llamados Estados «indirectamente» lesionados parece ser efecto, pues, de la mera aplicación a este supuesto de las condiciones que generalmente han de darse para poder recurrir lícitamente a contramedidas en un caso concreto.

148. Un principio general análogo explica otra restricción supuestamente «especial» que caracterizaría la situación de los llamados Estados «indirectamente» lesionados. Se trata de las dos condiciones representadas por la conformidad de las medidas «individuales» que se adopten con la promoción del interés colectivo[325] y el hecho de que otro Estado lesionado no haya adoptado ya medidas adecuadas[326]. Ambas condiciones se basan en el

[322] Es la posición adoptada por Charney, «Third State remedies in international law», *loc. cit.*, págs. 91, 97 y 98; Cardona Llorens, «Deberes jurídicos...», *loc. cit.*; y, entre los miembros de la CDI, por Lacleta Muñoz, según el cual

«Si el acto internacionalmente ilícito afecta a los intereses colectivos de un conjunto de Estados partes, la reacción ha de ser también colectiva.» (*Anuario... 1984*, vol I, 1867.ª sesión, párr. 17.)

Este razonamiento encuentra cierto apoyo, según algunos autores, en el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a tenor del cual los Estados partes «no especialmente perjudicados» sólo pueden suspender la aplicación del tratado o darlo por terminado en detrimento del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito por medio de un acuerdo *inter se* (véase, por ejemplo, Sachariew, *loc. cit.*, pág. 284). No obstante, la referencia a ese artículo no parece ser muy significativa. Dicha disposición se limita a enunciar las condiciones en que un Estado parte en el tratado violado puede recurrir a la suspensión o terminación a modo de contramedida. Ahora bien, el artículo 60 *no dice nada ni tiene por objeto decir nada* acerca de las condiciones en que los Estados lesionados por la violación de un tratado —sean «especialmente perjudicados» o «no especialmente perjudicados»— pueden recurrir a las contramedidas. Riphagen, por su parte, al señalar que

«el interés común o colectivo creado por el grupo de Estados partes en un régimen objetivo excluye la admisibilidad de las represalias consistentes en la falta de cumplimiento de una obligación con arreglo a ese régimen, excepto como consecuencia de una decisión colectiva en ese sentido de ese grupo de Estados» [véase *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte) (nota 51 *supra*), párr. 97]

no se refería a los Estados facultados para reaccionar sino a las obligaciones que no podían ser violadas a modo de contramedida. Riphagen, por consiguiente, no sometió *toda posible reacción* contra las violaciones *erga omnes* a la decisión colectiva de los Estados cotitulares del interés colectivo infringido, sino que excluyó simplemente la admisibilidad, en defecto de una resolución colectiva, de las medidas unilaterales que violasen ese mismo interés.

[323] Charney, «Third State remedies in international law», *loc. cit.*, pág. 95, y «Third State remedies for environmental damage...», *loc. cit.*, pág. 161.

La admisibilidad del recurso a cualquier medida por parte de esos Estados es *rechazada de plano* por Ramcharan, *loc. cit.*, págs. 40 y 41. Una posición similar, en relación con las consecuencias de los delitos, es la adoptada en la CDI por Tomuschat, según el cual sólo los Estados «directamente lesionados» pueden adoptar contramedidas (*Anuario... 1985*, vol. I, 1896.ª sesión, párr. 38). El representante de la República Federal de Alemania en la Sexta Comisión adoptó una posición análoga (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión, párr. 10). En apoyo de la opinión según la cual esos Estados no están facultados para recurrir a contramedidas, se hace referencia a veces a la resolución dictada por la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (véase nota 147 *supra*); véanse, por ejemplo, Hutchinson, *loc. cit.*, pág. 194; Charney, «Third State remedies in international law», *loc. cit.*, pág. 57; y Sicilianos, *op. cit.*, págs. 153 y 154. La parte de dicha resolución a que se hace referencia dice así:

«Los actos de que se acusa a Nicaragua [...] sólo habrían podido justificar contramedidas proporcionadas del Estado víctima de esos actos, es decir, El Salvador, Honduras o Costa Rica. No pueden justificar las contramedidas adoptadas por un tercer Estado, los Estados Unidos, y en particular no pueden justificar una intervención que implica el uso de la fuerza.» [*C.I.J. Recueil 1986* (véase nota 147 *supra*), párr. 249.]

Sin embargo, esa afirmación no puede interpretarse en el sentido de que corrobore la inadmisibilidad, en general, de las medidas adoptadas por Estados «no especialmente perjudicados» por una violación *erga omnes*. En primer lugar, no debe olvidarse que el fin principal de la Corte era condenar las medidas adoptadas por los Estados Unidos, que entrañaban «el uso de la fuerza», medidas *que están siempre prohibidas* —con excepción de la legítima defensa—, independientemente de que el Estado que recurra a ellas sea un Estado «más o menos directamente lesionado». Pero, lo que es aún más importante, debe subrayarse que el hecho supuestamente ilícito cometido por Nicaragua consistía esencialmente en la violación de una obligación de no intervención (así como en violaciones «secundarias» de la prohibición del uso de la fuerza). Por consiguiente, la Corte se limitó a considerar —acertadamente— que esa obligación tenía, tanto en derecho internacional general como en la Carta de las Naciones Unidas, carácter bilateral y no *erga omnes*; en otras palabras, que no existía un derecho de *todo* Estado al respeto del principio de no intervención, sino sólo un derecho de *cada* Estado a no sufrir una intervención en violación de su propia soberanía. Como la violación de esa obligación se limita a infringir una relación bilateral, es evidente que ningún «tercer» Estado goza de derechos secundarios con respecto a esa relación jurídica ni, menos aún, está facultado para recurrir a contramedidas contra el autor del hecho ilícito.

[324] Véanse, por ejemplo, en el campo de los derechos humanos, el sistema de los Pactos Internacionales (artículos 16 a 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículos 28 a 45 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo) o los sistemas más «jurisdiccionales» del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y de la Convención americana sobre derechos humanos. Por lo que respecta a los sistemas existentes en la esfera de la protección del medio ambiente y de las zonas no sujetas a la jurisdicción de ningún Estado, véase Charney, «Third State remedies for environmental damage...», *loc. cit.*, págs. 166 a 174.

[325] Véase, por ejemplo, Sachariew, *loc cit.*, pág. 285.

[326] Charney, «Third State remedies in international law», *loc. cit.*, págs. 95 y 96, y, por lo menos en lo que concierne a las reacciones calificadas de «reacciones de solidaridad en sentido estricto», Hutchinson, *loc. cit.*, págs. 163 y 164. En la CDI, McCaffrey expresó la opinión de que la posición de los Estados «indirectamente» lesionados tenía carácter supletorio en relación con la de la víctima principal del hecho internacionalmente ilícito (véase *Anuario... 1985*, vol. I,

*(Continuación en la página siguiente.)*

principio general inherente a la función misma de la responsabilidad internacional, esto es, garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Como se señaló en informes anteriores, la cesación, la *restitutio*, la indemnización pecuniaria, la satisfacción y las garantías de no repetición son objeto de normas enderezadas a garantizar la efectividad de los derechos creados por las normas conculcadas por la violación. Las contramedidas coadyuvan a su vez a la cesación o la *restitutio* y demás formas de reparación y en último término al cumplimiento de la llamada obligación primaria. Una vez logrado ese objetivo, las normas relativas a la responsabilidad dejan, por decirlo así, de aplicarse. Esas normas ceden paso al juego normal de las llamadas normas primarias en relación con las cuales han desempeñado su función de apoyo (véase cap. I *supra*, especialmente párrs. 3 y 4). Este es precisamente el mecanismo que se pone en marcha cuando se viola una obligación *erga omnes* y hay varios Estados lesionados.

149. En realidad, dos aspectos caracterizan las consecuencias adjetivas de la violación de una obligación *erga omnes*. Primero, el resultado perseguido por las medidas unilaterales es, a causa de la identidad del interés colectivo amparado por la norma, el mismo para todas las partes lesionadas; y segundo, ese resultado puede ser perseguido solidariamente por una pluralidad de partes lesionadas. La primera característica explica por qué las contramedidas unilaterales adoptadas por un solo Estado están justificadas únicamente en la medida en que sean conformes al interés común. Como la norma infringida protege un interés colectivo, se puede recurrir lícitamente a medidas de reacción contra la violación, por numerosas y unilaterales que sean, únicamente en cuanto sirvan para cumplir la función de garantizar la situación jurídica (primaria) representada por el interés jurídico común. Toda medida de reacción que no esté en conformidad con esa función (al perseguir, por ejemplo, fines individuales de determinado Estado agente o fines no amparados por otra razón por la norma infringida) queda fuera de la esfera de las consecuencias (sustantivas o adjetivas) de la violación *erga omnes* de que se trate; y, si se ha adoptado en violación de obligaciones internacionales, será a su vez ilícita. Ambas características explican por qué, si en algún momento se han adoptado individual o colectivamente medidas unilaterales adecuadas, cualquier otra reacción por parte de alguno de los restantes Estados lesionados no será lícita. Una vez que, por intervención de una o varias de las partes lesionadas, se ha obtenido reparación para todas ellas (en una o varias de las formas aplicables), cualquier otra medida carecería de objeto legítimo y sería, por tanto, ilícita.

150. Por el contrario, si la medida o las medidas a que se ha recurrido no logran el resultado perseguido, la cuestión de la admisibilidad de nuevas medidas no puede resolverse *a priori* de manera afirmativa o negativa. La cuestión sólo puede plantearse a la luz de la proporcionalidad. Este es un principio general y flexible que garantiza que la aplicación de la responsabilidad internacional no dé lugar a resultados injustos (véase cap. IV *supra*, especialmente párrs. 54 a 56). En los casos en que varios Estados adoptan medidas como consecuencia de la misma violación, el respeto del principio de la proporcionalidad debería impedir que el efecto acumulado de las medidas unilaterales cree desproporción entre la reacción y la violación o sus efectos.

151. En conclusión, los problemas particulares que plantea la violación de las obligaciones *erga omnes* —erróneamente presentados desde el punto de vista de una pluralidad de Estados «indirectamente» o «directamente» lesionados— no requieren que se modifiquen los artículos aprobados o propuestos hasta ahora ni que se añadan o inserten otros artículos especiales para regularlos. Tales problemas, que es más exacto definir en función de una pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados, sólo requieren una interpretación y aplicación adecuadas de las normas generales aprobadas o propuestas hasta ahora. La única disposición especial útil, y probablemente indispensable, sería la inclusión de un nuevo proyecto de artículo a continuación del artículo 5 aprobado en primera lectura sobre la definición del Estado lesionado. Este nuevo proyecto de artículo establecería simplemente que en los casos en que el hecho internacionalmente ilícito perjudique a más de un Estado cada Estado lesionado podrá ejercitar los derechos y facultades enunciados en los artículos aplicables, naturalmente en la medida en que sea titular de esos derechos o facultades por razón del derecho conculcado y el daño sufrido.

*(Continuación de la nota 326.)*

1892.ª sesión, párrs. 7 a 11). El representante de los Estados Unidos de América en la Sexta Comisión expresó análogas dudas acerca de si el Estado «indirectamente» lesionado podía recurrir a las contramedidas cuando existía un Estado «directamente lesionado» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 42.ª sesión, párr. 9).

# CAPÍTULO IX

## Proyecto de artículo propuesto

152. El Relator Especial propone provisionalmente el siguiente texto de un proyecto de artículo 5 *bis*:

### *Artículo 5* bis

**Cuando sean varios los Estados lesionados, cada uno de ellos podrá ejercitar los derechos que legalmente le correspondan de conformidad con las normas enunciadas en los artículos siguientes.**

# PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

[Tema 3 del programa]

## DOCUMENTO A/CN.4/442

## Décimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial

*[Original: francés]*
*[20 de marzo de 1992]*

### ÍNDICE


| | Párrafos | Página |
|---|---|---|
| *Instrumentos multilaterales citados en el presente informe* | | 58 |
| INTRODUCCIÓN | 1-4 | 58 |
| PRIMERA PARTE.—EXAMEN DE ALGUNAS OBJECIONES FORMULADAS RESPECTO DEL POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL | 5-14 | 59 |
| SEGUNDA PARTE.—POSIBLES PROYECTOS DE DISPOSICIONES | 15-64 | 60 |
| A. Derecho aplicable | 15-35 | 60 |
| 1. Posible proyecto de disposición (versiones A y B) | 15 | 60 |
| Versión A | 15 | 60 |
| Versión B | 15 | 60 |
| 2. Comentario | 16-35 | 60 |
| B. Competencia del tribunal por razón de la materia | 36-42 | 62 |
| 1. Posible proyecto de disposición | 36 | 62 |
| 2. Comentario | 37-42 | 62 |
| Párrafo 1 | 38-39 | 62 |
| Párrafo 2 | 40-41 | 62 |
| Párrafo 3 | 42 | 62 |
| C. Interposición de una querella ante el tribunal | 43-49 | 62 |
| 1. Posible proyecto de disposición | 43 | 62 |
| 2. Comentario | 44-49 | 63 |
| D. Acción de reparación | 50-55 | 63 |
| 1. Posible proyecto de disposición | 50 | 63 |
| 2. Comentario | 51-55 | 63 |
| Párrafo 1 | 51-54 | 63 |
| Párrafo 2 | 55 | 64 |
| E. Entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal | 56- 61 | 64 |
| 1. Posible proyecto de disposición (versiones A y B) | 56 | 64 |
| Versión A | 56 | 64 |
| Versión B | 56 | 64 |
| 2. Comentario | 57-61 | 64 |
| F. El tribunal y el principio de doble instancia | 62-64 | 64 |
| 1. Posible proyecto de disposición | 62 | 64 |

| | Párrafos | Página |
|---|---|---|
| 2. Comentario | 63-64 | 65 |
| Párrafo 1 | 63 | 65 |
| Párrafo 2 | 64 | 65 |

**Instrumentos multilaterales citados en el presente informe**

| | Fuente |
|---|---|
| Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948) | Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296. |
| Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) | *Derechos Humanos: recopilación de instrumentos internacionales* [publicación de las Naciones Unidas (N.° de venta: S.94.XIV.1) (Vol. I, Part I)], pág. 20. |
| Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973) | Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1015, pág. 266. |

# Introducción

1. El presente informe se refiere a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional. La primera parte del informe estará dedicada al examen de algunas objeciones formuladas respecto del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional y la segunda parte tratará de la elaboración de algunos posibles proyectos de disposiciones. Conviene recordar a este respecto que la Asamblea General, en su resolución 46/54, invitó a la Comisión de Derecho Internacional a que

> [...] siga examinando y analizando los temas planteados en su informe sobre la labor realizada en su 42.° período de sesiones relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional a fin de que la Asamblea General pueda impartir orientación al respecto.

2. Este es afortunadamente el criterio que el Relator Especial ya había adoptado en su noveno informe, presentado a la CDI en su 43.° período de sesiones[1], al tratar de profundizar dos asuntos importantes que plantea la creación de un tribunal penal internacional: el de la competencia del tribunal y el de la acción penal. Dicho criterio consiste en proponer posibles proyectos de disposiciones a fin de facilitar su examen y debate por la Comisión.

3. Con el mismo objeto, el presente informe tratará de volver sobre esos dos asuntos importantes dedicándoles dos posibles proyectos de disposiciones, elaborados tomando en cuenta los debates que tuvieron lugar en el 43.° período de sesiones de la Comisión[2] y en la Asamblea General en su cuadragésimo sexto período de sesiones[3].

4. Además, se presentan nuevos posibles proyectos de disposiciones a la Comisión respecto del derecho aplicable por el tribunal, la acción de reparación de los perjuicios provocados, la entrega al tribunal de una persona que se presume culpable y el principio de la doble instancia.

[1] Véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 39, documento A/CN.4/435 y Add.1.

[2] Para un resumen del debate, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párrs. 67 a 165.

[3] Para un resumen del debate, véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.469), párrs. 217 a 255.

## Primera parte.—Examen de algunas objeciones formuladas respecto del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional

5. Antes de entrar en un examen detallado de algunas cuestiones relativas a la creación de un tribunal penal internacional, tal vez sea conveniente examinar, desde un punto de vista crítico, algunas reservas u objeciones que ciertos Estados han formulado respecto de la creación de un tribunal de ese tipo en órganos de las Naciones Unidas o en sus órganos internos. Algunas de esas objeciones se refieren a la cuestión de saber si la creación de un tribunal de ese tipo sería o no conveniente habida cuenta de la situación internacional actual. Otras objeciones se refieren a la compatibilidad de un tribunal de ese tipo con disposiciones de derecho interno de algunos Estados.

6. En lo que respecta a la primera categoría de objeciones, en una de ellas se sostiene que el sistema actual de procesamiento internacional basado en la competencia universal ha dado resultados bastante satisfactorios y que la creación de un tribunal podría reducir el alcance de esa norma y perturbar su aplicación.

7. En esa objeción no se tiene en cuenta que el principio de la competencia universal reviste inconvenientes importantes. Con frecuencia los Estados son objeto de presiones muy fuertes, como el chantaje o la violencia criminal de parte de grupos terroristas o de otros grupos criminales, sea para constituir un obstáculo al enjuiciamiento de un delincuente por el Estado en cuestión, sea para obstaculizar su extradición. Como consecuencia de esas presiones, el Estado en cuestión no extradita y, si decide enjuiciar él mismo los delitos, el resultado del proceso no puede ser equitativo, ya sea porque el acusado es puesto en libertad o porque resulta condenado a una pena irrisoria, una pena de transacción, en desproporción con la gravedad de los crímenes cometidos. Y debido al principio *non bis in idem* no se puede enjuiciar nuevamente al acusado.

8. Se ha sostenido también que un Estado que tuviera reticencia para extraditar a un acusado a solicitud de un Estado tendría las mismas reticencias respecto de un tribunal penal internacional. Sin embargo, un tribunal internacional parece ofrecer más garantías de objetividad e independencia que un tercer Estado, más expuesto a las presiones de todo tipo y más sensible a la intervención política.

9. Se ha sostenido asimismo que un tribunal penal internacional podría convertirse en un órgano politizado, que con frecuencia podría carecer de objetividad. La realidad internacional demuestra que ese riesgo puede resultar mucho más verosímil en los casos en que los juicios tienen lugar en Estados débiles, desprovistos de una estructura gubernamental suficientemente fuerte para hacer frente a empresas de organizaciones criminales. Por otra parte, la evolución reciente de la situación internacional hace mucho más improbable la posibilidad de que un tribunal penal internacional se politice.

10. Otra objeción que se opone a la posible creación de un tribunal penal internacional se basa en la complejidad de los problemas que plantea esa creación. Hay quienes formulan dudas respecto de la posibilidad de llegar a un acuerdo internacional sobre problemas muy complicados y difíciles como, por ejemplo, la renuncia por un Estado a su facultad soberana de enjuiciar a sus nacionales, la competencia del tribunal, las normas de procedimiento, los medios de prueba, la autoridad encargada del enjuiciamiento y las penas aplicables.

11. Pero, en realidad, la mayoría de esos asuntos no son más complejos que cuestiones semejantes examinadas y resueltas en el pasado con ocasión de la creación de otros órganos judiciales internacionales, como la CIJ y la Corte Europea de Derechos Humanos. Más que escollos técnicos, esas objeciones parecen reflejar falta de voluntad política.

12. En cuanto a la incompatibilidad de un tribunal penal internacional con las disposiciones de derecho interno de algunos Estados, el aspecto que con mayor frecuencia se cita como más importante es tal vez el que se refiere a la protección de los derechos humanos fundamentales. Según esta objeción, un tribunal internacional no estaría igualmente en condiciones de asegurar la protección de esos derechos que un tribunal nacional, el que estaría vinculado por las disposiciones constitucionales de su derecho interno en materia de derechos humanos.

13. Pero un examen sumario de la realidad internacional a este respecto parece indicar justamente la conclusión contraria. Con mucha frecuencia, cuando un país intenta reprimir crímenes que son el resultado de una delincuencia organizada, como el terrorismo o el tráfico de estupefacientes, se halla expuesto a dificultades a las que sólo podría responder con el uso de métodos represivos que no son compatibles con el respeto de los derechos humanos fundamentales. Por el contrario, un tribunal internacional permitiría establecer cierta distancia entre el autor presunto del delito y el Estado que ha sido víctima de él, con lo que se posibilitarían todas las garantías judiciales requeridas en el plano internacional.

14. En realidad, muchas de esas objeciones parecen desconocer que hay diversas soluciones posibles, soluciones que podrían salvar las inquietudes planteadas, por poca voluntad que haya para buscarlas. Ese es el fundamento de los proyectos de disposiciones siguientes.

# Segunda parte.—Posibles proyectos de disposiciones

## A.—Derecho aplicable

### 1. Posible proyecto de disposición (versiones A y B)

15. En materia de derecho aplicable, y a los efectos señalados en los párrafos 2 y 3 *supra*, el Relator Especial presenta las siguientes dos versiones para un posible proyecto de disposición:

Versión A

**El Tribunal aplicará el derecho internacional penal y, cuando sea procedente, el derecho interno.**

Versión B

**El Tribunal aplicará:**

***a*) los convenios internacionales, sean generales o particulares, relativos a la persecución y el castigo de los crímenes de derecho internacional;**

***b*) la costumbre internacional como prueba de una práctica aceptada como derecho;**

***c*) los principios generales de derecho penal reconocidos por las Naciones Unidas;**

***d*) las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho;**

***e*) el derecho interno, cuando sea procedente.**

### 2. Comentario

16. La versión A es sintética y global, en tanto que la versión B es analítica y enumerativa. Pero no hay entre ellas diferencia alguna en cuanto al fondo.

17. El «derecho internacional penal» al que se refiere en términos generales la versión A está constituido por las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho penal, la jurisprudencia y la doctrina internacional, todos enumerados en la versión B. La versión A se inspira en el método del proyecto elaborado por la Comisión de 1953 para una jurisdicción penal internacional[4]. Según el artículo 2 de ese proyecto,

> La Corte aplicará el derecho internacional, inclusive el derecho penal internacional y, cuando sea procedente, el derecho nacional[5].

18. El actual Relator Especial ha preferido la expresión «derecho internacional penal» a la expresión «derecho penal internacional». Hay una diferencia de contenido y de objeto entre ambos conceptos, al menos en derecho francés. El derecho penal internacional es una disciplina que estudia los conflictos de leyes penales internas y las soluciones que los Estados, ya sea unilateralmente o mediante acuerdo o convención, aportan a esos conflictos. En este sentido, el derecho penal internacional sería más bien una rama del derecho interno, ya que son los Estados quienes dictan soberanamente las normas aplicables a esos conflictos de leyes o quienes conciertan los acuerdos a ese respecto.

19. El derecho internacional penal explora una esfera absolutamente diferente. No se interesa en los conflictos de leyes internas. Su dominio es el de los delitos del derecho de gentes, es decir, los delitos que, por su extrema gravedad o por su carácter particularmente odioso o monstruoso, afectan al género humano. Por este motivo se considera en general que la definición de esas infracciones, y su calificación, corresponden al derecho internacional. Se comprende de ahí que la comunidad internacional realice investigaciones con respecto a un sistema internacional de represión de esos delitos.

20. Existen dos convenciones internacionales que atribuyen expresamente competencia (si bien se trata de competencia facultativa) a una jurisdicción internacional para conocer de esas infracciones. Se trata de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (art. VI) y de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (art. V).

21. Antes de esas convenciones, el estatuto en el anexo del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, referente a la persecución y el castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje[6] y el estatuto en el anexo de la proclama especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, hecha en Tokio el 19 de enero de 1946[7], habían suministrado la base jurídica para la creación de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y de Tokio, respectivamente, con el fin de castigar a los grandes «criminales de guerra». A su vez, la Ley N.° 10 del Consejo de control aliado[8] estableció tribunales internacionales en la zona de ocupación para castigar a los demás criminales de guerra que ocupaban un rango menos elevado en la jerarquía militar, administrativa o civil.

---

[4] Véase «Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional, 27 de julio-20 de agosto de 1953» [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.° 12* (A/2645)], anexo.

[5] *Ibid.*, pág. 25.

[6] Estatuto de Nuremberg (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279).

[7] Estatuto del Tribunal militar internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), Tokio, 19 de enero de 1946, *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII, págs. 354 y ss.

[8] Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra, de crímenes contra la paz y de crímenes contra la humanidad, promulgada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, N.° 3, 31 de enero de 1946).

22. Es cierto que la creación de esas jurisdicciones ha sido criticada por cuanto se trataba de tribunales *ad hoc*, creados especialmente para los requisitos de la causa, en violación de la norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Pero la creación de esos tribunales respondía a la idea de que la gravedad y el carácter odioso y monstruoso de algunos crímenes justificaban la competencia de una jurisdicción penal internacional.

23. No se pueden enumerar todas las convenciones relativas a los hechos ilícitos internacionales que se pueden calificar hoy de crímenes internacionales en el marco limitado de un comentario. Cabría remitirse al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que, si se aprobara, constituiría la base convencional más amplia, por cuanto enumera los actos criminales que, en la actualidad, preocupan en mayor medida a la comunidad internacional. Sin embargo, las convenciones no constituyen el único derecho aplicable, pese a todo el esfuerzo de codificación realizado. La costumbre ocupa también un lugar que no se podría pasar por alto.

24. Así, en el proyecto de convención para la creación de una Corte Penal Internacional, aprobado por la Asamblea Internacional de Londres en 1943[9], se ponía a la costumbre a la cabeza de las normas de derecho aplicables por una jurisdicción penal internacional en espera de la aprobación de una convención que fijara los grandes principios del derecho penal internacional, definiera los crímenes y fijara las sanciones (art. 27).

25. Se observará asimismo que el proyecto de estatuto de una corte penal internacional, elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en 1926[10], se remitía a la costumbre internacional como prueba de la costumbre general aceptada con fuerza de ley (art. 23, párr. 2).

26. Sin embargo, la aplicación de la costumbre en derecho internacional penal no tiene mucha cabida debido al carácter estricto de ese derecho, en el que prevalece por lo general la norma escrita.

27. Si la aplicación de la costumbre es difícil, la de los principios generales de derecho no lo es menos. Suscita también un amplio debate. Los partidarios de una cierta escuela formalista pretendían que algunos principios, como el principio *nullum crimen sine lege*, no se podían reconocer en derecho penal internacional si no se consagraban en convenciones.

28. Hoy en día la razón de esa controversia ha desaparecido desde que la Declaración Universal de Derechos Humanos[11] (art. 11, párr. 2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15, párr. 1) consagraron el principio en instrumentos internacionales. Pero se mantiene la dificultad respecto del principio *non bis in idem*, que sólo contó con una tímida aceptación de la CDI en el artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en primera lectura[12]. Sin embargo, y en general, no cabe duda de que los principios relativos a los derechos humanos fundamentales son aplicables en derecho internacional penal.

29. Tal vez resulte útil señalar que la ILA, en su proyecto de estatuto de una corte penal internacional aprobado en 1984[13], incluyó el siguiente texto:

> La Corte aplicará la definición de una infracción particular tal como se prevé en la Convención vigente en los Estados contratantes implicados. La Corte aplicará el derecho internacional, incluidos los principios generales de derecho reconocidos por las naciones. (Art. 22, párr. 1.)

No cabe duda tampoco de que la jurisprudencia y la doctrina son aplicables en derecho internacional penal cuando reflejan una práctica generalmente aceptada.

30. Finalmente, entre los elementos que constituyen el derecho aplicable debe figurar también el derecho interno. No se podría perder de vista que el tribunal puede verse obligado a aplicar el derecho interno de un Estado que le haya atribuido competencia, especialmente respecto de la determinación de la pena. Está claro que, en este caso, el derecho interno del Estado en cuestión no debe ser incompatible con los principios generales de derecho penal.

31. La hipótesis señalada anteriormente se previó en el proyecto de 1943 de la Asamblea Internacional de Londres, en el que se dispone:

> Si la Corte ha de tomar en consideración la ley de un Estado del cual no sea nacional ninguno de los magistrados que conozca del asunto, podrá invitar a un jurisconsulto que posea reconocida competencia en la ley respectiva, a participar en su labor con carácter consultivo, solamente con respecto a la cuestión de derecho[14]. (Art. 27, párr. 4.)

32. A esto se refiere la expresión «derecho internacional penal».

33. La versión A, que tiene carácter sintético, no es tan innovadora como parece. Se inspira en el proyecto de la Comisión de 1953 para una jurisdicción penal internacional[15], a reserva de la diferencia de terminología que se señaló al comienzo de este comentario.

34. La versión B, por su parte, refleja la tendencia más actual. Todos los proyectos de estatuto de una corte penal internacional elaborados hasta ahora, con excepción del proyecto mencionado en los párrafos 17 y 33 *supra*, utilizaron ese método enumerativo. Así ocurre con el proyecto de convención elaborado por la Asamblea In-

[9] Para el texto del proyecto, véase *Estudio histórico del problema de la jurisdicción penal internacional* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.1949.V.8), pág. 114, apéndice 9, secc. B.

[10] Véase ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference, Vienna, 5-11 August 1926*, Londres, 1927, págs. 130 a 142. Reproducido en *Estudio histórico...*, pág. 70, apéndice 4.

[11] Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

[12] Para el texto del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de las humanidad, aprobado en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

[13] ILA, *Report of the Sixty-first Conference, Paris, 26 August-1 September 1984*, Londres, 1985, pág. 257, apéndice A1.

[14] Véase nota 9 *supra*.

[15] Véase nota 4 *supra*.

ternacional de Londres en 1943[16] (art. 27), con el proyecto de estatuto elaborado por la ILA en 1926[17] y, en otro contexto, con el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

35. En resumen, corresponde a la Comisión escoger entre las dos versiones propuestas, que no contienen diferencia alguna en cuanto al fondo.

### B.—Competencia del tribunal por razón de la materia

#### 1. Posible proyecto de disposición

36. En lo que se refiere a la competencia del tribunal por razón de la materia, y a los fines señalados en los párrafos 2 y 3 *supra*, el Relator Especial propone el siguiente posible proyecto de disposición:

**1. Todo Estado Parte en el presente Estatuto reconoce la competencia exclusiva y obligatoria del Tribunal para conocer de los crímenes siguientes:**

**— El genocidio;**

**— Las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos;**

**— El *apartheid*;**

**— El tráfico internacional ilícito de estupefacientes;**

**— La captura de aeronaves y el secuestro de agentes diplomáticos o de personas internacionalmente protegidas.**

**2. El Tribunal no podrá conocer de ningún crimen, distinto de los enumerados en el párrafo precedente, si no tiene atribuida competencia por el Estado o los Estados en cuyo territorio presuntamente se haya cometido el crimen, y por el Estado víctima o el Estado cuyos nacionales hayan sido víctimas de ese crimen.**

**3. El Tribunal no será competente para conocer en segunda instancia de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.**

#### 2. Comentario

37. La disposición anterior establece un doble régimen de competencia: un régimen de competencia exclusiva y un régimen de competencia facultativa.

*Párrafo 1*

38. El párrafo 1 está dedicado a la competencia exclusiva del tribunal. Todo Estado que se adhiera al estatuto del tribunal reconocerá esa competencia exclusiva. Algunos crímenes, en razón de su particular gravedad, de su carácter odioso o del perjuicio considerable que causan al género humano, deben corresponder a la competencia de un tribunal penal internacional.

39. La lista propuesta es limitativa. Sin embargo, la Comisión podrá ampliarla o reducirla. Se ha seguido un criterio inspirado en una prudencia necesaria. El tribunal deberá dar muestras de sapiencia y moderación para inspirar confianza y vencer las reticencias. De esta manera, podrá ampliarse gradualmente la esfera de la competencia exclusiva.

*Párrafo 2*

40. En la Comisión surgió una tendencia muy fuerte contraria a la norma de la competencia exclusiva. Los adversarios de esa norma consideraron que el tribunal no podía ocuparse del asunto sino en los casos en que le atribuyeran competencia los Estados directamente interesados en el crimen, ya sea que se hubiera cometido en su territorio o que las víctimas del crimen fueran esos Estados o sus nacionales. Por ese motivo el párrafo 2 consagra asimismo la competencia facultativa. De esta manera el doble régimen de competencia reduce el campo de la norma de atribución de competencia, que ya no es tan sistemático y absoluto como en el proyecto de la Comisión de 1953 para una jurisdicción penal internacional[18] (art. 27). Ese método permite de esta manera hacer una distinción entre los crímenes más graves, los que atentan en forma masiva o sistemática contra los valores universales, como el genocidio o el *apartheid*, y los demás crímenes, y limitar la norma de la competencia exclusiva a los crímenes de la primera categoría.

41. Por consiguiente, el presente posible proyecto de disposición constituye una solución intermedia entre los partidarios de la competencia exclusiva y los partidarios de una aplicación sistemática y general de la norma de atribución de competencia.

*Párrafo 3*

42. El párrafo 3 viene a cerrar un debate que se había planteado asimismo en la Comisión respecto de la cuestión de saber si el tribunal podría tener competencia para examinar como instancia de apelación las decisiones de las jurisdicciones más altas del orden interno. Una apelación de ese tipo es incompatible con la soberanía de los Estados. Numerosos miembros de la Sexta Comisión de la Asamblea General se habían pronunciado en tal sentido en esa Comisión[19].

### C.—Interposición de una querella ante el tribunal

#### 1. Posible proyecto de disposición

43. En lo que se refiere a la interposición de una querella ante el tribunal, y a los efectos señalados en los pá-

[16] Véase nota 9 *supra*.

[17] Véase nota 10 *supra*.

[18] Véase nota 4 *supra*.

[19] Para un resumen del debate, véase «Resumen por temas...» (nota 3 *supra*), párr. 233.

rrafos 2 y 3 *supra*, el Relator Especial propone el siguiente posible proyecto de disposición:

**1. Sólo los Estados o las organizaciones internacionales tendrán derecho a interponer una querella ante el Tribunal.**

**2. Es indiferente que la persona física contra la que se interponga la querella haya actuado a título particular o en el desempeño de una función pública.**

### 2. Comentario

44. En cuanto al posible proyecto de disposición que el Relator Especial propuso en su noveno informe[20], un debate interesante tuvo lugar en la CDI respecto de las condiciones del ejercicio de la acción pública[21]. Un aspecto de ese debate se refería a saber si los Estados podrían ejercer la acción pública. Se trataba en realidad de un debate inútil. Es evidente que ningún Estado, en particular, podría ejercer directamente un poder que corresponde sólo al tribunal o a una autoridad encargada de la acción pública internacional. Pero es evidente también que todo Estado afectado por una infracción internacional puede interponer una querella ante el tribunal. Esa querella debe entrañar, si se justifica, el inicio de la acción pública internacional.

45. El proyecto de estatuto para la creación de una Sala de lo Penal de la Corte Internacional de Justicia, aprobado por la Asociación Internacional de Derecho Penal en París, el 16 de enero de 1928, y revisado en 1946[22], dispone en el párrafo 2 del artículo 20 que la acción penal internacional «podrá ser ejercida también por cualquier Estado» [cap. III, secc. 1 (Acción penal internacional)].

46. A fin de poner término a todo debate a este respecto, se ha preferido emplear la expresión «interposición de una querella ante el tribunal».

47. El párrafo 2 constituye una precisión necesaria. Se podría estar tentado de considerar que sólo los particulares pueden ser objeto de una reclamación. Se trataría de un error grave. La mayoría de los delitos de competencia exclusiva del tribunal (genocidio, *apartheid*, etc.) sólo pueden ser cometidos por personas investidas de un poder de mando. Esos crímenes se analizan también como casos de abuso de autoridad o de abuso de poder. Los autores de esos crímenes gozarían de verdadera impunidad si su carácter oficial los hiciera contar con una especie de impunidad.

48. Por otra parte, tanto el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954[23] (art. 3) como los Principios de Nuremberg, aprobados por la Comisión[24] (principio III) disponen que el hecho de que el autor de un acto haya actuado en carácter de Jefe de Estado o de Gobierno no lo exonera de responsabilidad en derecho internacional. Asimismo, el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en primera lectura[25], dispone:

*Artículo 13.—Carácter oficial y responsabilidad*

El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [...] no lo eximirá de responsabilidad criminal.

49. El proyecto de disposición propuesto en el párrafo 43 *supra* limita el derecho a interponer una querella a los Estados o a las organizaciones internacionales. Cabría preguntarse si las personas jurídicas de derecho interno, como las asociaciones de lucha contra el racismo o de protección de los derechos humanos, podrían interponer también querellas ante el tribunal. Aunque esas asociaciones lo sean de derecho interno, ¿no cabría tomar en cuenta el carácter universal del objetivo que persiguen? El presente informe no tiene una posición precisa, pero la cuestión merece un debate en la Comisión.

## D.—Acción de reparación

### 1. Posible proyecto de disposición

50. En materia de acción de reparación, y a los efectos señalados en los párrafos 2 y 3 *supra*, el Relator Especial propone el siguiente posible proyecto de disposición:

**1. Todo Estado o toda organización internacional podrá ejercitar la acción civil para la reparación del daño causado de resultas de un crimen del que conozca el Tribunal.**

**2. Los Estados podrán ejercitar asimismo la acción civil por cuenta de sus nacionales.**

### 2. Comentario

*Párrafo 1*

51. El párrafo 1 plantea el principio general del derecho a la reparación. La acción de reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de un acto criminal puede dar lugar a una acción separada o a una acción conjunta.

52. En derecho interno la acción encaminada a perseguir la reparación puede entablarse juntamente con la acción penal y, en ese caso, el juez penal está llamado a pronunciarse simultáneamente respecto de la acción penal y de la acción civil. Pero puede ocurrir también que la víctima de un delito no someta el asunto al tribunal penal sino que prefiera demandar la reparación de los perjuicios ante un tribunal civil.

[20] Véase nota 1 *supra*.

[21] Véanse el noveno informe del Relator Especial (nota 1 *supra*), párrs. 56 a 59, y *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párrs. 146 a 152.

[22] Reproducido en *Estudio histórico...*, pág. 87, apéndice 7.

[23] Aprobado por la CDI en su sexto período de sesiones; texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), párr. 18.

[24] Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg; texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), párr. 45.

[25] Véase nota 12 *supra*.

53. Cabe imaginar una situación semejante en derecho internacional. Nada prohibiría a la víctima de un acto ilícito internacional que constituya un crimen someterlo a la CIJ sobre la base del apartado *d* del párrafo 2 del Artículo 36 sólo para obtener reparación de los perjuicios sufridos, incluso en los casos en que existiera un tribunal penal internacional. Pero en este caso ¿cabría invocar la norma de que lo penal obliga a lo civil en el Estado? ¿Debería la CIJ suspender el examen de la petición relativa a la reparación a la espera de que el tribunal penal internacional se pronuncie con respecto a la culpabilidad?

54. Esto equivale a anticiparse a resolver en derecho internacional el problema de la aplicabilidad de las normas de derecho interno, y tal vez sea mejor mantener la prudencia en esta etapa del desarrollo del derecho internacional penal.

*Párrafo 2*

55. El párrafo 2 reserva el derecho a introducir la acción de reparación a los Estados y a las organizaciones internacionales, y los Estados podrán actuar por cuenta propia o en representación de sus nacionales. Sin embargo, cabe preguntarse si las asociaciones u organizaciones internas que persiguen un fin humanitario no podrían ser autorizadas para actuar en una demanda de reparación ante el tribunal penal internacional. Se trata de escoger, y el debate en la Comisión podría ser útil para aclarar la situación.

## E.—Entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal

### 1. Posible proyecto de disposición (versiones A y B)

56. En lo que se refiere a la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal, y a los efectos señalados en los párrafos 2 y 3 *supra*, el Relator Especial presenta las siguientes dos versiones para un posible proyecto de disposición:

Versión A

**La entrega del presunto autor de un crimen a la Fiscalía del Tribunal no es un acto de extradición. A los efectos de la aplicación del presente Estatuto, se entiende que el Tribunal Penal Internacional es un órgano jurisdiccional común a todos los Estados Partes en el presente Estatuto y que la justicia que administra no emana de un órgano jurisdiccional extranjero.**

Versión B

**Todo Estado parte en el presente Estatuto estará obligado a entregar a la Fiscalía del Tribunal, a petición de éste, a todo presunto autor de un crimen que corresponda a la competencia del Tribunal.**

### 2. Comentario

57. La palabra «entrega», que figura en el título de este proyecto de disposición, se utiliza deliberadamente para mostrar claramente que no se trata de una extradición. La extradición interviene en un sistema de competencia universal, tal como se prevé en el artículo 6 (antiguo artículo 4) del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura[26]. Puede intervenir asimismo entre el tribunal y un Estado que no sea parte en su estatuto.

58. Por el contrario, cuando se trata de un Estado parte en el estatuto del tribunal parece que no puede tratarse de una extradición sino de una entrega al tribunal. Al introducir esta disposición en el estatuto del tribunal se soluciona el problema definitivamente. Todo Estado parte sabe que está obligado, y de ahí su adhesión a esta obligación estipulada en el estatuto.

59. La versión A, más larga y explicativa, muestra claramente por qué no se trata de una extradición, sino de una simple entrega, cuando se trata de un Estado parte en el estatuto del tribunal. La extradición sólo debe intervenir cuando se trate de un Estado que no sea parte en el estatuto del tribunal.

60. La versión A se inspira en el artículo 5 del proyecto de convención para la creación de una Corte Penal Internacional, de 1943, que dice:

*Artículo 5.—Carácter jurídico de la entrega de los acusados a la Corte Penal Internacional*

La entrega de un acusado a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional no constituye extradición. A los fines de la presente Convención, la Corte Penal Internacional será considerada como una jurisdicción penal común a todas las naciones, y la justicia administrada por esta Corte no habrá de ser considerada como justicia extranjera[27].

61. La versión B, más breve, se limita a enunciar la norma sin explicarla. No hay ninguna diferencia de fondo entre ambas versiones.

## F.—El tribunal y el principio de doble instancia

### 1. Posible proyecto de disposición

62. En lo que se refiere al principio de la doble instancia de jurisdicción, y a los efectos señalados en los párrafos 2 y 3 *supra*, el Relator Especial propone el siguiente posible proyecto de disposición:

**1. El Tribunal conocerá en primera y única instancia de las causas criminales que corresponden a su propia competencia.**

**2. No obstante, para garantizar el doble grado de jurisdicción, una sala especial formada por magistrados, con exclusión de los que hayan participado en la adopción de una resolución, podrá examinar la apelación interpuesta contra ésta.**

---

[26] *Ibid.*

[27] Véase nota 9 supra.

2. COMENTARIO

*Párrafo 1*

63. El párrafo 1 se inspira en algunos sistemas jurídicos en los que las decisiones de los tribunales, que constituyan la instancia más elevada de la jurisdicción nacional en materia penal, no son susceptibles de apelación. Esto ocurre en el sistema judicial francés y en sistemas emparentados con él. En esos sistemas el único recurso posible contra los fallos de esos tribunales es la casación, y está limitado exclusivamente al examen de la conformidad de la decisión con el derecho, porque no se pueden volver a examinar los hechos.

*Párrafo 2*

64. El párrafo 2 toma en cuenta la opinión expresada en la Comisión de que la apelación es un derecho que forma parte de las garantías fundamentales de la persona humana. Como es imposible crear una jurisdicción de apelación que sería superior en el sentido jerárquico al tribunal penal internacional, se ha concebido un sistema de recurso interno que otorga a los magistrados que no hayan participado en una decisión la facultad de reexaminarla en apelación.

# RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

[Tema 5 del programa]

## DOCUMENTO A/CN.4/443*

## Octavo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial

*[Original: español/inglés]*
*[15 de abril de 1992]*

### ÍNDICE


| | | Página |
|---|---|---|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente informe | | 68 |
| | *Párrafos* | |
| INTRODUCCIÓN | 1-8 | 69 |
| A. Los artículos propuestos hasta el presente | 1-2 | 69 |
| B. Los diez primeros artículos | 3-6 | 69 |
| 1. Observaciones de carácter general | 3-4 | 69 |
| 2. El artículo 2 | 5-6 | 69 |
| C. La segunda serie de artículos | 7-8 | 70 |
| 1. El principio de no discriminación (art. 10) | 7 | 70 |
| 2. El resto de los artículos | 8 | 70 |
| *Capítulo* | | |
| I. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN | 9-30 | 70 |
| A. Las obligaciones de prevención | 9-12 | 70 |
| B. Alternativa | 13 | 72 |
| C. Tratamiento conjunto para las medidas unilaterales de prevención | 14-17 | 72 |
| D. La necesidad de consultar: diferencias según la actividad | 18-28 | 73 |
| E. Notificación, información y advertencia por el Estado afectado | 29-30 | 75 |
| II. DISPOSICIONES RECOMENDATORIAS RELATIVAS A LA PREVENCIÓN (ARTS I A IX) | 31 | 76 |
| Anexo | 31 | 76 |
| Artículo I.—Medidas de prevención | 31 | 76 |
| Artículo II.—Notificación e información | 31 | 76 |
| Artículo III.—Seguridad nacional y secretos industriales | 31 | 77 |
| Artículo IV.—Actividades de efectos nocivos: consulta previa | 31 | 77 |
| Artículo V.—Alternativas a una actividad de efectos nocivos | 31 | 77 |
| Artículo VI.—Actividades de riesgo: la consulta para un régimen | 31 | 77 |
| Artículo VII.—Iniciativa de los Estados afectados | 31 | 77 |
| Artículo VIII.—Solución de controversias | 31 | 78 |
| Artículo IX.—Factores del equilibrio de intereses | 31 | 78 |
| Apéndice.—Desarrollo de algunos conceptos del artículo 2 del proyecto de artículos presentado en informes anteriores | 1-20 | 78 |
| A. Observaciones generales | 1 | 78 |
| B. El concepto de riesgo | 2-9 | 79 |
| C. El concepto de daño | 10-20 | 80 |


* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/443/Corr.1 a 3.

**Instrumentos multilaterales citados en el presente informe**

| | *Fuente* |
|---|---|
| Convención sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 7 de octubre de 1952) | Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 310, pág. 212. |
| Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960) y Protocolo adicional (París, 28 de enero de 1964) | *Ibid.*, vol. 956, págs. 288 y 356. |
| Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (Bruselas, 25 de mayo de 1962) | OIEA, *Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, Colección jurídica N.° 4, ed. rev., Viena, 1976, pág. 93. |
| Convención complementaria a la Convención de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (Bruselas, 31 de enero de 1963) | *Ibid.*, pág. 102. |
| Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963) | Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1063, pág. 299. |
| Tratado para proscribir ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo la superficie de las aguas (Moscú, 5 de agosto de 1963) | *Ibid.*, vol. 480, pág. 43. J. M. Ruda, *Instrumentos internacionales*, TEA, Buenos Aires, 1976, pág. 681. |
| Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Bruselas, 29 de noviembre de 1969) | Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 973, pág. 47. |
| Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo (Londres, Moscú y Washington, 11 de febrero de 1971) | *Ibid.*, vol. 955, pág. 130. |
| Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (Ramsar, 21 de febrero de 1971) | *Ibid.*, vol. 996, pág. 245. |
| Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington, 29 de marzo de 1972) | *Ibid.*, vol. 961, pág. 212. |
| Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976) | *Ibid.*, vol. 1108, pág. 175. |
| Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos (Londres, 17 de diciembre de 1976) | PNUMA, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie de referencia 3, Nairobi, 1982, pág. 491. |
| Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias (Ginebra, 13 de noviembre de 1979) | CEE, *Conventions sur l'environnement*, pág. 7. |
| Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 19 de diciembre de 1982) | *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122. |
| Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988) | *Revue générale de droit international public*, París, 1989, vol. 93, pág. 102. |
| Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD) (Ginebra, 10 de octubre de 1989) | *Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD)* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: F.90.II.E.39). |
| Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991) | CEE, *Conventions sur l'environnement*, pág. 109. |

# Introducción

## A.—Los artículos propuestos hasta el presente

1. En este primer año del quinquenio de la CDI, y como hay numerosos nuevos miembros, conviene un repaso de la situación en que se encuentra el tema. A ese fin, la lectura del séptimo informe del Relator Especial[1] es muy conveniente puesto que allí se intenta una visión panorámica de los artículos propuestos y de las reacciones registradas tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Encontrará también el lector ciertas líneas sugeridas para el desarrollo futuro de los aspectos más importantes del proyecto.

2. Siendo así, es conveniente recordar que la etapa de los debates generales ha sido enteramente agotada y, en consecuencia, la discusión debería limitarse en lo posible al contenido del presente informe.

## B.—Los diez primeros artículos

### 1. Observaciones de carácter general

3. La Comisión examinó dos series de textos. Una serie está compuesta por los diez primeros artículos presentados en el cuarto informe del Relator Especial[2], que han sido remitidos al Comité de Redacción[3] para su examen. En el debate que tuvo lugar antes de su remisión se hicieron importantes sugerencias sobre eventuales cambios, incluyendo propuestas para mejorar la redacción. El examen del informe por la Sexta Comisión[4] dio lugar a otras observaciones que, a juicio del Relator Especial, merecen ser tenidas en cuenta. En el quinto informe[5] se recogieron esas observaciones en nueve artículos, discutidos en la Comisión y transmitidos como elementos de juicio al Comité de Redacción. Quedaron nueve de los diez artículos propuestos, porque hubo consenso en favor de la supresión del artículo 8 (La participación)[6]. Asimismo, en el sexto informe se agregaron notas a algunos de esos artículos[7] con propuestas de redacción algo diferentes, destinadas a la consideración del Comité de Redacción y, naturalmente, de la CDI, en momento oportuno.

4. El Comité de Redacción contará, pues, con la versión de los diez primeros artículos enviados originalmente, más los elementos de juicio proporcionados por los nueve artículos del quinto informe así como con las propuestas recogidas en las notas a algunos de los artículos en el anexo del sexto informe.

### 2. El artículo 2

5. A partir del sexto informe, y dadas la naturaleza muy particular de este tema y la falta de antecedentes sobre instrumentos de tipo general como el que eventualmente propondría la Comisión, la mayor parte de los artículos tienen un carácter totalmente experimental, ya que estuvieron dirigidos meramente a sondear la reacción de los miembros de la CDI y de la Sexta Comisión así como a mostrar el posible panorama completo del proyecto de artículos. En ese carácter se incluyó —tratando de complacer a una pequeña corriente de opinión, pero muy insistente, que quería una lista de actividades peligrosas para cernir mejor el alcance del tema— la idea de las «sustancias peligrosas» y otras afines incorporadas al importante proyecto de convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente del Consejo de Europa[8]. Como consecuencia, hubo que introducir modificaciones al texto original del artículo 2 (Términos empleados) y a otros artículos para corresponder a la nueva idea de las sustancias peligrosas. La CDI y la Sexta Comisión no se mostraron propicias a esta incorporación ni, por ende, a las modificaciones consecuentes. El Comité de Redacción sabe, entonces, que los apartados *a*, *b*, *c* y *d* del artículo 2, propuestos en el sexto informe[9], no son aceptables, y que debería en principio volver a tomar como base la redacción propuesta en el quinto informe, con las modificaciones de que se dará cuenta.

6. El artículo 2 tiene una característica muy especial. Se dijo en su momento[10] que quedaba abierto para el caso en que debieran introducirse nuevos términos o modificarse algunos de los conceptos allí existentes en vista de desarrollos ulteriores del proyecto. Es, entonces, un artículo flexible. En el sexto informe se da cuenta de otras modificaciones al artículo 2 y al resto de las disposiciones generales[11], que el Comité de Redacción deberá tener en cuenta porque no se relacionan con el concepto de «sustancias peligrosas», sino con otros cuya defini-

[1] Véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 73, documento A/CN.4/437.

[2] Véase *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 254, documento A/CN.4/413.

[3] *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), párr. 101.

[4] Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo tercer período de sesiones» (A/CN.4/L.431), secc. B.

[5] Véase *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423.

[6] Para el texto propuesto, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), párr. 22.

[7] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), págs. 112 y ss., documento A/CN.4/429 y Add.1, anexo, notas a a j.

[8] El texto sobre el que se basa el debate en el presente informe es el proyecto que figura en el documento DIR/JUR (92) 1 del Consejo de Europa, de fecha 27 de enero de 1992, posteriormente aprobado como documento DIR/JUR (92) 3 de 31 de julio de 1992. Para el debate sobre un proyecto anterior, véase el sexto informe del Relator Especial [*Anuario... 1990*, vol. II (primera parte) (nota 7 *supra*)], pág. 94, párrs. 15 a 17.

[9] *Ibid.*, anexo.

[10] *Ibid.*, pág. 95, párr. 19.

[11] *Ibid.*, págs. 95 a 97, párrs. 22 a 25.

ción fue haciéndose necesaria con posterioridad al envío de dicho artículo (dentro de los diez primeros) al Comité de Redacción.

### C.—La segunda serie de artículos

#### 1. El principio de no discriminación (art. 10)

7. El sexto informe contiene un nuevo proyecto de artículo 10 (No discriminación[12]) que contó con el apoyo general, por lo que debería remitirse al Comité de Redacción en el presente período de sesiones para que el Comité pueda completar el examen de los principios que rigen la materia hasta ahora propuestos a fin de incluirlos en el capítulo II del proyecto.

[12] *Ibid.*, anexo. Véase también pág. 98, párr. 29.

#### 2. El resto de los artículos

8. Enseguida viene una serie de artículos (arts. 11 a 33[13]) agrupados en varios capítulos: el capítulo III desarrolla el principio de prevención; el capítulo IV la responsabilidad del Estado y el capítulo V la responsabilidad civil. Todos estos capítulos tienen, como se ha dicho más arriba, un carácter meramente exploratorio y la nueva Comisión debería olvidarlos por el momento. A medida que se avance en el tema, dichos textos u otros serán propuestos con carácter más firme, a la luz de los debates que a su respecto se susciten en este foro y en la Asamblea General. El presente informe, por ejemplo, contiene artículos ya más concretos sobre la prevención (véase cap. II *infra*), teniendo en cuenta las conclusiones de los últimos debates que al parecer fueron decisivas. Asimismo, se reconsideran algunas definiciones del artículo 2 en un apéndice al presente informe. Estas definiciones se colocan en un apéndice a fin de subrayar que el artículo 2 ya fue enviado al Comité de Redacción y que el debate es sólo una ampliación de los ya producidos.

[13] *Ibid.*, anexo.

## Capítulo I

## Desarrollo del principio de prevención

### A.—Las obligaciones de prevención

9. En los debates relativos a las obligaciones de prevención, la Comisión se hizo dos preguntas básicas: *a*) ¿deben existir, para las actividades del artículo 1, obligaciones de prevención además de las de reparación? *b*) las actividades de riesgo y de efectos nocivos ¿deben ser tratadas en este campo junta o separadamente? Respecto a la primera pregunta, una corriente importante de opinión propició un instrumento separado de carácter recomendatorio para aquellas obligaciones de prevención que fueran de naturaleza simplemente procesal, como las contenidas en los artículos 11 a 15 del proyecto, en la versión del sexto informe. A esa posición hay que sumar las opiniones de quienes querían pura y simplemente suprimir las obligaciones de procedimiento, para llegar a la conclusión de que una mayoría decisiva estaba en contra de mantener obligaciones procesales. Por esas razones, se propone ahora que esas obligaciones de procedimiento se incluyan en un anexo a título de mera recomendación.

10. Hubo, en cambio, algunas voces en favor de que fueran obligatorias y a cargo del Estado las medidas unilaterales de prevención como las contempladas en el artículo 16 de la versión del sexto informe[14] con carácter de obligaciones[15]. A este respecto hay una previa aclaración que formular: repetidas veces se han oído en la CDI y en la Sexta Comisión comentarios que asocian el riesgo con la prevención y el daño con la reparación. Así, la prevención tendría que ver solamente con las actividades llamadas «de riesgo», o sea aquellas que originan la probabilidad de daño transfronterizo significativo. Sin embargo, una circunstancia de singular elocuencia debiera hacer reflexionar sobre ese primer impulso que lleva a admitir que «prevenir es mejor que curar» y que condujo a uno de los problemas más espinosos con que tropezó este proyecto. Esa circunstancia es que en los instrumentos internacionales que rigen actividades específicas «de riesgo» no hay disposición alguna sobre la prevención, concebida ésta en sentido de evitar la producción de accidentes. Se trata de instrumentos que consagran la responsabilidad civil de ciertas personas privadas por daños causados por actividades consideradas peligrosas, como la actividad nuclear, el transporte de

[14] *Ibid.* Estas obligaciones, del tipo de aquellas de *due diligence*, estarían a cargo del Estado de origen; se traducirían en una acción legislativa, administrativa y de aplicación del derecho dirigida a que los particulares que conducen la actividad de que se trate tomen las medidas de fondo. El texto del artículo 16 fue objeto de sugerencias para mejorar su redacción. Por ejemplo, lo relativo a los seguros pertenecería al dominio de la responsabilidad más que al de la prevención, y la última oración, que se refiere al tratamiento de un peligro inminente y grave, estaría acaso mejor en artículos dedicados a un procedimiento de emergencia.

[15] En informes anteriores, se ha llamado «duras» a este tipo de obligaciones. En el futuro se les llamará simplemente «obligaciones», en el entendido de que no existen realmente «obligaciones blandas» *(soft obligations)*, a las que se les llamará «recomendaciones».

petróleo por mar, la aviación, etc.[16]. En aquellas convenciones en que no hay responsabilidad civil o en que ésta es subsidiaria de la responsabilidad civil, como en el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, resulta imposible acumular *en una misma persona* (el operador responsable) y *por un mismo hecho* la responsabilidad por violación de obligaciones de prevención —que es por hecho ilícito— y la responsabilidad causal *(sine delicto)*, porque en la primera la ilicitud se excluye si el sujeto de la obligación empleó la debida diligencia y en la segunda el sujeto debe la indemnización de todos modos, cualesquiera que hayan sido los medios empleados para tratar de evitar el acontecimiento dado. En este caso se puede hacer referencia a los artículos 21 y 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[17]. Por lo demás, la responsabilidad causal actúa como incentivo suficiente, en general, para que los responsables adopten medidas de prevención adecuadas, puesto que los accidentes deben en todos los casos ser indemnizados. La única forma de incluir ambas formas de responsabilidad en un mismo cuerpo jurídico es haciéndolo sobre hechos distintos o sobre personas diferentes (por ejemplo la responsabilidad del Estado para la prevención y la responsabilidad civil para la reparación).

11. En tales condiciones, sería acaso más práctico enviar todas las obligaciones de prevención (tanto las procesales como las llamadas «unilaterales» o de debida diligencia) a un anexo compuesto de disposiciones meramente recomendatorias, como guía para la conducta de los Estados en el mejor cumplimiento de los artículos del texto principal. Ello por varias razones:

*a*) Porque, como se ha señalado, lo corriente en las convenciones existentes sobre responsabilidad es no tratar de la prevención[18] en el sentido ya mencionado;

*b*) Se trataría de obligaciones a cargo del Estado[19] cuya violación implicaría responsabilidad también del Estado. Si bien es cierto que aquí hay dos sujetos diferentes (el Estado y los responsables particulares), se podría tener respecto a un mismo hecho (esto es, un mismo episodio de daño transfronterizo) una responsabilidad por hecho ilícito a cargo del Estado y otra de tipo causal o de riesgo a cargo de responsables particulares. Aunque en las convenciones relativas a los daños nucleares (véase párr. 10 *supra*) pueda decirse que existe una cierta responsabilidad del Estado, ésta no es por hecho ilícito sino simplemente subsidiaria de la responsabilidad causal de las personas privadas y está destinada a cubrir daños no indemnizados por aquéllas. No ofrece, entonces, una disyuntiva de vías —la que conduce a la responsabilidad estatal y la que lleva a la responsabilidad civil— y no muy fáciles de armonizar entre sí, sin mencionar el hecho de que los Estados han sido extremadamente renuentes a asumir responsabilidades en las existentes convenciones, o proyectos de convención, que regulan ciertas actividades de riesgo[20]. Asimismo, en el único proyecto que trata *en general* sobre actividades peligro-

[16] La única convención que establece la responsabilidad del Estado es el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, pero tampoco contiene obligaciones de prevención. En alguna medida, también la Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos establece la responsabilidad, pero por hecho ilícito.

[17] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31. Es por esta misma razón que el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales tampoco contiene disposiciones de prevención: todas las obligaciones son a cargo del Estado, y como la responsabilidad de éste es absoluta, es inútil pedirle que emplee ciertos medios de prevención. Es algo así como querer castigar la tentativa de suicidio con la pena de muerte.

[18] En tales convenciones, como se mostrará más adelante, la única prevención que se considera es aquella destinada a contener o minimizar los efectos nocivos de un incidente *ya producido*, esto es, a *prevenir* que tales efectos desarrollen toda su capacidad de daño transfronterizo. Se considera generalmente como un costo incurrido por quienquiera que sea, el Estado afectado o particulares interesados, que debe indemnizarse por el Estado de origen. Es un componente del daño.

[19] Como se verá en el texto de carácter recomendatorio, que se sugiere más adelante, correspondería al Estado tomar las medidas legislativas, administrativas y de aplicación necesarias para que los responsables por las actividades del proyecto de artículos tomen a su vez las medidas de prevención *sustantivas*.

[20] Véase G. Doeker y T. Gehring, «Private or international liability for transnational environmental damage. The precedent of conventional liability regimes», *Journal of Environmental Law*, Oxford, vol. 2, N.° 1, 1990. Según los autores, que examinan varios regímenes convencionales de responsabilidad, hasta ahora sólo el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales prescribe la responsabilidad causal del Estado; todos los otros regímenes se remiten a la responsabilidad civil.

> «Con respecto a las actividades en el espacio, los componentes militares y civiles estaban en el momento de la creación del régimen, y siguen estando, muy vinculados entre sí. Las consideraciones militares y de política global han estado siempre dentro del ámbito de los intereses gubernamentales. En el momento de las negociaciones sobre la responsabilidad por las actividades en el espacio, prevaleció evidentemente este interés.» (*Ibid.*, págs. 14 y 15.)

Los autores hacen una diferencia entre, por una parte, tales casos y, por otra, el uso *civil* de la energía nuclear y el transporte de sustancias peligrosas, donde la actividad es puramente económica. Más aún, distinguiendo entre las soluciones para la actividad nuclear civil y el transporte de sustancias peligrosas, dicen que en la primera hay intervención subsidiaria del Estado y en la segunda no. Citan la declaración del delegado de los Estados Unidos de América en la Conferencia de Bruselas de 1969 en el sentido de que la participación estatal

> «sólo debería considerarse si pudiera demostrarse que los costos incrementales de los seguros resultantes de un tipo tradicional, aunque alto, de una solución basada en el derecho marítimo fueran tan grandes que como consecuencia de ello no resultara económico para los dueños de buques continuar sus actividades. En otras palabras, *los Estados no estaban dispuestos a asumir una responsabilidad subsidiaria mientras la industria en cuestión esté en condiciones de soportar la carga del aumento de la responsabilidad**.» (*Ibid.*, pág. 15.)

Si el anterior razonamiento es correcto, cuánto más aplicable lo será para una responsabilidad estatal por hecho ilícito en un proyecto de artículos que aspire a convertirse en una convención marco aplicable a cualquier actividad que produzca o cree el riesgo de producir daño transfronterizo significativo. En el mismo sentido, A. Rest dice:

> «En términos generales, el Código favorece el *enfoque de responsabilidad civil* y no demuestra las posibilidades del concepto de una responsabilidad del Estado que debería combinarse con el concepto de la responsabilidad civil. Cabe mencionar que, por ejemplo, en el proyecto de código precedente, de febrero de 1988, preparado por la secretaría de la CEPE, seguía prescribiéndose explícitamente "el desarrollo del derecho internacional con respecto a la responsabilidad y la indemnización internacional". La supresión de esta frase ilustra una vez más abundantemente que los Estados se niegan o se muestran muy renuentes a comprometerse mediante reglamentaciones obligatorias de responsabilidad del Estado.» («New tendencies in environmental responsibility/liability law — The work of the UN/ECE Task Force on Responsibility and Liability regarding Transboundary Water Pollution», *Environmental Policy and Law*, vol. 21, N.os 3 y 4, julio de 1991, pág. 136.)

sas para el medio ambiente, a saber el proyecto de convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente[21], del Consejo de Europa, no hay ninguna disposición sobre la responsabilidad del Estado;

*c*) Como se ha visto repetidas veces, la imposición de obligaciones primarias de prevención haría de su violación un hecho ilícito y por ende prohibido. Esto lleva a la ya clásica objeción de que se trata de actos prohibidos, siendo que el mandato recibido de la Asamblea General es estudiar la responsabilidad por actos *no prohibidos* por el derecho internacional. Aunque al parecer del Relator Especial no se está frente a una objeción fundamental, opinión compartida por una buena parte de la Comisión[22], siempre es bueno mantener la pureza metódica: la relación de la responsabilidad del Estado por hecho ilícito y la de los particulares *sine delicto* no resulta una tarea fácil, y menos para un tema ya de por sí complicado; y

*d*) Porque si se incluye un elemento de prevención tan importante como el de este artículo, habría que hacer lo mismo al menos con una obligación de procedimiento a cargo del Estado de origen, la de consultar con los Estados eventualmente afectados antes de autorizar una actividad de efectos nocivos, como se verá más adelante, y eso iría en contra del deseo casi unánime de no traer obligaciones procesales al cuerpo del instrumento. Y habría que incluirla puesto que, como se verá, en las actividades de efectos nocivos la consulta sobre un régimen que les dé legalidad es prácticamente el único aspecto útil de cualquier proyecto.

12. El anexo debiera tener un encabezamiento que, aparte de declarar el carácter exclusivamente recomendatorio de sus disposiciones y que éstas servirán para el mejor cumplimiento de los principios y objetivos de los artículos del instrumento principal, deje librado al derecho internacional las responsabilidades que pudieran caber en caso de que el incumplimiento de algunas de dichas disposiciones signifique también la violación de una obligación internacional. En otras palabras, la adopción del carácter recomendatorio para algunas normas del proyecto tiene el propósito de facilitar la aplicación de sus disposiciones y su violación no acarrearía consecuencias *dentro del sistema del régimen previsto para el proyecto de artículos*, pero no se toma posición respecto a las consecuencias que pudieran surgir en el campo del derecho internacional general o de otros convenios. Véanse a este respecto los artículos 4 (Relación entre los presentes artículos y otros acuerdos internacionales) y 5 (Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional)[23].

### B.—Alternativa

13. Según la opinión predominante, los artículos procesales deben trasladarse al anexo pero manteniendo las obligaciones unilaterales de prevención, aunque se complique la parte relativa a la responsabilidad. Si se tropezara con la renuencia de los Estados a asumir obligaciones de prevención, el artículo I del anexo[24] puede colocarse en el texto principal. En tal caso, al menos una obligación de consulta debiera existir también en ese texto para las actividades de efectos nocivos.

### C.—Tratamiento conjunto para las medidas unilaterales de prevención

14. Cabe ahora preguntarse si un artículo de esta naturaleza, vaya a donde fuere, se aplicaría a los dos tipos de actividades del artículo I, o sea a las de riesgo y a las de efectos nocivos, y para ello hay que volver a inquirir cuál es el papel preventivo que se asigna al Estado en las unas y en las otras. Se había visto que las medidas preventivas a cargo del Estado serían muy distintas de aquellas a cargo de los operadores particulares: el Estado debería dictar una normativa (incluyendo leyes y disposiciones administrativas) prudente y completa en materia de prevención y vigilar para que se cumpliera por los medios jurídicos de que dispone. Los particulares deberían adoptar las medidas, sustantivas o de fondo, a que los compelería el Estado.

15. Es en las medidas sustantivas o de fondo donde el papel de la prevención es diferente según que la actividad sea de riesgo o de efectos nocivos: en las primeras el resultado de la prevención es aleatorio, puesto que por definición los incidentes pueden producirse no obstante las precauciones adoptadas, y en las segundas la prevención, o bien es enteramente eficaz y evita que las consecuencias perjudiciales se produzcan (o lleguen al umbral del daño significativo) o bien es total o parcialmente ineficaz y en ese caso no impide que el daño significativo tenga lugar[25].

16. Pero en lo que se refiere al Estado, su papel es de la misma naturaleza cualquiera que sea la actividad reglamentada; esto es, adoptar ciertas medidas legislativas, administrativas y de aplicación necesarias para, en un caso, minimizar el riesgo de accidentes y, en el otro, evitar que el daño transfronterizo supere el umbral tolerable

---

[21] Véase nota 8 *supra*.

[22] Esta cuestión fue abundantemente discutida en debates anteriores y se sugirió que el título debería referirse a *actividades* y no a *actos* [véanse, especialmente, *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), párr. 216, y *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), párr. 348]. Estaría dentro del mandato de la Comisión reglamentar todo lo relativo a tales actividades, incluyendo la responsabilidad (en su significado de conjunto de obligaciones primarias) por los *hechos ilícitos* cometidos en su desarrollo.

En tal caso, el título inglés debería enmendarse para expresar el hecho de que los artículos están tratando de la *responsibility and liability for injurious consequences of activities not prohibited by international law*. Véase el séptimo informe, donde se cita a Quentin-Baxter y se refiere al «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el que se analiza el significado de los términos *«responsibility»* y *«liability»* [*Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (nota 1 *supra*), párr. 6, nota 5].

[23] Para el texto, véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte) [nota 7 *supra*], anexo.

[24] Se han utilizado números romanos en los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial para una posible inclusión en un anexo a fin de distinguirlos de los que forman la parte principal del instrumento.

[25] Si tal daño significativo está inevitablemente relacionado a la actividad, cabría contemplar seriamente la posibilidad de que, antes de autorizarla, el Estado de origen exigiera del operador alternativas que no produjeran ese daño, como se verá más adelante.

y se convierta en *significativo*. Se tratará siempre de medidas legislativas, administrativas o de aplicación, o sea de idéntica naturaleza, enmarcadas dentro del concepto de «debida diligencia». En materia preventiva, el Estado tendría que legislar y vigilar.

17. Para poder adoptar tales medidas, el Estado debe someter todas las actividades bajo su jurisdicción o control que *prima facie* sean de aquellas que causen o puedan causar daños transfronterizos a un régimen especial. Se supone que esto sucede en la actualidad en la mayor parte de los países del mundo en relación con la protección de la propia población. ¿Y qué criterios deben seguir los gobiernos para reconocer tales actividades? En primer lugar, en la definición general que se da de estas actividades en el artículo 2. Luego, como se sugirió antes, introducir en un anexo una lista indicativa de sustancias peligrosas, o aun también de actividades que tengan ese carácter, puesto que al ser meramente indicativas desaparecen los inconvenientes, reiteradamente señalados, que se referían a listas exhaustivas y obligatorias. Es de suponer que en relación con la prevención así encarada no se presentarían problemas serios, puesto que las actividades que engendran riesgos, como aquellas mencionadas en el artículo 2, están ya sujetas a autorización previa acaso en la mayor parte de los Estados. En lo que concierne al proyecto de artículos, los gobiernos deberán tener en cuenta, en la evaluación que hagan del impacto de la actividad en cuestión sobre el medio ambiente, la salud o los bienes de su propia población, pero también los posibles efectos transfronterizos. Los gobiernos descargarán seguramente esta tarea en los operadores privados bajo su jurisdicción o control, exigiéndoles que aporten los elementos de juicio, a su propio costo, para hacer las correspondientes evaluaciones.

### D.—La necesidad de consultar: diferencias según la actividad

18. En relación con la necesidad de consultar al comienzo de la actividad, conviene analizar la diferente situación de las actividades de riesgo respecto a las de efectos nocivos: en las primeras, se crea un riesgo de daño transfronterizo, en las segundas se causa directamente un daño; son actividades que por definición lo producen en el curso normal de su operación. Existe un considerable cuerpo de doctrina y de práctica internacionales en el sentido de que el daño transfronterizo que estas actividades causan, cuando es significativo, está en principio prohibido en el derecho internacional general. Siendo esto así, sólo cabría la existencia de una actividad de ese género si hay alguna forma de consentimiento previo de los Estados afectados. El rigor de este principio está algo disminuido por la existencia de ciertas actividades acumuladoras de efectos transfronterizos nocivos que, insensiblemente, fueron superando el umbral de tolerancia llegando al nivel del «daño significativo». Eso ha sucedido, por ejemplo, con la contaminación del aire que produce la lluvia ácida, tanto en regiones de Europa como en América del Norte. Pero sucede que, si bien ha sido imposible prohibir las actividades causantes de tales efectos, es indudable que se ha despertado la cooperación internacional para tratar de despojarlas de sus características más perjudiciales. La Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias es un ejemplo, aunque no tenga cláusulas de responsabilidad. Los Estados, a través de esta cooperación, admiten que se trata de una situación tolerada en forma temporaria, por importantes razones, pero que deberá ser erradicada. Asimismo, y por dificultades en probar la relación de causalidad entre las diferentes fuentes y el daño, es obvio que todo lo relativo a la reparación pasa a segundo plano. Surge de todo esto que prácticamente el efecto de mayor interés para las actividades de este tipo, si no el único, es la prevención y la necesidad de una consulta destinada a encontrar un régimen aceptable para que la actividad comience a desarrollarse o, en el caso de que ya esté en marcha —como sucede con la contaminación a distancia producida por la utilización de combustibles fósiles—, de un régimen que la haga tolerable y en última instancia se convierta en una alternativa al daño transfronterizo significativo.

19. El Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en su obra titulada «Elements for a draft convention on environmental protection and sustainable development», propone tratar el tema de la licitud o ilicitud del riesgo y del daño mediante el juego de un principio y de dos excepciones. En el artículo 10 de su proyecto de convención enuncia un principio que traduce la prohibición general de causar daño o crear el riesgo de daño transfronterizo, en los siguientes términos:

> Los Estados, sin perjuicio de los principios establecidos en los artículos 11 y 12, impedirán o reducirán toda interferencia ambiental transfronteriza o peligro considerable de esa interferencia que cause un daño considerable, es decir, un daño que no sea menor o insignificante[26].

En el comentario correspondiente a este artículo se indica que

> [...] el artículo 10 *sienta el principio básico bien establecido que rige las interferencias ambientales transfronterizas**, a saber, que los Estados impedirán o reducirán las interferencias de ese tipo que causen, o que corran el peligro de causar, daños considerables en una zona bajo la jurisdicción nacional de otro Estado o en una zona fuera de los límites de la jurisdicción nacional[27].

---

[26] *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations* (aprobado por el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo), Londres, Dordrecht, Boston, Graham & Trotman, Martinus Nijhoff, 1987, pág. 75.

[27] *Ibid.* En apoyo a esta posición, el Grupo de Expertos cita la declaración clásica de la sentencia arbitral pronunciada en el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter) (Estados Unidos* c. *Canadá)*, que dice:

> «[...] con arreglo a los principios del derecho internacional, al igual que a la legislación de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a utilizar o a permitir que se utilice su territorio de una manera que cause daños debidos a emanaciones en el territorio de otro o en la propiedad o las personas en ese territorio, cuando haya posibilidades de consecuencias graves y los daños se demuestren mediante pruebas claras y convincentes.» [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.° de venta: 1949.V.2), pág. 1965.]

En ella puede apreciarse también que sólo el daño que no es menor o insignificante es de relevancia para el derecho internacional.

En el mismo sentido, el Grupo cita también el párrafo 2 del artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y su aceptación, implícita o explícita, por numerosos instrumentos internacionales, como el principio 21 de la Declaración de Estocolmo [véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el*

*(Continuación en la página siguiente.)*

Este principio equivaldría a una prohibición genérica de causar daño transfronterizo «sustancial» —para utilizar el vocablo de ese proyecto— y respondería al principio de inviolabilidad de la soberanía territorial del Estado afectado. Reuter se preguntaba:

¿Acaso las normas de la soberanía territorial no dan por sentado el principio de que está prohibida toda acción física que surta efecto en el territorio de un Estado a partir de una fuente situada en el territorio de otro Estado (intromisión física)[28]?

En el mismo sentido, y con respecto a la contaminación acuática transfronteriza, es interesante la opinión de la Fuerza de Tareas de la ONU/CEPE[29].

20. Para las actividades de riesgo, en el párrafo 1 del artículo 11 propuesto por el Grupo de Expertos, se consagra la primera excepción, a través de un concepto de equilibrio de intereses:

1. Si una o más actividades originan un riesgo considerable de que se produzca un daño sustancial como consecuencia de una interferencia ambiental transfronteriza, *y si el costo técnico y socioeconómico total o la pérdida total de beneficios derivada de la prevención o reducción de ese riesgo excede con mucho a largo plazo de las ventajas que suponga dicha prevención o reducción**, el Estado que realice o permita las actividades asegurará el pago de una indemnización en el caso en que se produzca un daño sustancial en una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado o en una zona situada fuera de los límites de la jurisdicción nacional[30].

21. También es importante destacar que los juristas de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo no contemplan la posibilidad de someter la actividad en cuestión a una autorización o consulta previa en el plano internacional, siempre que se cumpla la condición que se transcribe anteriormente. La conclusión es que, si los intereses contrapuestos ocurren en las proporciones indicadas, hay aquí un principio de derecho que autoriza ya sea la continuación, ya el emprendimiento de la actividad en cuestión sin consulta ni autorización previas en el plano internacional.

22. Así parece confirmarlo la práctica actual. Hay actividades peligrosas que se han venido desarrollando y que han causado, o amenazaron causar, daños a terceros Estados. Luego de un tiempo, los Estados han buscado regímenes jurídicos para ellas que consagran el principio del equilibrio de intereses, y lo hacen generalmente trasladando la responsabilidad a los operadores particulares: ha sucedido en la actividad nuclear, con varias convenciones, en el transporte de petróleo por mar, en la aviación, en la contaminación transfronteriza accidental y no accidental de aguas interiores, etc.[31]. En ocasiones en que la balanza resultó imposible de equilibrar, se prohibió la actividad por un tratado, como el Tratado para proscribir ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo la superficie de las aguas, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles y el Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y en su subsuelo.

23. Partiendo de la base de la prohibición, en principio, de todo daño transfronterizo sustancial, toda actividad bajo la jurisdicción o control de un Estado que causara inevitablemente tales daños —como las actividades de efectos nocivos— sería, en principio, internacionalmente ilícita. Pero aquí también el equilibrio de intereses puede jugar un papel de importancia. Volviendo al tratamiento del tema por el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el artículo 12 dice lo siguiente:

1. Si un Estado se propone realizar o permitir una actividad que implique una interferencia ambiental transfronteriza capaz de causar *un daño que sea sustancial pero considerablemente inferior al costo técnico y socioeconómico total o a la pérdida total de beneficios deriva-*

---

*(Continuación de la nota 27.)*

*Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I]; la resolución 2995 (XXVII), sobre cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente (párr. 1), la resolución 3129 (XXVIII), sobre cooperación en el campo del medio ambiente relativo a los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, y la resolución 3281 (XXIX), en que se adopta la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados (arts. 2 y 30), de la Asamblea General. El Grupo hace notar que el fallo de la Corte del distrito de Rotterdam, de 16 de diciembre de 1983, en el asunto de las *Mines domaniales de potasse d'Alsace* (véase *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, decisión judicial N.° 9.924), también declara el mismo principio, que concuerda con lo anterior [*Environmental Protection...* (véase nota 26 *supra*), págs. 77 y 78].

Por lo demás, repetidamente se han citado en el curso de los debates de la CDI los asuntos ya clásicos, como el del *Canal de Corfú* (*C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4), el del *Lago Lanós* [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.° de venta: 63.V.3), pág. 281], el de *Gut Dam* (*International Legal Materials*, Washington, D.C., vol. 8, 1969, pág. 118), y algún otro que ilumina el fundamento de la responsabilidad por daño transfronterizo, como el relativo a la *Isla de Palmas* [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.° de venta: 1949.V.1), pág. 829; texto francés en *Revue générale de droit international public*, París, vol. 42, 1935, pág. 156]. Toda esta jurisprudencia ha sido revisada en repetidas oportunidades y no vale la pena ahora insistir en ella.

[28] «Principles de droit international public», *Recueil des cours... 1961-II*, Leyden, Sijthoff, 1962, vol. 103, citado en el segundo informe de Quentin-Baxter [*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 127, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, nota 95].

[29] Véase nota 20 *supra*.

[30] *Environmental Protection...* (véase nota 26 *supra*), pág. 80.

[31] En la obra citada (*ibid.*, pág. 82), se hace referencia a la Convención sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (art. 1); el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el protocolo adicional de 1964 y por la Convención de Bruselas de 1963, complementaria a la Convención de París de 1960; la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares; el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos; y el Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos. También se cita la Conclusión 35 del estudio hecho por el PNUMA sobre los aspectos jurídicos relativos al medio ambiente relacionados con la minería y excavaciones costeras dentro de los límites de la jurisdicción nacional [PNUMA, *Environmental Law, Guidelines and Principles (N.° 4), Offshore Mining and Drilling* (PNUMA [092]/E5), pág. 10].

Asimismo, se hace referencia a la recepción del principio de la responsabilidad causal en el derecho interno de numerosos e importantes países: Alemania, Egipto, los Estados Unidos de América, Etiopía, Francia, la India, el Iraq, la Jamahiriya Árabe Libia, el Japón, Jordania, Kuwait, el Líbano, Madagascar, México, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Árabe Siria, el Senegal, Tailandia, Turquía, la ex Unión Soviética y Venezuela. Sobre la base de dicha amplia recepción, se concluye que:

«La creciente aceptación de la responsabilidad estricta por las actividades ultrapeligrosas a nivel nacional es prueba del nacimiento de un principio de derecho (nacional) reconocido por las naciones civilizadas. Como es sabido, con arreglo al apartado *c* del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dicho principio puede también regir las relaciones entre Estados soberanos cuando no haya un tratado o norma de derecho internacional consuetudinario que requiera la aplicación de un principio o norma diferente.» [*Environmental Protection...* (véase nota 26 *supra*), pág. 84.]

*da de la prevención o reducción de esa interferencia**, dicho Estado entablará negociaciones con el Estado afectado sobre las condiciones técnicas y financieras equitativas que permitan la realización de la actividad.

2. En el caso de que no se llegue a una solución basada en principios equitativos en un plazo de dieciocho meses a partir del comienzo de las negociaciones o en cualquier otro plazo convenido por los Estados interesados, la controversia, a solicitud de cualquiera de los Estados interesados, y en las condiciones expuestas en los párrafos 3 y 4 del artículo 22, se someterá a conciliación o ulteriormente a arbitraje o arreglo judicial para llegar a una solución basada en principios equitativos[32].

24. Hay una base común para los dos tipos de actividades: el daño transfronterizo causado debe ser, en el largo plazo, menor que el costo (general, socioeconómico y técnico o el lucro cesante) de evitar o reducir ese daño o el riesgo de su producción. Si no fuera así, si el costo de prevenir el daño o el riesgo fuera mucho menor en el largo plazo que el daño causado, la actividad sería claramente ilícita puesto que esa diferencia de costos sería la medida de la negligencia del Estado de origen.

25. Si la balanza que mide el equilibrio de los intereses, en cambio, se inclina en el sentido que indican los textos citados, hay entonces dos consecuencias distintas según el tipo de actividad de que se trate: *a)* las actividades de riesgo serían lícitas siempre y cuando el Estado de origen asuma la responsabilidad causal por los daños producidos —aquí la balanza se equilibra mediante el pago de las correspondientes indemnizaciones más el costo de las medidas de prevención[33]; y *b)* las actividades de efectos nocivos *no podrían ser consideradas ni claramente lícitas ni claramente ilícitas** (por ende, no prohibidas) pendiente la sustanciación de la obligación de negociar o en su caso de la solución de la disputa correspondiente[34].

26. Aun cuando no se proponga seguir al pie de la letra la propuesta del Grupo de Expertos, el análisis jurídico que éstos realizan parece básicamente correcto, en el sentido de que las actividades de riesgo pueden ser emprendidas por los Estados de origen siempre y cuando éstos aseguren las correspondientes indemnizaciones en caso de que el daño transfronterizo, en efecto, se produzca. Exigir la prueba de que, en el largo plazo, el costo (general, socioeconómico y técnico o el lucro cesante) es mayor que el daño, o viceversa, no sería práctico como condición previa a la iniciación de la actividad. Por el contrario, una actividad de riesgo puede ser iniciada sin más con la condición explicada. Pero el Estado de origen debería, no obstante, consultar con los eventualmente afectados para examinar si las medidas de prevención impuestas a los operadores particulares son aceptables, teniendo en cuenta los factores que se enuncian en el antiguo artículo 17, ahora artículo IX del anexo.

27. En cuanto a las actividades de efectos nocivos, que por definición producen daños en el curso de su operación normal, se recomendaría someter su iniciación a una consulta previa con los Estados afectados con vistas a un acuerdo sobre el régimen en que le sea permitido a esa actividad desarrollarse. El procedimiento debería completarse con un método de solución de controversias. Eso sin perjuicio, naturalmente, de la acción que puedan tener de acuerdo con el derecho internacional las víctimas por los daños ya causados y en relación con las obligaciones de responsabilidad por hecho ilícito *(due diligence)* a cargo del Estado o eventualmente de responsabilidad causal por parte de los operadores privados.

28. Si de la consulta mencionada en el párrafo 27 *supra* resultare que no hay métodos eficaces para prevenir la producción del daño transfronterizo significativo, o el Estado afectado demuestra que no hay manera satisfactoria de indemnizar a las víctimas, el Estado de origen no autorizaría la actividad a menos que el operador propusiera alternativas que no alcancen los niveles del daño «significativo».

### E.—Notificación, información y advertencia por el Estado afectado

29. Es recomendable en este punto la lectura de los informes quinto y sexto del Relator Especial. Resulta del quinto informe[35] que la consulta está íntimamente ligada con la *notificación* de la situación que la origina y con la previa información sobre las características de tal situación (párr. 74), a tal punto que si no se mencionaran estarían implícitas. También se dice allí (párrs. 76 y 77) que uno de los fundamentos de la notificación a los Estados afectados es el deber general de cooperar (párr. 76), «porque a veces es necesaria la acción conjunta de ambos Estados, el de origen y el afectado, para obtener un efecto preventivo más completo» (párr. 77), y que su otro fundamento es la obligación de no utilizar a conciencia el propio territorio para actividades que causen daños (párr. 78). En los párrafos 79 a 95 se comenta la práctica internacional a este respecto.

30. El procedimiento propuesto en el quinto informe fue simplificado y algo modificado en el sexto informe[36]; en el presente se simplifica aún más. Se suprimió el artículo 12 (Participación de la organización internacional), porque en realidad es siempre posible a los Estados interesados participar sobre bases voluntarias dependiendo también de la capacidad de la organización de que se trate según sus estatutos para aceptar la participación que se le pida. Se mantiene, en cambio, la recomendación de acudir a una instancia de este tipo para establecer qué Estados pueden resultar afectados por una actividad de efectos muy expandidos, o a distancia, teniendo en cuenta que algunas de estas entidades tienen acuerdos y medios para hacer evaluaciones del impacto de ciertos fenómenos o actividades. Por ejemplo, el PNUMA ha organizado, sobre la base de los sistemas nacionales, uno global de evaluación y vigilancia conocido como Sistema Mundial de Vigilancia del Medio Ambiente. Este es un buen ejemplo de la asistencia que puede prestar una organización internacional.

---

[32] *Ibid.*, págs. 85 y 86.

[33] Aquí «prevención» significa medidas después del incidente para contener o minimizar el daño. La responsabilidad causal, con sus indemnizaciones, es acaso un buen incentivo para que se adopten las medidas de prevención razonables para evitar un incidente de modo que la actividad funcione con todas las precauciones del caso.

[34] Véase *Environmental Protection...* (nota 26 *supra*), pág. 87.

[35] *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte) [véase nota 5 *supra*], págs. 149 y ss., párrs. 72 y ss.

[36] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte) [véase nota 7 *supra*], págs. 98 a 101, párrs. 31 a 42.

## CAPÍTULO II

## Disposiciones recomendatorias relativas a la prevención (arts. I a IX)

31. De acuerdo con los proyectos de artículos sobre la prevención y los comentarios y las observaciones surgidos de los debates, el Relator Especial propone en anexo los artículos siguientes, acompañados de algunos comentarios relativos a su redacción[37]:

### ANEXO

**En relación con las actividades del artículo 1 del proyecto y para el mejor cumplimiento de sus objetivos y principios, las siguientes disposiciones tienen carácter recomendatorio, sin perjuicio de las responsabilidades que al respecto puedan corresponder en el derecho internacional.**

### *Artículo I.—Medidas de prevención*

**Las actividades del artículo 1 del texto principal deberían requerir autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o control han de realizarse. Antes de autorizar o de emprender una de esas actividades, el Estado debería disponer de una evaluación del daño transfronterizo que ella pueda causar y asegurar, por acciones legislativas, administrativas y de aplicación que los responsables de su conducción utilicen la mejor tecnología disponible para evitar el daño transfronterizo significativo o para minimizar el riesgo de su producción, según corresponda.**

#### *Comentario*

1) Este artículo se refiere a las que se llamaban en el antiguo artículo 16 «medidas unilaterales de prevención», esto es, las medidas que un Estado adopta por sí mismo, sin consulta previa con ningún otro, y como una primera línea de precaución. Se ha preferido alterar el orden del sexto informe y ubicarlo en primer término para resaltar la necesidad de autorización previa por el Estado de origen y supeditarla a la evaluación de su impacto transfronterizo. Lo dispuesto aquí es la primera tarea del gobierno en relación con actividades que presentan la apariencia de ser del artículo 1. La evaluación de los posibles efectos transfronterizos figuraba en el artículo 11 (Evaluación, notificación, información[38]) del sexto informe. Si un Estado nota que ya se está desarrollando sin su autorización una actividad que parece ser del artículo 1, sin duda la examinará y exigirá eventualmente la autorización previa. Se pide aquella autorización para ambos tipos de actividades de ese artículo, pero para las actividades de riesgo la autorización del Estado no está sometida a ningún proceso internacional previo: la consulta que se recomienda para estas actividades —si fuere necesaria debido a características especiales de la actividad— sólo tiende a que se hagan los ajustes necesarios al régimen exigido por el Estado de origen para su funcionamiento, por ejemplo que se acuerden medidas precautorias coordinadas, como los planes de contingencia, y con la salvedad de que el régimen de indemnizaciones es el que se establece en el texto principal, que será en principio uno de responsabilidad causal.

2) Por otra parte, si existen en la materia criterios internacionales, los presentes artículos en nada afectarán la validez ni la condición de aquéllos: si son obligatorios por alguna convención o costumbre global o regional, el hecho de que aquí se dejen los medios a elección del Estado de origen en nada erosiona la obligatoriedad del otro instrumento o costumbre. La expresión «mejor tecnología disponible» se ha tomado del Código de conducta sobre la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas[39].

### *Artículo II.—Notificación e información*

**Si de la evaluación del artículo anterior surgiera la certeza o la posibilidad de daño transfronterizo significativo, el Estado de origen notificará de esa situación a los Estados presuntamente afectados y les transmitirá la información técnica disponible que fundare la evaluación. Si el efecto transfronterizo puede extenderse a una pluralidad de Estados, o si no resultara posible al Estado de origen determinar con precisión cuáles Estados se verán afectados, el Estado de origen procurará que una organización internacional con competencia en la materia lo asista en la identificación de los Estados afectados.**

#### *Comentario*

Como se ha dicho, la información está íntimamente ligada a la notificación y a la consulta: de ahí la necesidad de que se informe sobre los resultados de la evaluación del impacto transfronterizo. La información no implica

[37] Estos comentarios sólo se refieren a circunstancias tales como las razones por las cuales se han introducido ciertos cambios de redacción sobre los que se propusieron en el sexto informe o cuestiones de ese tipo.

[38] Para el texto, véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), [nota 7 *supra*], anexo.

[39] CEPE, *Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: F.90.II.E.28), secc. II, art. 1.

un esfuerzo adicional de investigación sobre lo ya hecho, de ahí que se haya utilizado la palabra «disponible» en relación con aquel concepto: el Estado de origen da lo que tiene, no está en la obligación de emprender investigaciones nuevas o más amplias que las ya hechas. Si resulta difícil discernir la amplitud de los efectos probables de la actividad, el Estado de origen intentará valerse de los oficios de una organización internacional con competencia en la materia.

*Artículo III.—Seguridad nacional y secretos industriales*

**Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para proteger secretos industriales podrán no ser transmitidos, aunque el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.**

*Comentario*

Esta disposición simplifica e integra partes de los antiguos artículos 11 (Evaluación, notificación, información) y 15 (Protección de la seguridad nacional o de secretos industriales), ambos del sexto informe[40]. No se incluye, como en el artículo 11, la posibilidad de acompañar una explicación sobre las medidas precautorias que el Estado piensa adoptar, porque en realidad esta descripción formaría parte normalmente de la información que debe transmitirse al Estado o Estados afectados, dada la naturaleza misma de la consulta, que va seguramente a girar alrededor del régimen aplicable.

*Artículo IV.—Actividades de efectos nocivos: consulta previa*

**Antes de emprender o autorizar una actividad de efectos nocivos, el Estado de origen consultará con los Estados afectados con vistas a establecer para esa actividad un régimen jurídico aceptable a todos los interesados.**

*Comentario*

Este artículo refleja una norma que no existía en el sexto informe y se adapta a la noción de que, en la medida en que una actividad produzca, en el transcurso normal de su operación, daños transfronterizos, debe ser objeto de una sospecha de ilicitud, puesto que o bien tales daños son evitables, y en ese caso el Estado de origen está precisado de exigir al solicitante de la autorización que tome las medidas necesarias de prevención, o bien son inevitables, y en tal caso no se puede seguir adelante sin una forma de consulta con los afectados en la que éstos hagan las contrapropuestas eventuales para el desarrollo de la actividad.

[40] Véase nota 38 *supra*.

*Artículo V.—Alternativas a una actividad de efectos nocivos*

**Si de aquellas consultas surge que el daño transfronterizo es inevitable en las condiciones propuestas para la actividad, o bien que tales daños no pueden ser adecuadamente compensados, el Estado afectado podrá pedir al de origen que requiera del solicitante de la autorización alternativas que hagan aceptable la actividad.**

*Comentario*

La redacción es similar a la del artículo 20 (Prohibición de la actividad) del sexto informe[41].

*Artículo VI.—Actividades de riesgo: la consulta para un régimen*

**En las actividades de riesgo, los Estados interesados se consultarán, si fuera necesario, para determinar el riesgo y la magnitud del eventual daño transfronterizo, con vistas a establecer los ajustes y modificaciones de la actividad planeada, las medidas preventivas y los planes contingentes que dieran satisfacción a los Estados afectados, entendiéndose que la responsabilidad por los daños causados estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes del texto principal[42].**

*Comentario*

Las razones para esta disposición, que representa una novedad con respecto a lo propuesto en el sexto informe, ya han sido explicadas más arriba. Es importante señalar que el hecho de que no exista una obligación de diligencia debida a cargo del Estado no quita validez a los criterios internacionales aplicables que pudieran existir en la materia.

*Artículo VII.—Iniciativa de los Estados afectados*

**Si un Estado tuviere razones para creer que una actividad bajo la jurisdicción o control de otro Estado le causa un daño significativo, o crea un riesgo significativo de causárselo, podrá pedirle que cumpla con lo dispuesto en el artículo II de este anexo. La petición se acompañará de una exposición técnica de las razones en que funda su opinión. Si la actividad resultara ser una del artículo 1 del texto principal, el Estado de origen resarcirá los costos del estudio.**

[41] *Ibid.*

[42] El texto de este artículo se basa en el artículo 7 de la sección VII del Código de conducta de la CEPE (véase nota 39 *supra*).

*Comentario*

Este texto repite el del artículo 13 (Iniciativa del Estado presuntamente afectado) del sexto informe[43].

*Artículo VIII.—Solución de controversias*

**Si las consultas mantenidas en cumplimiento de los artículos IV y VI anteriores no arrojaran un acuerdo, las partes someterán sus diferencias a los procedimientos de solución de controversias del anexo [...].**

*Comentario*

Es obvio que un procedimiento expeditivo de solución de controversias es muy necesario para resolver las diferencias que pudieran existir, ya sea sobre la necesidad de cierto régimen en el caso de las actividades de riesgo, ya sea sobre la autorización para que una actividad de efectos nocivos pueda desarrollarse; de lo contrario se podría llegar a instancias de un verdadero veto por parte de los afectados.

*Artículo IX.—Factores del equilibrio de intereses*

**En las consultas anteriores, y para encontrar un equitativo equilibrio de los intereses de los Estados interesados en relación con la actividad de que se trate, éstos podrán tener en cuenta los siguientes factores:**

***a*) El grado de probabilidad del daño transfronterizo, su posible gravedad y extensión, así como la probable incidencia de la acumulación de los efectos de la actividad en los Estados afectados;**

***b*) La existencia de medios de evitar dichos daños, teniendo en cuenta el más alto nivel de la tecnología en el manejo de la actividad;**

***c*) La posibilidad de desarrollar la actividad en otros lugares o con otros medios, o la disponibilidad de otras actividades alternativas;**

***d*) La importancia de la actividad para el Estado de origen, teniendo en cuenta para ello factores tales como los económicos, sociales, de seguridad, sanitarios y otros similares;**

***e*) La viabilidad económica de la actividad en relación con los posibles medios de prevención;**

***f*) Las posibilidades físicas y tecnológicas en relación con su capacidad de tomar medidas preventivas, de restaurar las condiciones ambientales preexistentes, de compensar el daño causado o de emprender actividades alternativas que ofrece el Estado de origen;**

***g*) Los estándares de protección que para la misma o comparables actividades aplica el Estado afectado y los que se aplican en la práctica regional o internacional;**

***h*) Los beneficios que el Estado de origen o el Estado afectado derivan de la actividad;**

***i*) El grado en que los efectos nocivos se originan en un recurso natural o afectan el uso de un recurso compartido;**

***j*) La disposición del Estado afectado para contribuir en los costos de prevención o de reparación de los daños;**

***k*) El grado en que los intereses de los Estados de origen y afectados son compatibles con los intereses generales de la comunidad en su conjunto;**

***l*) El grado de disponibilidad de asistencia por parte de organizaciones internacionales para el Estado de origen;**

***m*) La aplicabilidad de principios y normas pertinentes del derecho internacional.**

*Comentario*

En el sexto informe del Relator Especial se indicaba que los conceptos contenidos en el entonces artículo 17 (El equilibrio de intereses) eran, más que verdaderas normas jurídicas, «recomendaciones o guías de conducta»[44]. Los que deseen ampliar en algo los motivos de la inclusión de estas recomendaciones en el anexo pueden remitirse al mismo punto en el sexto informe[45]. Pero baste lo dicho para considerar que la ubicación correcta para este artículo es precisamente el anexo de disposiciones no obligatorias, y que esté justamente en la parte relativa a las consultas, porque es ése el momento en que los criterios incluidos en el artículo IX tienen utilidad: cuando se están comparando los intereses de una y otra parte para ver si es admisible una actividad que trae aparejada un riesgo o algún efecto dañoso.

[43] Véase nota 38 *supra*.

[44] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte) [nota 7 *supra*], párr. 39.

[45] *Ibid.*

APÉNDICE

**Desarrollo de algunos conceptos del artículo 2 del proyecto de artículos presentado en informes anteriores**

A.—*Observaciones generales*

1. Como se señalara anteriormente (véase párr. 6 *supra*), el artículo 2 tiene un carácter «abierto», y algunas de las definiciones en él contenidas parecían sujetas a mayores reflexiones. Esta circunstancia, y la aparición de algunos proyectos y trabajos recientes en el campo de la responsabilidad por actividades no prohibidas por el derecho internacional, nos ha hecho considerar conveniente traer a la atención de la Comisión los siguientes conceptos, en la esperanza de que este debate sirva de

guía a los trabajos del Comité de Redacción, que ya tiene a su cargo este artículo.

### B.—*El concepto de riesgo*

2. En el cuarto informe se había definido al «riesgo» como

> [...] el originado en el empleo de cosas que por sus propiedades físicas, ya sean éstas consideradas intrínsecamente o bien en relación con el lugar, el medio o la forma en que se emplean, ofrecen una probabilidad elevada de causar un daño transfronterizo a lo largo de su desarrollo [art. 2 *a*, i)]

y «riesgo apreciable» como aquel riesgo que

> [...] puede advertirse mediante un simple examen de la actividad y de las cosas que maneja [art. 2 *a*, ii)][a].

O sea que se intentó definir una actividad de riesgo en relación con las cosas de que se servía y el «riesgo apreciable» por la posibilidad de que pudiera percibirse: debía tratarse, entonces, de un riesgo perceptible, no de un riesgo oculto que requiriera un examen detenido para hacerse aparente. También se requería que tuviera una magnitud no despreciable. Había entonces una dualidad de significaciones introducidas por el concepto «apreciable».

3. En cambio, en el sexto informe se definen las «*actividades* de riesgo» por su manejo de sustancias, tecnologías, organismos genéticamente modificados y microorganismos, todos ellos peligrosos. Al identificarse de esa manera las actividades de que se ocupaba el proyecto (art. 2 *a*)[b], no había necesidad de una definición general del riesgo. Interesaba, sí, la noción de riesgo *apreciable*, o bien *significativo*, como quisiera llamárselo según lo decida la Comisión, porque se trataba de un concepto que iba a ser manejado en el proyecto, y esa definición se incluyó en el artículo 2 *e* del sexto informe[c].

4. Habiendo sido dejada de lado la idea de las sustancias peligrosas debido a la preferencia que se manifestó tanto en la Comisión como en la Asamblea General[d], cabría volver a examinar la definición de riesgo. Es importante para fijar claramente el alcance del proyecto de artículos, de forma que los gobiernos sepan con respecto a qué actividades tendrían que ajustar sus legislaciones internas para asignar responsabilidad a las personas que consideren que deben cargar con las correspondientes indemnizaciones, amén de instaurar los recursos necesarios para obtenerlas. Los modelos no abundan, porque las convenciones sobre actividades específicas no necesitan manejar el concepto de riesgo para delimitar su alcance: las actividades objeto de tales convenios son por hipótesis de apreciable o significativo riesgo. El único proyecto de convención *general* sobre actividades peligrosas para el medio ambiente es el proyecto de convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente del Consejo de Europa (véanse párrs. 5 y 11 *supra*), y se ha visto (párr. 5 *supra*) que su método no pareció adecuado a un considerable número de miembros de la CDI y de representantes en la Sexta Comisión.

5. Hay una definición de riesgo en relación con la contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas. El Código de conducta de la CEPE en esa materia define tres conceptos muy emparentados:

> [...]
>
> *f)* «Riesgo» significa el efecto combinado de la probabilidad de que ocurra un hecho indeseable y de su magnitud;
>
> *g)* «Actividad peligrosa» *(hazardous activity)* significa cualquier actividad que por su naturaleza implica un riesgo considerable de contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas; y
>
> *h)* «Sustancia peligrosa» *(hazardous substance)* significa cualquier sustancia o energía que implique un riesgo considerable de contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, incluidos las sustancias tóxicas persistentes y bioacumulativas y los microorganismos dañosos.
>
> [...][e].

La Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD) no define el riesgo, sino simplemente las mercaderías peligrosas (art. 1, párr. 9), y lo hace por simple referencia a ciertas listas contenidas en un acuerdo europeo. El proyecto de acuerdo marco sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo[f] establece la necesidad de tal evaluación para ciertas actividades, pero también lo hace en relación con listas. El artículo 1, inciso v), define las «actividades planeadas» que deben ser objeto de evaluación en cuanto a su impacto ambiental transfronterizo, como

> [...] cualquier actividad o cualquier cambio mayor de una actividad sujeta a una decisión de una autoridad competente a continuación de un procedimiento nacional aplicable; [...]

En el apéndice I se citan como actividades de probable impacto transfronterizo obras tales como las grandes refinerías de crudo e instalaciones para la gasificación o licuefacción de carbón; plantas termales de energía y otras instalaciones de combustión; plantas de energía nuclear y otros reactores nucleares, etc. Asimismo, en el apéndice III se establecen los criterios generales para determinar el significado ambiental de actividades no listadas en el apéndice I, aunque su aplicación en los casos particulares estaría sujeta al consentimiento de los Estados interesados (art. 2, párr. 5). Estos criterios son:

> 1. [...]
>
> *a) Magnitud:* actividades propuestas que son grandes en relación con el tipo de actividad de que se trate;

---

[a] *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte) [véase nota 2 *supra*], pág. 256, párr. 17.

[b] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte) [véase nota 6 *supra*], pág. 112.

[c] *Ibid.*

[d] Véase el séptimo informe [*Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (nota 1 *supra*)], párrs. 25 a 29.

[e] Véase nota 39 *supra*, secc. I.

[f] Posteriormente se convirtió en la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, aprobada en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991. En el presente informe se hace referencia al texto final de la Convención.

*b*) *Ubicación*: actividades propuestas que estén ubicadas dentro o cerca de un área de especial sensibilidad o importancia (como pantanos designados por el Convenio de Ramsar relativo a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, parques nacionales, reservas naturales, sitios de especial interés científico o sitios de importancia arqueológica, cultural o histórica); también actividades en lugares donde las características de desarrollo propuesto verosímilmente tendrían efectos significativos sobre la población;

*c*) *Efectos*: actividades planeadas con efectos particularmente complejos y potencialmente adversos sobre los seres humanos o sobre especies u organismos valiosos; aquellas que amenacen el uso actual o potencial de un área afectada; y aquellas que causen una carga adicional que no puede ser sustentada por la capacidad de absorción del medio ambiente.

2. Las partes interesadas considerarán con este objeto las actividades propuestas ubicadas cerca de una frontera internacional así como aquellas otras actividades propuestas en zonas más remotas pero que pueden dar lugar a efectos transfronterizos significativos lejos del sitio de su desarrollo.

6. En suma, de la anterior revisión surge que hay varios elementos relacionados con el riesgo: *a*) las actividades mismas, por su magnitud y la de sus efectos previsibles, verosímilmente transfronterizos; *b*) la ubicación de la actividad en relación con la frontera internacional o con zonas sensibles de Estados vecinos que pueden ser especialmente afectadas; *c*) los objetos que manejan, o de los que se ocupan, entendiendo por objetos cosas tan variadas como ciertas tecnologías, sustancias, organismos genéticamente modificados o microorganismos peligrosos. Por lo demás, la definición según la combinación de la probabilidad de ocurrencia de un accidente y su magnitud parece prestarse para la descripción del riesgo *apreciable*, *significativo* o *sustancial*, según donde quiera plantarse el nivel mínimo o umbral del riesgo.

7. El ensayo de definición del cuarto informe, como se ha dicho (párr. 2 *supra*), sólo abarcaba las actividades que manejaban cosas peligrosas, pero algunos de sus conceptos, aplicados a las actividades mismas y no a las cosas que manejan, han figurado en la reseña anterior. Las cualidades de las cosas peligrosas lo eran, o bien intrínsecamente, o bien con relación al lugar, el medio o la forma en que se empleaban. Intrínsecamente, por ejemplo, los explosivos, los materiales radiactivos o tóxicos o inflamables, etc. Con relación al lugar, aquellas desarrolladas cerca de la frontera internacional o de una zona ecológica especialmente sensible o donde los vientos prolonguen su efecto hasta transformarlo en transfronterizo. Por el medio en que se utilicen, el agua o el aire cuando las sustancias en cuestión tienen un especial efecto en esos medios. Por la forma en que son empleadas, las cosas utilizadas en la actividad espacial o de aviación, o dondequiera que su sustentación no esté bien asegurada, o bien las cosas acumuladas en gran magnitud como el petróleo que es inofensivo en pequeñas cantidades y resulta peligroso cuando 200.000 toneladas de él se transportan en un buque, o la construcción de un dique que acumula en su vaso una cantidad tal de agua que puede provocar daños de varios tipos (ambientales o por un accidente que provoque la inundación de los países vecinos o un cambio del régimen de sus ríos, etc.).

8. Un intento de definición debería comenzar por las actividades mismas, como los criterios del proyecto de acuerdo marco de la CEPE: magnitud, ubicación y efectos. La disposición en cuestión podría ser redactada como sigue:

> «''Riesgo'' es el efecto combinado de la probabilidad de producción de un accidente con la amplitud de los daños temidos. ''Actividad de riesgo'', según los presentes artículos, es aquella en que el resultado de esa combinación es significativo. Esta situación puede presentarse cuando los efectos de la actividad son amenazantes, como cuando se emplean tecnologías, sustancias, organismos genéticamente modificados o microorganismos peligrosos, o cuando se emprenden grandes obras, o cuando sus efectos se ven agravados por la ubicación de los lugares donde se realiza, o por las condiciones, las formas o los medios en que se desarrolla.»

9. El texto anterior puede desdoblarse de modo que la primera parte hasta donde se dice «significativo» sea un apartado del artículo 2. El resto puede incluirse en el comentario al artículo. Además, pueden ubicarse en un anexo, con carácter meramente indicativo, listas de sustancias peligrosas e incluso ejemplos de actividades de riesgo en el estilo del apéndice I del proyecto de acuerdo marco de la CEPE. Naturalmente que esta definición general, o cualquiera otra que se pudiera ensayar, incluyendo la ejemplificación de los anexos, no garantizará que todas las actividades de riesgo van a estar *a priori* comprendidas en el proyecto de artículos. Pero algo en esta línea puede dar una guía a los gobiernos para el funcionamiento de los artículos.

### C.—*El concepto de daño*

10. En las directrices preparadas por la Fuerza de Tareas de la CEPE sobre la responsabilidad y la obligación de reparación en caso de contaminación de aguas transfronterizas[g] se define lo que Rest describe como la indicación básica del monto de la reparación o indemnización debida en caso de responsabilidad[h]. Dice lo siguiente:

*m*) «Daño» significa:

— La muerte o lesiones corporales o perjuicio a la salud de las personas;

— Daños patrimoniales o lucro cesante;

— Cambios perjudiciales de los ecosistemas, incluyendo:

i) el equivalente al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o a tomarse; y

ii) daños adicionales en exceso de los referidos en el inciso i) como el equivalente del costo de las medidas tomadas para reemplazar el hábitat cuya conservación tiene un interés particular;

— El costo de las medidas preventivas y los daños adicionales causados por las medidas preventivas,

que surjan de la contaminación acuática transfronteriza. [...]

---

[g] Véase documento ENVWA/R.45, anexo.

[h] *Loc. cit.* (nota 20 *supra*), pág. 137.

Rest califica de progresiva e innovadora la tercera disposición, porque abre la puerta a la indemnización del daño ecológico, y agrega que:

Es novedosa la regla sobre el *contenido y el monto de la indemnización*. No sólo se paga el costo de las medidas preventivas o de restauración razonables, efectivamente tomadas. Aun en el caso en que una medida de restauración sea imposible de hecho, con la consecuencia de que no surge costo alguno, el contaminador debe ahora otorgar una indemnización, no en forma de pago en dinero, sino reemplazando *los hábitat cuya conservación sea de particular interés*. [...] las directrices siguen el nuevo concepto del sistema de intercambio de naturaleza por naturaleza *(nature swap system)*. Pero debe admitirse que la expresión «medidas razonables» puede aún perturbar la aplicación de este sistema. El Grupo de Trabajo de la Fuerza de Tareas tuvo una discusión muy encontrada en cuanto a la inserción de esta expresión, que finalmente se insertó en el texto por razones de oportunidad política. La situación, todavía existente e insatisfactoria, puede ilustrarse con el ejemplo del «asunto Exxon Valdez». Como en este asunto fue imposible de hecho limpiar el contaminado fondo marino del golfo de Alaska, la sociedad anónima Exxon se ha ahorrado, hasta ahora, los costos de limpieza. Ello parece injusto. Según las directrices, el contaminador podría acaso estar obligado a otorgar una *compensación equivalente*, por ejemplo reemplazando los peces o estableciendo un parque natural. Sin duda, el problema sumamente complejo de evaluar y establecer el monto del daño ecológico suscita aún muchas preguntas sin respuestas. Pero, en general, el propósito de la «definición de daño» es laudable y debe ser apoyado[i].

Continúa el artículo citado e indica la definición del Consejo de Europa de *medidas de reinstalación* (véase párr. 11 *infra*).

11. El proyecto de convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente del Consejo de Europa[j], en el párrafo 8 de su artículo 2 (aparte de los apartados *a* y *b* sustancialmente similares a los de las Directrices[k]), dice:

*a*) [...]

*b*) [...]

*c*) pérdida o daño resultante de la alteración del medio ambiente, no considerado como daño en el sentido de los apartados *a* y *b* siempre que la indemnización por deterioro al medio ambiente [...] se limite al costo de las medidas de reinstalación efectivamente tomadas o a tomarse;

*d*) el costo de las medidas preventivas y el daño causado por las medidas preventivas; [...]

Según el párrafo 9, por «medidas de reinstalación» se entiende:

Cualesquiera medidas razonables dirigidas a reinstalar o restaurar los componentes dañados o destruidos del medio ambiente o introducir, cuando esto sea razonable, el equivalente de esos componentes en el medio ambiente.

12. Según el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos, la responsabilidad de un operador será objetiva por

[...] daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados emergente de sus actividades sobre recursos minerales antárticos, incluyendo el pago de indemnizaciones en el caso de que no haya restauración al *statu quo ante*.

Y más adelante, según el apartado *d* del mismo párrafo,

[...] el reembolso, a quien hubiere incurrido en ellos, de los gastos razonables relacionados con las medidas de respuesta necesarias, incluyendo prevención, contención, limpieza y remoción, y las medidas tomadas para restablecer el *statu quo ante* [...]

13. Sobre el significado de daño, el párrafo 10 del artículo 1 de la CRTD, dice:

*a*) muerte o lesiones corporales [...]

*b*) pérdida o daño sufrido [...]

*c*) pérdida o daño por contaminación al medio ambiente causada por las mercaderías peligrosas, con tal de que la indemnización por deterioro del medio ambiente distinta del lucro cesante que cause ese deterioro se limite al costo de las medidas razonables de restauración adoptadas o que hayan de adoptarse;

*d*) el costo de las medidas preventivas y la pérdida o daño adicional causado por esas medidas.

14. No ofrecen problemas los apartados *a* y *b* puesto que ellos figuran en cualquier definición de daño. El concepto de *daño al medio ambiente*, recibido con beneplácito por la Comisión y por la Asamblea General cuando fue introducido en el quinto informe[l], ha ido evolucionando. En el sexto informe se introdujo un artículo 24 (Daño al medio ambiente y a personas o bienes en su consecuencia). Según el párrafo 1 de este artículo, el daño al medio ambiente comprendía

[...] los costos de toda operación razonable para reinstaurar, dentro de lo posible, las condiciones existentes antes de que el daño se produjera. Si fuere imposible restaurar dichas condiciones íntegramente, podrá convenirse una prestación del Estado de origen, ya sea pecuniaria o de otro tipo, que compensare el deterioro sufrido[m].

15. Se observó durante el debate del proyecto de artículo 24 que no figuraba en las convenciones o proyectos hasta ese momento la idea de indemnizar más allá de las operaciones razonables para reinstalar las condiciones existentes antes del daño[n], y por ende que se debía tratar de seguir esa corriente. Parece que las directrices de la Fuerza de Tareas de la CEPE así como el proyecto del Consejo de Europa, citados en los párrafos 10 y 11 *supra*, entreabren la puerta para una idea semejante a la del sexto informe, acaso más práctica por menos amplia, porque parece no contemplar la indemnización pecuniaria, que es muy difícil de establecer.

16. Una primera consideración indicaría la conveniencia de juntar en un solo texto, en el artículo 2 correspondiente al uso de términos, como lo hace la casi totalidad de los instrumentos revisados, y en distintos subpárrafos el concepto de daño a las personas, las cosas o el medio ambiente. Asimismo, la definición debe comprender no sólo la noción del daño sino que también la de *daño transfronterizo*, puesto que este tema es de responsabilidad *internacional* y sólo este tipo de daño le concierne. El primer párrafo, entonces, rezaría así:

«''Daño'' significa:

»*a*) la muerte, lesiones corporales o perjuicio a la salud de las personas;

[i] *Ibid.*

[j] Véase nota 8 *supra*.

[k] Véase nota g *supra*.

[l] Para un resumen del debate, véanse *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), párrs. 335 a 350, y «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.431), secc. B.

[m] Véase nota 7 *supra*.

[n] Véase, por ejemplo, Graefrath (*Anuario... 1990*, vol. I, 2183.ª sesión, párr. 51).

»*b*) el daño a los bienes patrimoniales;

»*c*) la alteración en perjuicio del medio ambiente, entendiéndose que la indemnización correspondiente, además del lucro cesante, comprenderá el costo de las medidas razonables de reinstalación o restauración efectivamente tomadas o a tomarse;

»*d*) el costo de las medidas preventivas así como los daños adicionales causados por estas medidas.»

17. En lugar del apartado *l* del artículo 2 del sexto informe[o], se diría:

«''Medidas de restauración'' son las medidas razonables para reinstalar o restaurar los componentes dañados o destruidos del medio ambiente, o para reintroducir, cuando ello fuere razonable, el equivalente de esos componentes en el medio ambiente.»

18. El apartado *m*[p] quedaría redactado así:

«''Medidas preventivas'' son aquellas medidas razonables tomadas por cualquier persona luego de ocurrido un incidente para prevenir o minimizar el daño referido en el apartado ... de este artículo.»

A este respecto, cabe decir que aquellas medidas fueron definidas en los dos sentidos que tienen: *a*) las que tienden a prevenir o evitar la ocurrencia de un incidente (y con él la producción del consiguiente daño), y *b*) las que intentan contener o minimizar los efectos nocivos de un incidente ya producido. En realidad, en las convenciones o proyectos sobre *responsabilidad* solamente las últimas son tenidas en cuenta generalmente como *costos que deben sumarse* a las otras indemnizaciones pagaderas por el responsable. Muchas veces estas medidas preventivas son tomadas por el Estado afectado, o por particulares dentro del Estado afectado, para evitar que el daño se extienda y desarrolle en toda su potencialidad. También constituirían una *obligación* del Estado de origen cuando tales medidas fueran posibles dentro de su jurisdicción o control.

19. Debe definirse en otro apartado la noción de «daño transfronterizo» como «el producido en el territorio o en otras áreas bajo la jurisdicción o control de un Estado como consecuencia física de una actividad del artículo 1 realizada bajo la jurisdicción o control de otro Estado».

[o] Véase nota 7 *supra*.

[p] *Ibid.*

20. En cuanto a calificar al daño de «apreciable» o «significativo» caben dos observaciones. La primera es que la opinión general tiende a inclinarse por «significativo» porque parece requerir un nivel algo superior al «apreciable» y sobre todo porque esta última palabra tiene la ambigüedad de significados que ya se ha visto. La otra es que hasta ahora la tentativa hecha en el sexto informe (art. 2 *h*[q]) para definir el umbral del daño no encontró aprobación. Ante esto, una posibilidad es no insistir en la tentativa y dejar que la práctica vaya decantando cuándo un daño es «significativo». Últimamente, en las directrices de la Fuerza de Tareas de la CEPE aparece una definición que acaso tenga mejor fortuna que la tentativa anterior. Esta dice:

El umbral del daño (a distinción del mero daño) es el aceptado universalmente por los Estados o por los Estados interesados. Si no hay acuerdo sobre tal nivel, el daño ocurre cuando un Estado afectado se ve obligado, como resultado de la actividad en el territorio del Estado de origen, a tomar medidas en interés de la protección del medio ambiente o de la población o bien medidas de rehabilitación[r].

Es cierto que el elemento subjetivo no queda totalmente eliminado porque podría suceder que el Estado que toma las medidas de protección del medio ambiente o de la población tenga una sensibilidad ambiental o respecto a la salud pública mucho más aguda que el de origen, en cuyo caso habría una brecha por efecto de la cual el de origen sentiría como injusto tener que cargar con las expensas de medidas que él considera excesivas[s]. Pero al menos tiene un carácter más objetivo que criterios como «daños que no son insignificantes o despreciables o meras molestias» con que se ha intentado caracterizar el inasible umbral, porque cuando un Estado toma medidas, o sea incurre en costos y demás, es porque hay ciertas bases para pensar que no quiere simplemente tirar su dinero. También se puede hablar de niveles que son regionalmente aceptados, etc. En todo caso, si la definición que se transcribe encuentra cierto grado de aceptación, podría ser incluida y a la vez en el comentario mencionarse todos los criterios que se acaban de reseñar para facilitar la cuantificación de una magnitud que sólo una larga práctica internacional puede conseguir, máxime en unos artículos que contemplan toda posible actividad que cause o pueda causar un daño transfronterizo.

[q] *Ibid.*

[r] Párr. 16.2 (véase nota g *supra*).

[s] Así sucedió, por ejemplo, con algunas de las intervenciones de gobiernos nacionales en países de Europa occidental luego del incidente de Chernobyl (destrucción de verduras supuestamente expuestas a la radiación, sacrificio de algunos ganados, etc.), que fueron consideradas como exageradas por expertos de otros países.

# LISTA DE DOCUMENTOS DEL 44.° PERÍODO DE SESIONES

| *Signatura* | *Título* | *Observaciones y referencias* |
|---|---|---|
| A/CN.4/441 | Programa provisional | Mimeografiado. Para el programa aprobado, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), cap. I, párr. 9. |
| A/CN.4/442 | Décimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial | Reproducido en el presente volumen (pág. 57). |
| A/CN.4/443 [y Corr.1, 2 y 3) | Octavo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial | *Idem* (pág. 67). |
| A/CN.4/444 y Add.1 [y Corr.1] y Add.2 y 3 | Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial | *Idem* (pág. 1). |
| A/CN.4/L.469 | Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General | Mimeografiado. |
| A/CN.4/L.470 | Informe del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional | *Idem.* |
| A/CN.4/L.471 | Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.—Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional | Texto reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), anexo. |
| A/CN.4/L.472 | Proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.—Títulos y textos de los artículos adoptados por el Comité de Redacción: segunda parte | Texto reproducido en *Anuario... 1992*, vol. I, acta resumida de la 2288.ª sesión (párr. 5). |
| A/CN.4/L.473 y Rev.1 | Informe del Grupo de Planificación.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación | Mimeografiado. |
| A/CN.4/L.474 y Add.1 | Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones) | Mimeografiado. Para el texto aprobado, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N.° 10* (A/47/10). Para el texto definitivo, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte). |
| A/CN.4/L.475 y Rev.1 | *Idem:* capítulo II (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad) | *Idem.* |
| A/CN.4/L.476 | *Idem:* capítulo IV (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional) | *Idem.* |
| A/CN.4/L.477 [y Corr.1] | *Idem:* capítulo V (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión) | *Idem.* |
| A/CN.4/L.478 [y Corr.1] y Add.1 a 3 | *Idem:* capítulo III (Responsabilidad de los Estados) | *Idem.* |
| A/CN.4/SR.2253 a A/CN.4/SR.2294 | Actas resumidas provisionales de las sesiones 2253.ª a 2294.ª | Mimeografiado. El texto definitivo figura en *Anuario... 1992*, vol. I. |

## كيفية الحصول على منشورات الامم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الامم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع انحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى الامم المتحدة ،قسم البيع في نيويورك او في جنيف .

## 如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

## HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

## COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

## КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

## COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed at United Nations, Geneva
GE.96-64818
September 1997–435

*Complete set of two volumes:* ISBN 92-1-333227-0

United Nations publication
Sales No. S.94.V.4 (Part 1)
ISBN 92-1-333225-4

ISSN 0497-9885