

EL DERECHO A LAS CONTRAMEDIDAS EN EL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA CDI SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

GERHARD HAFNER*

1. INTRODUCCIÓN

Incluso hoy, cuando el grado de institucionalización de la sociedad internacional es cada vez mayor, el cumplimiento del Derecho internacional sigue dependiendo de la actuación aislada y descentralizada de los Estados. En el ámbito de las contramedidas se ponen de manifiesto, de manera más evidente que en relación con cualquier otro instrumento legítimo de garantía y cumplimiento del Derecho, las diferencias de poder entre los Estados, razón por la cual su discusión siempre ha estado dominada por la cuestión del ejercicio del poder, al tiempo que proporciona una ocasión para analizar en profundidad la eficacia del Derecho internacional.

Mientras que el Derecho internacional clásico denominaba “represalias” al instrumento de cumplimiento del Derecho internacional, hoy se ha consolidado la expresión “contramedidas”, en parte gracias al trabajo de la CDI. El primer proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado ya había diseñado el régimen para las contramedidas¹, a pesar de lo cual el debate de la CDI sobre el proyecto final (segunda lectura) fue muy intenso, ya que en él se reflejaban las persistentes divergencias de la comunidad internacional.

* Catedrático de Derecho internacional en la Universidad de Viena, Austria. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional. Miembro asociado del Institut de droit international. Este artículo fue originalmente publicado en alemán con el título “Das Recht zu Gegenmaßnahmen im Entwurf der ILC über die Staatenverantwortlichkeit” en *Österreichischer Völkerrechtstag 2001*, I. Marboe, A. Reinisch, S. Wittich (dir.), *FAVORITA PAPERS 02/2002*, *Diplomatische Akademie Wien*, 2002, pp. 189-192.

Traducción del alemán de Cristina Fraile Jiménez de Muñana

© Gerhard Hafner. Todos los derechos reservados

¹ *Vid.* los artículos 47 a 50 del Proyecto aprobado en primera lectura.

2. Los distintos argumentos principales

A lo largo del debate, se propuso -en interés de los grandes Estados- abandonar todo intento de reglamentación, alegando para ello que el régimen de las contramedidas no pertenecía en sentido estricto al ámbito de las normas secundarias de las responsabilidades del Estado². Se alegaba también, por otro lado, la existencia de una norma específica que prevé que el proyecto de artículos no comprende necesariamente todas las consecuencias legítimas de un acto ilícito³. Bastaría, por tanto, incluir a las contramedidas en el capítulo sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud (*circumstances precluding wrongfulness*)⁴, como violación legítima del Derecho, o simplemente establecer en el mismo lugar algunos requisitos para la adopción de contramedidas. Contra esta propuesta se criticaba el carácter arbitrario que tendría la selección de requisitos, así como que permitía argumentar *a contrario* que los límites de las contramedidas permanecerían en la indefinición. En el otro extremo del debate se situaba la propuesta de prohibir con carácter general las contramedidas⁵.

En la regulación de las contramedidas se contrapusieron el deseo derivado del asunto *de los servicios aéreos*⁶ de restringir las limitaciones a las mismas, frente a la postura que defendía una limitación más exhaustiva, precisamente con el fin de no dejar a las grandes potencias un margen de actuación demasiado amplio.

Un aspecto tradicional del debate residía en la cuestión de hasta qué punto las contramedidas podían ser adoptadas sólo una vez fracasados los medios pacíficos de solución de controversias, o si debían ser interrumpidas al iniciarse éstos. Frente a la postura que hacía depender a las contramedidas de los medios de solución de controversias, se argumentaba que entonces las contramedidas carecerían de sentido, ya que lo prolongado de los procedimientos de solución de controversias supondría aplicarlas cuando ya fuese demasiado tarde, privándolas así de toda eficacia.

La cuestión de los límites de la adopción de contramedidas era asimismo fuente de divergencias, tanto en relación con la modalidad de adopción, como por lo que se refiere a los derechos en relación con los cuales no se permiten contramedidas.

3. LA REGULACIÓN DE LAS CONTRAMEDIDAS EN EL PROYECTO FINAL

² Vid. en general lo relativo a las propuestas presentadas por los Estados, en el tercer informe de J. Crawford, UN Doc. A/CN.4/507/Add.3.

³ Cfr. en particular el art. 56.

⁴ Capítulo IV de la Parte Primera del Proyecto. Este extremo se preveía ya en el artículo 30 del Proyecto aprobado en primera lectura.

⁵ Por ejemplo, Grecia. Vid. UN Doc. A/C.6/SR.17, para. 85.

⁶ Acuerdo sobre servicios aéreos del 27 de marzo de 1946 (EE.UU. contra Francia), en *Reports of International Arbitral Awards*, XVIII (1978), pág. 417.

El derecho a las contramedidas

En virtud del proyecto final, las contramedidas constituyen en sí mismas una conducta ilícita que está justificada por responder a una previa violación del Derecho internacional (art. 22), y se caracterizan por su provisionalidad, ya que en la medida de lo posible no deben excluir que se restablezca la previa situación de legalidad (art. 49.3). De ello se deriva que el daño que se causa al infractor inicial a través de las contramedidas no conlleva una obligación de reparación⁷. Asimismo, las contramedidas deben ajustarse al principio de proporcionalidad (art. 51). Su función consiste en inducir al Estado infractor a respetar las normas secundarias relativas a las consecuencias de la violación (art. 49.1).

La discusión en el seno de la CDI sobre los límites irreductibles del derecho a adoptar contramedidas giró en torno a las obligaciones derivadas de normas de *ius cogens*, que constituyen el núcleo de las obligaciones que no deberían verse afectadas por la adopción de contramedidas. La solución finalmente adoptada (art. 50) menciona algunas obligaciones básicas, como la prohibición del uso de la fuerza (en virtud de la cual se prohíbe la adopción de contramedidas que supongan el uso de la fuerza), las obligaciones de protección de los derechos humanos fundamentales, o las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias, pero añade -con el fin de evitar la discusión sobre el alcance de las normas de *ius cogens*- una referencia general a otras obligaciones derivadas de normas de carácter imperativo. Esta referencia, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que todas las obligaciones específicas mencionadas en el artículo deban tener necesariamente carácter imperativo⁸. De manera comprensible, las contramedidas no pueden afectar ni a las obligaciones de solución pacífica de controversias ni a las normas del Derecho diplomático⁹, con el fin de que, en situaciones de tensión, como resulta habitual cuando se amenaza con la adopción de contramedidas, los canales de comunicación permanezcan abiertos.

El deseo expresado por algunos miembros de la CDI de someter a las contramedidas a un sistema de solución pacífica de controversias no fue aceptado en su totalidad. Así, el Estado que desee adoptar contramedidas está obligado a ofrecer negociaciones (art. 52.1), pero puede, incluso en ese caso, adoptar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos. En cualquier caso, las contramedidas deben ser suspendidas, o no pueden ser adoptadas, cuando el ilícito haya cesado y cuando se haya iniciado un mecanismo de solución de controversias del que pueda resultar una decisión vinculante (art. 52.3). El mero hecho de la cesación del ilícito no conlleva la suspensión de las contramedidas, lo que se explica por su propio objeto, que consiste en asegurar el respeto de las normas secundarias¹⁰. Al mismo tiempo, no basta la iniciación de un modo de solución de controversias si la conducta ilícita no ha cesado. En el caso de que los Estados

⁷ Vid. el artículo 22 y su comentario.

⁸ Comentario al artículo 50, párrafo 9.

⁹ *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (EE.UU. contra la República de Irán)*, 1980, ICJ Reports, págs. 3; 28, párrafo 53; y 38, párrafo 83.

¹⁰ Esto se deriva de la formulación cumulativa de las dos condiciones contenidas en el art. 52.3 (vid. su comentario, párrafos 7 y 8). Cfr. el comentario al artículo 53.

involucrados no se pongan de acuerdo sobre la existencia de un ilícito, y recurran por esa razón a una instancia jurisdiccional, la mera presentación de la demanda no garantiza que el Estado infractor modifique su conducta. En ese caso, las contramedidas pueden adoptarse o reanudarse, si los mecanismos de solución de disputas se aplican *mala fide* (art. 52.4). Sólo en el caso de que el infractor haya cumplido todas sus obligaciones de acuerdo con las normas secundarias deberá ponerse fin a las contramedidas (art. 53).

La inclusión en el proyecto de artículos de la CDI de un sistema propio de solución de controversias relativo a las contramedidas no era posible desde el momento en que la CDI no consideró que el proyecto debiera transformarse inmediatamente en una convención¹¹. Asimismo, se plantea entonces la cuestión de si sería realista incluir un sistema de ese tipo incluso en una convención, ya que por un lado algunos Estados siguen desconfiando de tales instancias, y por otro, existe ya una pluralidad de instituciones jurisdiccionales a las que cabría recurrir en estos casos.

La regulación de las contramedidas en el proyecto de la CDI consigue un equilibrio entre las posiciones extremas puestas de manifiesto en el debate: por un lado, existe la posibilidad de adoptar contramedidas plenamente efectivas con el fin de asegurar el cumplimiento del Derecho internacional; por otro, se establecen una serie de límites que tanto la práctica de los Estados como la jurisprudencia han ido consagrando, y que evitan un mal uso de este derecho.

¹¹ J. Crawford: "The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries". Cambridge (2002), págs. 58-60; J. Crawford *et al.* «The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completing the Second Reading», en *European Journal of International Law*, 12 (2001), págs. 963, 988. *Vid.* el artículo de Christian Ebner, "Die Frage der endgültigen Form des ILC-Entwurfes zur Staatenverantwortlichkeit", en *Favorita Papers*, 02/2002, pág. 193.