

ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
  
1989

*Volumen I*

*Actas resumidas  
de las sesiones  
del cuadragésimo primer período de sesiones  
2 de mayo-21 de julio de 1989*

---

NACIONES UNIDAS





ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
  
1989

*Volumen I*

*Actas resumidas  
de las sesiones  
del cuadragésimo primer período de sesiones  
2 de mayo-21 de julio de 1989*

---

NACIONES UNIDAS

Nueva York, 1992



## ADVERTENCIA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas 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... 1980*).

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.

\*  
\*      \*

El presente volumen contiene las actas resumidas del 41.º período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/SR.2095-A/CN.4/SR.2148) con las correcciones comunicadas por los miembros de la Comisión y los cambios de estilo y modificaciones editoriales que se han estimado necesarios.

A/CN.4/SER.A/1989
-------------------

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
<i>Número de venta:</i> S.91.V.4
ISBN 92-1-333196-7 (edición completa de dos volúmenes) ISBN 92-1-333193-2 (Vol. I) ISSN 0497-9885



## ÍNDICE

	Página		Página
<b>Composición de la Comisión .....</b>	<b>ix</b>	Séptimo informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
<b>Mesa .....</b>	<b>ix</b>	Artículo 13 (Crímenes de guerra) y	
<b>Programa .....</b>	<b>x</b>	Artículo 14 (Crímenes contra la humanidad) ( <i>continuación</i> )	28
<b>Abreviaturas .....</b>	<b>xi</b>	<b>2101.ª sesión</b>	
<b>Convenciones multilaterales citadas en el presente volumen...</b>	<b>xii</b>	<i>Viernes 12 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>	
<b>Lista de documentos del 41.º período de sesiones .....</b>	<b>xiv</b>	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )	
<b>ACTAS RESUMIDAS</b>		Séptimo informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
<b>DE LAS SESIONES 2095<sup>a</sup> A 2148<sup>a</sup></b>		Artículo 13 (Crímenes de guerra) y	
<b>2095.ª sesión</b>		Artículo 14 (Crímenes contra la humanidad) ( <i>continuación</i> )	36
<i>Martes 2 de mayo de 1989, a las 15 15 horas</i>		<b>2102.ª sesión</b>	
Apertura del período de sesiones	1	<i>Martes 16 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>	
Declaración del Presidente saliente	1	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )	
Elección de la Mesa	2	Séptimo informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
Aprobación del programa	3	Artículo 13 (Crímenes de guerra) ( <i>continuación</i> )	
Organización de los trabajos del período de sesiones	3	Artículo 14 (Crímenes contra la humanidad) ( <i>conclusión</i> )	42
Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación		Responsabilidad de los Estados	
Composición del Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada	3	Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos	
<b>2096.ª sesión</b>		Informe preliminar del Relator Especial	
<i>Miércoles 3 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>		Nuevos artículos 6 y 7 de la segunda parte	47
Comité de Redacción	4	<b>2103.ª sesión</b>	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad		<i>Miércoles 17 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>	
Séptimo informe del Relator Especial		Responsabilidad de los Estados ( <i>continuación</i> )	
Artículo 13 (Crímenes de guerra) y		Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos	
Artículo 14 (Crímenes contra la humanidad)	4	Informe preliminar del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
<b>2097.ª sesión</b>		Artículo 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y	
<i>Viernes 5 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>		Artículo 7 (Restitución en especie) ( <i>continuación</i> )	51
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )		<b>2104.ª sesión</b>	
Séptimo informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )		<i>Jueves 18 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>	
Artículo 13 (Crímenes de guerra) y		Responsabilidad de los Estados ( <i>continuación</i> )	
Artículo 14 (Crímenes contra la humanidad) ( <i>continuación</i> )	10	Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos	
<b>2098.ª sesión</b>		Informe preliminar del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
<i>Martes 9 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>		Artículo 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )		Artículo 7 (Restitución en especie) ( <i>continuación</i> )	55
Séptimo informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )		Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación ( <i>conclusión</i> )	64
Artículo 13 (Crímenes de guerra) y		Organización de los trabajos del período de sesiones ( <i>continuación</i> )	64
Artículo 14 (Crímenes contra la humanidad) ( <i>continuación</i> )	17	<b>2105.ª sesión</b>	
<b>2099.ª sesión</b>		<i>Viernes 19 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>	
<i>Miércoles 10 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>		Responsabilidad de los Estados ( <i>continuación</i> )	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )		Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos	
Séptimo informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )		Informe preliminar del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
Artículo 13 (Crímenes de guerra) y		Artículo 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y	
Artículo 14 (Crímenes contra la humanidad) ( <i>continuación</i> )	21	Artículo 7 (Restitución en especie) ( <i>continuación</i> )	65
<b>2100.ª sesión</b>		<b>2106.ª sesión</b>	
<i>Jueves 11 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>		<i>Martes 23 de mayo de 1989, a las 10 horas</i>	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )		Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )	
		Séptimo informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
		Artículo 13 (Crímenes de guerra) ( <i>continuación</i> )	71

**2107.ª sesión**

*Miércoles 24 de mayo de 1989 a las 10 horas*

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*continuación*)

Septimo informe del Relator Especial (*conclusion*)

Artículo 13 (Crímenes de guerra) (*conclusion*)

78

**2108.ª sesión**

*Martes 30 de mayo de 1989 a las 10 horas*

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional

Quinto informe del Relator Especial

Artículos 1 a 17

86

**2109.ª sesión**

*Miércoles 31 de mayo de 1989 a las 10 horas*

Organización de los trabajos del periodo de sesiones (*continuación*)

93

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*continuación*)

Quinto informe del Relator Especial (*continuación*)

Artículos 1 a 17 (*continuación*)

93

**2110.ª sesión**

*Jueves 1 de junio de 1989 a las 10 horas*

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*continuación*)

Quinto informe del Relator Especial (*continuación*)

Artículos 1 a 17 (*continuación*)

98

**2111.ª sesión**

*Viernes 2 de junio de 1989 a las 10 horas*

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*continuación*)

Quinto informe del Relator Especial (*continuación*)

Artículos 1 a 17 (*continuación*)

106

**2112.ª sesión**

*Martes 6 de junio de 1989 a las 10 horas*

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*continuación*)

Quinto informe del Relator Especial (*continuación*)

Artículos 1 a 17 (*continuación*)

114

Organización de los trabajos del periodo de sesiones (*conclusion*)

123

**2113.ª sesión**

*Martes 6 de junio de 1989 a las 15 00 horas*

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*continuación*)

Quinto informe del Relator Especial (*continuación*)

Artículos 1 a 17 (*continuación*)

124

**2114.ª sesión**

*Miércoles 7 de junio de 1989 a las 10 horas*

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*continuación*)

Quinto informe del Relator Especial (*continuación*)

Artículos 1 a 17 (*continuación*)

132

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes

Segundo informe del Relator Especial

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura

136

**2115.ª sesión**

*Jueves 8 de junio de 1989 a las 10 horas*

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)

Segundo informe del Relator Especial (*continuación*)

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura (*continuación*)

143

**2116.ª sesión**

*Viernes 9 de junio de 1989 a las 10 horas*

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)

Segundo informe del Relator Especial (*continuación*)

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura (*continuación*)

151

**2117.ª sesión**

*Jueves 13 de junio de 1989 a las 10 horas*

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)

Segundo informe del Relator Especial (*continuación*)

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura (*continuación*)

159

**2118.ª sesión**

*Miércoles 14 de junio de 1989 a las 10 horas*

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)

Segundo informe del Relator Especial (*continuación*)

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura (*continuación*)

169

**2119.ª sesión**

*Jueves 15 de junio de 1989 a las 10 horas*

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)

Segundo informe del Relator Especial (*continuación*)

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura (*continuación*)

177

**2120.ª sesión**

*Viernes 16 de junio de 1989 a las 10 horas*

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)

Segundo informe del Relator Especial (*continuación*)

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura (*continuación*)

187

**2121.ª sesión**

*Martes 20 de junio de 1989 a las 10 horas*

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*conclusion*)

Quinto informe del Relator Especial (*conclusion*)

Artículos 1 a 17 (*conclusion*)

196

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)

Segundo informe del Relator Especial (*continuación*)

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura (*continuación*)

202

**2122.ª sesión**

*Miércoles 21 de junio de 1989 a las 10 horas*

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*conclusion*)

Segundo informe del Relator Especial (*conclusion*)

Examen del proyecto de artículos en segunda lectura (*conclusion*)

205

Responsabilidad de los Estados (*continuación*)

Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos

Informe preliminar del Relator Especial (*continuación*)

	Página
Artículo 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y	
Artículo 7 (Restitución en especie) ( <i>continuación</i> )	209
<b>2123.ª sesión</b>	
<i>Jueves 22 de junio de 1989, a las 10 horas</i>	
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación	
Quinto informe del Relator Especial	
Parte VI del proyecto de artículos	215
<b>2124.ª sesión</b>	
<i>Viernes 23 de junio de 1989, a las 10 horas</i>	
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación ( <i>continuación</i> )	
Quinto informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
Parte VI del proyecto de artículos	
Artículo 22 (Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas) y	
Artículo 23 (Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas) ( <i>continuación</i> )	221
<b>2125.ª sesión</b>	
<i>Martes 27 de junio de 1989, a las 10 horas</i>	
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación ( <i>continuación</i> )	
Quinto informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
Parte VI del proyecto de artículos	
Artículo 22 (Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas) y	
Artículo 23 (Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas) ( <i>continuación</i> )	229
<b>2126.ª sesión</b>	
<i>Miércoles 28 de junio de 1989, a las 10 horas</i>	
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación ( <i>continuación</i> )	
Quinto informe del Relator Especial ( <i>continuación</i> )	
Parte VI del proyecto de artículos	
Artículo 22 (Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas) y	
Artículo 23 (Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas) ( <i>conclusión</i> )	235
Partes VII y VIII del proyecto de artículos	244
<b>2127.ª sesión</b>	
<i>Miércoles 28 de junio de 1989, a las 15 10 horas</i>	
Responsabilidad de los Estados ( <i>conclusión</i> )	
Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos	
Informe preliminar del Relator Especial ( <i>conclusión</i> )	
Artículo 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y	
Artículo 7 (Restitución en especie) ( <i>conclusión</i> )	245
<b>2128.ª sesión</b>	
<i>Jueves 29 de junio de 1989, a las 10 horas</i>	
Cooperación con otros organismos	
Declaración del Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano	254
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático	
Proyecto de artículos propuesto por el Comité de Redacción en segunda lectura	
Artículos 1 a 32 y proyectos de protocolos I y II de firma facultativa	
Artículo 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos)	256
Artículo 2 (Correos y valijas no comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos)	256
Artículo 3 (Términos empleados)	257
Artículo 4 (Libertad de comunicaciones oficiales)	259
Artículo 5 (Deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito)	259
Artículo 6 (No discriminación y reciprocidad)	260

	Página
Artículo 7 (Nombramiento del correo diplomático)	261
Artículo 8 (Documentación del correo diplomático)	261
Artículo 9 (Nacionalidad del correo diplomático)	261
<b>2129.ª sesión</b>	
<i>Viernes 30 de junio de 1989, a las 10 05 horas</i>	
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático ( <i>continuación</i> )	
Proyecto de artículos propuesto por el Comité de Redacción en segunda lectura ( <i>continuación</i> )	
Artículo 9 (Nacionalidad del correo diplomático) ( <i>conclusión</i> )	263
Artículo 10 (Funciones del correo diplomático)	264
Artículo 11 (Terminación de las funciones del correo diplomático)	264
Artículo 12 (Declaración del correo diplomático como persona <i>non grata</i> o no aceptable)	265
Artículo 13 (Facilidades concedidas al correo diplomático)	265
Artículo 14 (Entrada en el territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito)	266
Artículo 15 (Libertad de circulación)	266
Artículo 16 (Protección e inviolabilidad personal)	267
Artículo 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal)	267
Clausura del Seminario sobre derecho internacional	269
<b>2130.ª sesión</b>	
<i>Martes 4 de julio de 1989, a las 10 horas</i>	
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático ( <i>continuación</i> )	
Proyecto de artículos propuesto por el Comité de Redacción en segunda lectura ( <i>continuación</i> )	
Artículo 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal) ( <i>conclusión</i> )	270
Artículo 18 (Inmunidad de jurisdicción)	272
Artículo 19 (Exención de derechos de aduana, impuestos y gravámenes) y	
Artículo 20 (Exención de registro e inspección)	273
Artículo 21 (Principio y fin de los privilegios e inmunidades)	274
Artículo 22 (Renuncia a las inmunidades)	275
Artículo 23 (Estatuto del comandante de un buque o una aeronave al que se haya confiado la valija diplomática)	276
Artículo 24 (Identificación de la valija diplomática)	276
Artículo 25 (Contenido de la valija diplomática)	276
Artículo 26 (Envío de la valija diplomática por correo o cualquier modo de transporte)	277
Artículo 27 (Seguridad y rapidez en la expedición de la valija diplomática)	277
Artículo 28 (Protección de la valija diplomática)	278
<b>2131.ª sesión</b>	
<i>Miércoles 5 de julio de 1989, a las 10 horas</i>	
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático ( <i>continuación</i> )	
Proyecto de artículos propuesto por el Comité de Redacción en segunda lectura ( <i>continuación</i> )	
Artículo 28 (Protección de la valija diplomática) ( <i>conclusión</i> )	281
Artículo 29 (Exención de derechos de aduana e impuestos)	282
Artículo 30 (Medidas de protección en caso de fuerza mayor u otras circunstancias excepcionales)	282
Artículo 31 (No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares)	283
Artículo 32 (Relación entre los presentes artículos y otros acuerdos y convenciones)	283
Proyecto de protocolo I de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las misiones especiales	288
<b>2132.ª sesión</b>	
<i>Jueves 6 de julio de 1989, a las 10 horas</i>	
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático ( <i>conclusión</i> )	

	Página
Proyecto de artículos propuesto por el Comité de Redacción en segunda lectura ( <i>conclusión</i> )	
Artículo 32 (Relación entre los presentes artículos y otros acuerdos y convenciones) ( <i>conclusión</i> ) y	
Proyecto de protocolo I de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las misiones especiales ( <i>conclusión</i> )	290
Proyecto de protocolo II de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las organizaciones internacionales de carácter universal	292
Aprobación del proyecto de artículos en segunda lectura	295
Proyecto de recomendación de la Comisión	295
Proyecto de resolución de la Comisión	296
<b>2133.ª sesión</b>	
<i>Viernes 7 de julio de 1989, a las 10 horas</i>	
Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)	
Cuarto informe del Relator Especial	297
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación ( <i>conclusión</i> )	
Quinto informe del Relator Especial ( <i>conclusión</i> )	
Partes VII y VIII del proyecto de artículos	
Artículo 24 (Relación entre los usos de la navegación y para fines distintos de ella, inexistencia de prioridad entre los usos) y	
Artículo 25 (Regulación de los cursos de agua internacionales) ( <i>conclusión</i> )	299
<b>2134.ª sesión</b>	
<i>Martes 11 de julio de 1989, a las 10 horas</i>	
Cooperación con otros organismos ( <i>conclusión</i> )	
Declaración del Observador del Comité Jurídico Interamericano	300
Declaración del Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica	303
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )	
Proyectos de artículos propuestos por el Comité de Redacción	
Artículos 13, 14 y 15	
Artículo 13 (Amenaza de agresión)	306
<b>2135.ª sesión</b>	
<i>Miércoles 12 de julio de 1989, a las 10 horas</i>	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>continuación</i> )	
Proyectos de artículos propuestos por el Comité de Redacción ( <i>continuación</i> )	
Artículo 13 (Amenaza de agresión) ( <i>conclusión</i> )	309
Artículo 14 (Intervención)	314
<b>2136.ª sesión</b>	
<i>Jueves 13 de julio de 1989, a las 10 horas</i>	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ( <i>conclusión</i> )	
Proyectos de artículos propuestos por el Comité de Redacción ( <i>conclusión</i> )	
Artículo 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera)	316
Proyecto de artículo 16	320
<b>2137.ª sesión</b>	
<i>Viernes 14 de julio de 1989, a las 10 horas</i>	
Bicentenario de la Revolución francesa	322
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones	
Capítulo VI —Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes	
A Introducción	322
B Examen del tema en el actual período de sesiones	322

## 2138.ª sesión

*Viernes 14 de julio de 1989, a las 15 horas*

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo VI —Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)

B Examen del tema en el actual período de sesiones (*continuación*) 328

## 2139.ª sesión

*Lunes 17 de julio de 1989, a las 10 horas*

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo VI —Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*conclusión*)

B Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*) 333

Capítulo V —Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional

A Introducción 334

B Examen del tema en el actual período de sesiones 334

## 2140.ª sesión

*Lunes 17 de julio de 1989, a las 15 horas*

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo V —Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*continuación*)

B Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*) 337

## 2141.ª sesión

*Martes 18 de julio de 1989, a las 10 horas*

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo V —Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*conclusión*)

Capítulo VII —El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación

A Introducción 341

B Examen del tema en el actual período de sesiones 341

## 2142.ª sesión

*Martes 18 de julio de 1989, a las 15.10 horas*

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo I —Organización del período de sesiones 345

Capítulo IX —Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación 345

B Cooperación con otros organismos 348

C Fecha y lugar del 42.º período de sesiones 348

## 2143.ª sesión

*Miércoles 19 de julio de 1989, a las 10 horas*

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo IX —Otras decisiones y conclusiones de la Comisión (*conclusión*)

D Representación en el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General 350

E Seminario sobre derecho internacional 350

F Conferencia en memoria de Gilberto Amado 350

Capítulo VII —El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (*conclusión*)

B Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*) 350

C Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de

	Página
los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación	350
D Puntos sobre los que se solicitan observaciones	350
Capítulo II —Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático	
D Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático	
Comentario al artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)	350
Comentario al artículo 2 (Correos y valijas no comprendidos en el ambito de aplicación de los presentes artículos)	351
Comentario al artículo 3 (Términos empleados)	351
Comentario al artículo 4 (Libertad de comunicaciones oficiales)	353
Comentario al artículo 5 (Deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito)	353
Comentario al artículo 6 (No discriminación y reciprocidad)	353
Comentario al artículo 7 (Nombramiento del correo diplomático)	354

#### 2144.ª sesión

Miércoles 19 de julio de 1989, a las 15 horas

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo II —Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (*continuación*)

D Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático ( <i>continuación</i> )	
Comentario al artículo 7 (Nombramiento del correo diplomático) ( <i>conclusión</i> )	355
Comentario al artículo 8 (Documentación del correo diplomático)	355
Comentario al artículo 9 (Nacionalidad del correo diplomático)	355
Comentario al artículo 10 (Funciones del correo diplomático)	356
Comentario al artículo 11 (Terminación de las funciones del correo diplomático)	357
Comentario al artículo 12 (Declaración del correo diplomático como persona <i>non grata</i> o no aceptable)	357
Comentario al artículo 13 (Facilidades concedidas al correo diplomático)	358
Comentario al artículo 14 (Entrada en el territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito)	358
Comentario al artículo 15 (Libertad de circulación)	359
Comentario al artículo 16 (Protección e inviolabilidad personal)	359
Comentario al artículo 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal)	359

#### 2145.ª sesión

Jueves 20 de julio de 1989, a las 10 horas

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo II —Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (*continuación*)

D Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático ( <i>continuación</i> )	
Comentario al artículo 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal) ( <i>conclusión</i> )	360
Comentario al artículo 18 (Inmunidad de jurisdicción)	361
Comentario al artículo 19 (Exención de derechos de aduana, impuestos y gravámenes)	362
Comentario al artículo 20 (Exención de registro e inspección)	362
Comentario al artículo 21 (Principio y fin de los privilegios e inmunidades)	363

	Página
Comentario al artículo 22 (Renuncia a las inmunidades)	363
Comentario al artículo 23 (Estatuto del comandante de un buque o una aeronave al que se haya confiado la valija diplomática)	364
Comentario al artículo 24 (Identificación de la valija diplomática)	364
Comentario al artículo 25 (Contenido de la valija diplomática)	365
Comentario al artículo 26 (Envío de la valija diplomática por correo o cualquier modo de transporte)	365
Comentario al artículo 27 (Seguridad y rapidez en la expedición de la valija diplomática)	365
Comentario al artículo 28 (Protección de la valija diplomática)	365
Comentario al artículo 29 (Exención de derechos de aduana e impuestos)	365
Comentario al artículo 30 (Medidas de protección en caso de fuerza mayor y otras circunstancias excepcionales)	365
Comentario al artículo 31 (No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares)	365
Comentario al artículo 32 (Relación entre los presentes artículos y otros acuerdos y convenciones)	366

#### 2146.ª sesión

Jueves 20 de julio de 1989, a las 15 horas

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo II —Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (*conclusión*)

D Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático ( <i>conclusión</i> )	
Comentario al artículo 12 (Declaración del correo diplomático como persona <i>non grata</i> o no aceptable) ( <i>conclusión</i> )	366
Comentario al proyecto de protocolo I de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las misiones especiales	367
Comentario al proyecto de protocolo II de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las organizaciones internacionales de carácter universal	367
A Introducción	367
B Recomendación de la Comisión	367
C Resolución aprobada por la Comisión	368
Capítulo III —Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad	
A Introducción	369
B Examen del tema en el actual período de sesiones	369

#### 2147.ª sesión

Viernes 21 de julio de 1989, a las 10 horas

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo III —Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*continuación*)

B Examen del tema en el actual período de sesiones ( <i>conclusión</i> )	373
C Proyectos de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad	
Subsección 1 (Texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión hasta la fecha)	375
Subsección 2 (Texto de los proyectos de artículos 13, 14 y 15, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 41.º período de sesiones)	375
Comentario al artículo 13 (Amenaza de agresión)	375
Comentario al artículo 14 (Intervención)	377
Comentario al artículo 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera)	378

## 2148.ª sesión

*Viernes 21 de julio de 1989, a las 15 05 horas*

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (*conclusión*)

Capítulo III —Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*conclusión*)

C Proyectos de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*conclusión*)

Subsección 2 (Texto de los proyectos de artículos 13, 14 y 15, con los comentarios correspondientes, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 41.º período de sesiones) (*conclusión*)

379

Página

Comentario al artículo 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera) (*conclusión*)

379

Capítulo IV —Responsabilidad de los Estados

A Introducción

381

B Examen del tema en el actual período de sesiones

382

C Texto de los proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

383

Capítulo VIII —Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)

A Introducción

383

B Examen del tema en el actual período de sesiones

383

Clausura del período de sesiones

384

Página

## COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN

<i>Nombre</i>	<i>Nacionalidad</i>	<i>Nombre</i>	<i>Nacionalidad</i>
Príncipe Bola Adesumbo AJIBOLA	Nigeria	Sr. Jorge E. ILLUECA	Panamá
Sr. Husain AL-BAHARNA	Bahrein	Sr. Andreas J. JACOVIDES	Chipre
Sr. Awn AL-KHASAWNEH	Jordania	Sr. Abdul G. KOROMA	Sierra Leona
Sr. Riyadh Mahmoud Sami AL-QAYSI	Iraq	Sr. Ahmed MAHIOU	Argelia
Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ	Italia	Sr. Stephen C. MCCAFFREY	Estados Unidos de América
Sr. Julio BARBOZA	Argentina		
Sr. Yuri G. BARSEGOV	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas	Sr. Frank X. NJENGA	Kenya
		Sr. Motoo OGISO	Japón
Sr. John Alan BEESLEY	Canadá	Sr. Stanislaw PAWLAK	Polonia
Sr. Mohamed BENNOUNA	Marruecos	Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO	India
Sr. Boutros BOUTROS-GHALI	Egipto	Sr. Edilbert RAZAFINDRALAMBO	Madagascar
Sr. Carlos CALERO RODRIGUES	Brasil	Sr. Paul REUTER	Francia
Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ	Venezuela	Sr. Emmanuel J. ROUCOUNAS	Grecia
Sr. Gudmundur EIRIKSSON	Islandia	Sr. César SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ	México
Sr. Laurel B. FRANCIS	Jamaica	Sr. Jiuyong SHI	China
Sr. Bernhard GRAEFRATH	República Democrática Alemana	Sr. Luis SOLARI TUDELA	Perú
		Sr. Doudou THIAM	Senegal
		Sr. Christian TOMUSCHAT	República Federal de Alemania
Sr. Francis Mahon HAYES	Irlanda	Sr. Alexander YANKOV	Bulgaria

## MESA

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH  
*Primer Vicepresidente:* Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO  
*Segundo Vicepresidente:* Sr. Emmanuel J. ROUCOUNAS  
*Presidente del Comité de Redacción:* Sr. Carlos CALERO RODRIGUES  
*Relator:* Sr. Mohamed BENNOUNA

*El Sr. Vladimir S. Kotliar, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, representó al Secretario General y actuó como Secretario de la Comisión.*

## **PROGRAMA**

En su 2095.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 2 de mayo de 1989, la Comisión aprobó el siguiente programa:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Responsabilidad de los Estados.
3. Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.
4. Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático.
5. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.
6. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.
7. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.
8. Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema).
9. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación.
10. Cooperación con otros organismos.
11. Fecha y lugar del 42.º período de sesiones.
12. Otros asuntos.



## ABREVIATURAS

Banco Mundial }	
BIRF }	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CAME	Consejo de Ayuda Mutua Económica
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEE	Comunidad Económica Europea
CEPE	Comisión Económica para Europa
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ILA	Asociación de Derecho Internacional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico del Norte
OUA	Organización de la Unidad Africana
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UPU	Unión Postal Universal

\*  
\*      \*

<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I., serie A</i>	<i>CPJI, Recueil des arrêts</i> (N.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)

\*  
\*      \*

### 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

## CONVENCIONES MULTILATERALES CITADAS EN EL PRESENTE VOLUMEN

### Derechos humanos

#### Fuente

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, pág. 296.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	<i>Ibid.</i> , vol. 999, pág. 241, y vol. 1057, pág. 407.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	<i>Ibid.</i> , vol. 993, pág. 44.
Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968)	<i>Ibid.</i> , vol. 754, pág. 73.
Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de <i>apartheid</i> (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	<i>Ibid.</i> , vol. 1015, pág. 266.

### Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas

Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Londres, 13 de febrero de 1946)	Resolución 22 A (I) de la Asamblea General.
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 33, pág. 329.
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	<i>Ibid.</i> , vol. 500, pág. 162.
Convención de Viena sobre relaciones consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, pág. 392.
Convención sobre las misiones especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico</i> , 1969 (N.º de venta: S.71.V.4), pág. 134.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1035, pág. 191.
Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico</i> , 1975 (N.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.

### Derecho de los tratados

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, pág. 443.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.

### Derecho del mar

Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 516, pág. 241.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	<i>Ibid.</i> , vol. 450, pág. 115.
Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	<i>Ibid.</i> , vol. 559, pág. 307.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	<i>Ibid.</i> , vol. 499, pág. 330.

Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 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.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.

**Responsabilidad por daños causados por actividades nucleares y en el espacio ultraterrestre**

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)

Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 956, págs. 288 y 356.

Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963)

*Ibid.*, vol. 1063, pág. 299.

Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú, Washington, 29 de marzo de 1972)

*Ibid.*, vol. 961, pág. 212.

## LISTA DE DOCUMENTOS DEL 41.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/418	Programa provisional	Mimeografiado Para el programa aprobado, véase <i>supra</i> , pág. x
A/CN.4/419 (y Corr. 1 y 2) y Add. 1	Séptimo 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 volumen II (primera parte)
A/CN.4/420	Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático observaciones y comentarios recibidos de los gobiernos	<i>Idem</i>
A/CN.4/421 (y Corr. 2 y 4) y Add. 1 y 2	Quinto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/422 (y Corr. 1) y Add. 1 (y Add. 1/Corr. 1)	Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/423 (y Corr. 1 y 2)	Quinto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/424 (y Corr. 1)	Cuarto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/425 y Add. 1	Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.431	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 de la Asamblea General	Mimeografiado
A/CN.4/L.432	Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura artículos 1 a 32 y proyectos de protocolos I y II de firma facultativa	Véanse las actas resumidas de las sesiones 2128 <sup>a</sup> (párrs. 16 y ss.), 2129 <sup>a</sup> (párrs. 1 a 103) y 2130 <sup>a</sup> a 2132 <sup>a</sup>
A/CN.4/L.433	Proyectos de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción artículos 13, 14 y 15	Véanse las actas resumidas de las sesiones 2134 <sup>a</sup> (párrs. 49 y ss.), 2135 <sup>a</sup> y 2136 <sup>a</sup> (párrs. 1 a 41)
A/CN.4/L.434	Proyecto de informe de la CDI sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado Para el texto aprobado, véase <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/44/10)</i> El texto definitivo figura en el volumen II (segunda parte)
A/CN.4/L.435 y Add. 1 a 4	<i>Idem</i> capítulo II (Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.436 y Add. 1 a 3	<i>Idem</i> capítulo III (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.437	<i>Idem</i> capítulo IV (Responsabilidad de los Estados)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.438	<i>Idem</i> capítulo V (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.439 y Add. 1 y 2	<i>Idem</i> capítulo VI (Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.440 (y Corr. 1) y Add. 1 y 2	<i>Idem</i> capítulo VII (El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.441	<i>Idem</i> capítulo VIII (Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales [segunda parte del tema])	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.442	<i>Idem</i> capítulo IX (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	<i>Idem</i>
A/CN.4/SR.2095 a A/CN.4/SR.2148	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2095 <sup>a</sup> a 2148 <sup>a</sup>	Mimeografiado El texto definitivo figura en el presente volumen

# COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

## ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DEL 41.º PERÍODO DE SESIONES *celebrado en Ginebra del 2 de mayo al 21 de julio de 1989*

### 2095.ª SESIÓN

*Martes 2 de mayo de 1989, a las 15.15 horas*

*Presidente saliente:* Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

#### Apertura del período de sesiones

1. El PRESIDENTE SALIENTE declara abierto el 41.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y da la bienvenida a los miembros de la Comisión y a su secretaría, y en particular a su nuevo Secretario, el Sr. Vladimir Kotliar.

#### Declaración del Presidente saliente

2. El PRESIDENTE SALIENTE dice que, como le había encomendado la CDI, asistió al cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General para presentar en la Sexta Comisión el informe de la CDI sobre su 40.º período de sesiones (A/43/10)<sup>1</sup>. El texto de la exposición que hizo en esa ocasión<sup>2</sup>, así como las actas resumidas de las sesiones que la Sexta Comisión dedicó a esta materia y el resumen por temas de los debates preparado por la secretaría (A/CN.4/L.431), están a disposición de los miembros de la CDI, quienes podrán comprobar que el debate fue en general muy positivo y que la mayor parte de las delegaciones que intervinieron expresaron una opinión favorable acerca de los trabajos de la CDI.

3. No obstante, ciertos aspectos de las deliberaciones de la Sexta Comisión deben examinarse con detenimiento. Ante todo, hay que decir que algunas delegaciones, muy

poco numerosas, es cierto, dedicaron más tiempo a criticar los procedimientos y métodos de trabajo de la CDI que a hacer un balance objetivo de los resultados obtenidos después de 40 años gracias, precisamente, a estos métodos. No obstante, después de tantos debates sobre los procedimientos y métodos de trabajo de la CDI, ahora debería ser evidente que los que utiliza, sin ser ideales, son en todo caso los más apropiados para sus necesidades y particularidades y, por consiguiente, los más eficaces.

4. Por otra parte, hay que señalar que muy pocas delegaciones respondieron al llamamiento que les dirigió la CDI, de conformidad con la petición de la Asamblea General, para que formularan sus observaciones y comentarios sobre los puntos precisos acerca de los cuales la CDI desearía recibir las instrucciones necesarias de los gobiernos para orientar sus trabajos. El Presidente saliente no dejó de señalarlo en la intervención que hizo ante la Sexta Comisión.

5. Por último, hay que señalar cierto malentendido a propósito del informe de la CDI. En efecto, muchas delegaciones hicieron versar sus intervenciones no sobre el informe de la CDI misma, sino sobre los informes de los relatores especiales o sobre las propuestas del Comité de Redacción. Tal vez este malentendido obedezca a la forma en que se presenta el informe de la CDI. Habría que insistir en el hecho de que lo que la CDI presenta a la Asamblea General es el resultado de sus debates en sesión plenaria, es decir, las propuestas, los proyectos de artículos y los comentarios aprobados por el conjunto de la CDI. Es inadmisibles que los debates de la Sexta Comisión se refieran a propuestas que son contrarias a lo que la CDI en su conjunto ha aprobado en su informe, y en el futuro debe evitarse todo riesgo de malas interpretaciones sobre este punto.

6. A propósito de los métodos de trabajo de la CDI, de los cuales algunas delegaciones, por razones que no siempre son del todo claras, han hecho su caballo de batalla, es importante aclarar otro malentendido. Algunos, en efecto, parecen partir del principio de que la CDI es un grupo de trabajo de la Sexta Comisión, ignorando o pretendiendo ignorar la característica distintiva de la CDI, que, aun cuando es un órgano subsidiario de la Asamblea General, ha recibido de ésta un gran margen de independencia y posee un estatuto especial, que hace que sus miembros sean elegidos a título personal y no como representantes de gobiernos, lo que le confiere el poder de reglamentar ella misma sus debates.

7. Una de las críticas formuladas por este pequeño grupo de delegaciones se refiere al rendimiento de la CDI y a la

<sup>1</sup> Véase *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte)

<sup>2</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 25.ª sesión, párrs. 1 a 71*

forma en que hace uso del tiempo que se le atribuye crítica singular por venir de una comisión que no es precisamente un modelo de puntualidad. Es paradójico igualmente que se reproche a la CDI por presentar informes demasiado voluminosos, en particular en lo que se refiere a los antecedentes históricos de los diferentes temas examinados y, a la vez, se quejen de que sea difícil, si no se han seguido sus trabajos desde hace varios años, comprender exactamente el contenido del informe por no conocer los pormenores de cada una de las propuestas que en él se hacen. Es cierto que los representantes de los gobiernos en la Asamblea General cambian a menudo. Tal vez la CDI debería meditar acerca de lo que podría hacerse para resolver el problema siguiente: ¿cómo puede dar cumplimiento a su obligación con respecto a la Asamblea General presentando el fruto de sus trabajos de manera lo más completa y razonada que sea posible a fin de proporcionar a los gobiernos todos los elementos necesarios para tomar posición acerca de las propuestas que se les presentan, a la vez que por su parte se asegure, como tiene derecho a esperar, de que la Asamblea General examinará su informe con la atención y la seriedad que merece? No hay que olvidar a este respecto que el informe de la CDI es igualmente un instrumento de trabajo muy apreciado por los especialistas del derecho internacional, y que se da incluso el caso de que la CIJ lo cite en sus decisiones.

8 Por su parte, el Presidente saliente puede sugerir dos soluciones a este problema, en la inteligencia de que la cuestión debería ser examinada por el Grupo de Planificación si la CDI decide reconstituirlo en el actual período de sesiones. La primera solución sería que estos informes no sean examinados por la Sexta Comisión el año mismo de su presentación, sino el año siguiente, de suerte que los gobiernos tengan tiempo suficiente para estudiarlos a fondo y dar con conocimiento de causa las instrucciones necesarias a sus delegaciones. Esta solución tendría evidentemente el inconveniente de que los relatores especiales y la CDI misma no podrían tener en cuenta las observaciones de la Sexta Comisión en su período de sesiones siguiente, para evitar este inconveniente, la CDI podría escalonar o alternar el estudio de los diferentes temas que tiene encomendados. La otra solución sería que los gobiernos presenten por escrito sus observaciones en un plazo lo bastante breve para que la Secretaría pueda resumirlos, esto, por lo demás, no sería obstáculo para que las delegaciones en la Sexta Comisión formulen en caso necesario comentarios durante las sesiones.

9 Con respecto al Grupo de Trabajo Especial, establecido por la Sexta Comisión en virtud del párrafo 6 de la resolución 42/156 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1987, el Presidente saliente dice que después de cierto número de reuniones, este órgano ha tenido que rendirse a la evidencia, a saber, no puede tener como objetivo fijar las normas, ni imponer instrucciones a la CDI en cuanto a sus métodos y procedimientos, que se rigen por su estatuto. El texto del informe presentado por el Presidente de este Grupo a la Sexta Comisión<sup>3</sup> ha sido distribuido a los miembros de la Comisión.

10 En lo que se refiere a la cooperación con otros órganos, el Presidente saliente informa a la CDI de que asistió en calidad de observador al período de sesiones del Comité Europeo de Cooperación Jurídica celebrado en Estrasbur-

go en noviembre y diciembre de 1988, donde se expuso la idea de celebrar un período de sesiones del Comité Europeo paralelamente al de la CDI, para tratar de cuestiones de interés común para los dos órganos. También representó a la Comisión en el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano que se reunió en Nairobi en febrero de 1989. En esta ocasión, los asesores jurídicos de Suecia y de Finlandia propusieron que se celebrara bajo los auspicios de las Naciones Unidas, durante el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, un seminario sobre una cuestión que preocupa al Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, a saber, la contaminación y el medio ambiente.

11 Por su parte, el Sr. Koroma representó a la Comisión en una reunión sobre aguas fluviales y lacustres organizada por la Comisión Económica para África en Addis Abeba en enero de 1989. Por último, el Sr. Pawlak representó a la Comisión en la reunión que la Asociación de Derecho Internacional celebró en Varsovia en agosto de 1988.

12 El Sr. KOROMA dice que, si bien coincide en gran parte con las opiniones del Presidente saliente, considera las críticas que emanan de la Sexta Comisión como una manera de incitar a la CDI a mejorar su modo de funcionar. Es alentador además advertir que los participantes en la reunión en la que él presentó en detalle los trabajos de la CDI sobre la utilización de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación sacaron gran provecho de las recomendaciones hechas por la CDI sobre esta cuestión.

*Se suspende la sesión a las 16 horas y se reanuda a las 16 20 horas*

### Elección de la Mesa

*Por aclamación, el Sr. Graefrath queda elegido Presidente*

*El Sr. Graefrath ocupa la Presidencia*

13 El PRESIDENTE da las gracias a la Comisión por el honor que acaba de hacer a su país y a él mismo al designarle para la Presidencia, y por la confianza que con ello le ha manifestado. Se esforzará por seguir el ejemplo de objetividad e imparcialidad que han dado sus predecesores. Expresa su gratitud al Presidente saliente por el talento con que ha dirigido los trabajos en el anterior período de sesiones y con que ha representado a la Comisión en el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, y expresa el convencimiento de que el Grupo de Planificación tendrá muy en cuenta sus interesantes sugerencias.

14 El Presidente expresa su aprecio por la ocasión que se le ha deparado de presidir el actual período de sesiones de la Comisión, que marca el cuadragésimo aniversario de su fundación. Los proyectos y las propuestas de la Comisión, lo mismo que los informes de sus relatores especiales, son una contribución sumamente importante al desarrollo del derecho internacional y al orden jurídico de la comunidad internacional contemporánea. Fue en efecto en su primer período de sesiones, en 1949, cuando la Comisión seleccionó, como temas para codificar, dos materias que constituyen la médula de sus actuales trabajos: las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y la responsabilidad de los Estados, y designó un

<sup>3</sup> *Ibid.*, 40ª sesión, párrs. 10 a 18.

relator especial encargado de elaborar un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, otro tema que figura en su programa. Estas tres materias son particularmente apropiadas para consolidar el sistema jurídico internacional

15. También en su primer período de sesiones la Comisión elaboró el proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados<sup>4</sup>, que influyó profundamente sobre el trabajo posterior que culminó en la aprobación 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<sup>5</sup>, conjunto de reglas que sigue siendo de actualidad.

16. El Presidente se declara convencido de que la Comisión, gracias a la competencia, la experiencia y el concurso de sus miembros, progresará a satisfacción de todos durante el período de sesiones que se inicia.

*Por aclamación, el Sr. Sreenivasa Rao queda elegido primer Vicepresidente.*

*Por aclamación, el Sr. Roucounas queda elegido segundo Vicepresidente*

*Por aclamación, el Sr. Calero Rodrigues queda elegido Presidente del Comité de Redacción.*

*Por aclamación, el Sr. Bennouna queda elegido Relator.*

#### **Aprobación del programa (A/CN.4/418)**

17. El PRESIDENTE invita a la Comisión a aprobar el programa provisional (A/CN.4/418), en la inteligencia de que esta decisión no prejuzgará el orden en que se van a examinar los temas, que se decidirá más adelante.

*Queda aprobado el programa provisional (A/CN.4/418).*

18. El PRESIDENTE señala a la atención de la Comisión la resolución 43/169 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988, y sugiere que la petición que figura en el párrafo 5 de dicha resolución se examine en relación con el tema 9 del programa (Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación), que debe ser remitido al Grupo de Planificación.

*Así queda acordado.*

#### **Organización de los trabajos del período de sesiones**

[Tema 1 del programa]

19. El PRESIDENTE señala la composición de la Mesa Ampliada que comprende, además de los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los relatores especiales y los miembros de la Comisión que han ocupado anteriormente la Presidencia, es decir, los Sres. Arangio-Ruiz, Barboza, Díaz González, McCaffrey, Ogiso, Thiam, Yankov, Francis y Reuter.

20. El Sr. KOROMA dice que en el futuro sería conveniente que la Comisión tuviera desde el comienzo de su período de sesiones un estado recapitulativo del progreso de los diversos informes que ha de examinar.

*Se suspende la sesión a las 17.15 horas y se reanuda a las 17.55 horas.*

21. El PRESIDENTE expone la situación respecto a la distribución de los informes que la Comisión ha de examinar. Cuatro de ellos todavía no han aparecido y se distribuirán entre el 17 de mayo y el 1.º de junio. La Comisión también tendrá ante sí el segundo informe del Sr. Ogiso sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que examinará junto a su informe preliminar que no alcanzó a examinar en el período de sesiones anterior. Habida cuenta del escalonamiento de estos informes, la Mesa Ampliada recomienda a la Comisión que examine los temas del programa en el orden provisional siguiente:

- |  |                                    |
|--|------------------------------------|
| 1 Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (tema 5)   | 7 sesiones                         |
| 2 Responsabilidad de los Estados (tema 2)  | 7 sesiones, mas 2 mas tarde        |
| 3 Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (tema 7) | 5 sesiones, más 1 sesión mas tarde |
| 4 Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (tema 3)   | 7 sesiones                         |
| 5 El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 6)                    | 6 sesiones                         |
| 6 Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) (tema 8)                            | 2 sesiones                         |

La Comisión dedicaría además cuatro sesiones al examen de los informes del Comité de Redacción y reservaría el tiempo necesario para recibir a los representantes de los organismos jurídicos con que mantiene relaciones.

22. Si no hay objeciones, el Presidente entenderá que la Comisión aprueba este calendario de trabajo provisional

*Así queda acordado.*

#### **Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación**

[Tema 9 del programa]

#### **COMPOSICIÓN DEL GRUPO DE PLANIFICACIÓN DE LA MESA AMPLIADA**

23. El PRESIDENTE dice que la Mesa Ampliada propone que el Grupo de Planificación quede integrado por los miembros siguientes: Sr. Sreenivasa Rao (Presidente), Príncipe Ajibola, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Roucounas, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat y Sr. Yankov. El Grupo de Planificación no es de composición restringida y los demás miembros de la Comisión que deseen asistir a sus sesiones serán bienvenidos

*Así queda acordado.*

<sup>4</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Resoluciones (A/1251)*, págs. 73 y 74, anexo

<sup>5</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 27 de octubre de 1970, anexo

24. El PRESIDENTE recuerda que la Comisión decidió en su último período de sesiones<sup>6</sup> crear un grupo de trabajo que se encargaría de proponer los temas que podrían incluirse en su programa de trabajo a largo plazo. La Mesa Ampliada propone que los miembros de la Comisión pertenecientes a cada uno de los cinco grupos regionales se reúnan para nombrar cada uno a un representante en ese grupo de trabajo. Este elegirá su propio presidente.

*Se levanta la sesión a las 18.30 horas.*

<sup>6</sup> Véase *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pag. 117, párr. 557

## 2096.ª SESIÓN

*Miércoles 3 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Comité de Redacción

1. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que, teniendo en cuenta las consultas celebradas, propone que el Comité de Redacción quede integrado por los siguientes miembros: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Díaz González, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi y Sr. Solari Tudela. El Sr. Bennouna sería miembro *ex officio* en su calidad de Relator de la Comisión.

*Así queda acordado.*

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> [A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.3]**

[Tema 5 del programa]

### SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra) y

ARTÍCULO 14 (Crímenes contra la humanidad)

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

2. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su séptimo informe sobre el tema (A/CN.4/419) y los proyectos de artículos 13 y 14<sup>4</sup> en él contenidos, que dicen:

### CAPÍTULO II

### CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

[...]

#### Artículo 13.—Crímenes de guerra

##### PRIMERA VARIANTE

a) Toda violación [grave] de las leyes o usos de la guerra constituye un crimen de guerra.

b) A los efectos del presente Código, se entiende por «guerra» todo conflicto armado internacional o no internacional, tal como se define en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I de 8 de junio de 1977, adicional a estos Convenios.

##### SEGUNDA VARIANTE

a) A los efectos del presente Código, toda violación [grave] de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados constituye un crimen de guerra.

b) Se entiende por «normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados» las normas enunciadas en los acuerdos internacionales en que participan las partes en el conflicto, así como los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos aplicables a los conflictos armados.

#### Artículo 14.—Crímenes contra la humanidad

Constituyen crímenes contra la humanidad:

1. El genocidio, es decir, todo acto perpetrado con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, en especial:

- i) la matanza de miembros del grupo;
- ii) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- iii) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- iv) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- v) el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

2. (PRIMERA VARIANTE) El *apartheid*, es decir, los actos definidos en el artículo II de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, de 1973, y, de manera general, la institución de todo sistema de gobierno basado en la discriminación racial, étnica o religiosa.

2. (SEGUNDA VARIANTE) El *apartheid* incluye las políticas y prácticas de segregación y discriminación raciales [tal como se practican en el África meridional] y comprende los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona:

- i) mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;
- ii) mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- iii) mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

<sup>4</sup> Texto revisado de los proyectos de artículos 13 y 12, respectivamente, presentado por el Relator Especial en 1986 en su cuarto informe [*Anuario* 1986, vol. II (primera parte), págs. 88 y 89, documento A/CN.4/398]



b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a los miembros de los mismos;

e) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f) La persecución de las organizaciones y las personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales.

3. La esclavitud, o cualquier otra forma de servidumbre, en particular el trabajo forzoso.

4. a) La expulsión de poblaciones de su territorio o su traslado forzoso;

b) El establecimiento de colonos en un territorio ocupado;

c) La modificación de la composición demográfica de un territorio extranjero.

5. Cualesquiera otros *actos inhumanos* perpetrados contra los elementos de una población o contra individuos por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, en especial, el asesinato, la deportación, el exterminio, las persecuciones o la destrucción masiva de sus bienes.

6. Todo daño grave e intencional causado a un bien de interés vital para la humanidad, como el medio humano.

3. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que su séptimo informe (A/CN.4/419) versa sobre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, cuestiones que la Comisión ya ha debatido extensamente. El informe tiene esencialmente por objeto proponer textos concretos para el proyecto de artículo 13, sobre los crímenes de guerra, y el proyecto de artículo 14, sobre los crímenes contra la humanidad. El informe también contiene una breve reseña de discusiones doctrinales sobre la materia y de debates anteriores, destinada sobre todo a los miembros de la Comisión elegidos más recientemente que no han podido asistir a todos los debates celebrados en la Comisión sobre el presente tema. Dichos miembros pueden, por supuesto, plantear cuestiones de principio en relación con el debate sobre los proyectos de artículos 13 y 14, pero no hay necesidad de reabrir el debate general.

4. El proyecto de artículo 13 plantea tres problemas relativos a la definición, la terminología y la cuestión de si es necesario cierto grado de gravedad para que una infracción constituya un crimen de guerra.

5. Por lo que respecta al primer punto, hay que escoger entre una enumeración exhaustiva de los crímenes de guerra o una definición general. Ahora bien, una lista verdaderamente exhaustiva es prácticamente imposible. En el Convenio de La Haya (IV) de 1907<sup>5</sup> se recurrió a la célebre cláusula de Martens (*ibid.*, párr. 5), en virtud de

la cual actos no enumerados específicamente en el Convenio pueden ser considerados violaciones de las leyes de la guerra si han violado los principios del derecho de gentes. En el proyecto de código de 1954, la Comisión evitó el planteamiento enumerativo y aprobó una definición general de los crímenes de guerra como los «actos cometidos violando las leyes o usos de la guerra» (art. 2, párr. 12), atendiendo el consejo del Sr. Spiropoulos, a la sazón Relator Especial, que instó a la Comisión a que dejara al juez la tarea de investigar si lo que se sometía a su examen era un crimen de guerra (A/CN.4/419, párr. 7).

6. Una definición general coincidiría con las sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>6</sup>, según las cuales el derecho de la guerra se encuentra en los usos y prácticas que han obtenido progresivamente un reconocimiento universal y en los principios generales de justicia aplicados por los juristas y puestos en práctica por los tribunales militares. Eminentes juristas que han examinado el problema se han mostrado de acuerdo también en que una lista exhaustiva de los crímenes de guerra es imposible. Por todos esos motivos, el Relator Especial propone las definiciones generales de crímenes de guerra que figuran en las dos variantes del apartado a del artículo 13.

7. El segundo problema es un problema de terminología. Se ha señalado que la expresión «crimen de guerra» está anticuada y que la palabra «guerra» se debe sustituir por las palabras «conflicto armado». Sin embargo, un número muy grande de convenios y otros instrumentos internacionales utilizan la expresión tradicional «leyes o usos de la guerra», que aparece concretamente en el Convenio de La Haya de 1907, en el estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>7</sup> (art. 6 b) y en el estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio)<sup>8</sup> (art. 5 b). En la primera variante propuesta para el artículo 13 se emplea el término tradicional de «guerra». En la segunda, el Relator Especial ha introducido el concepto de «conflicto armado» para sustituir el de «guerra». Corresponde a la Comisión optar entre esas dos variantes.

8. El tercer problema que plantea el artículo 13 es el de si es necesario cierto grado de gravedad para que una infracción sea considerada crimen de guerra. El Convenio de La Haya de 1907 y los estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio no contienen ninguna referencia a la cuestión de la gravedad de la infracción. Lo mismo puede decirse de la Ley N.º 10 del Consejo de Control para Alemania<sup>9</sup> y del proyecto de código de 1954. El criterio de la gravedad figura en los Convenios de Ginebra de 1949<sup>10</sup> y en el Protocolo I<sup>11</sup> adicional a estos Convenios,

<sup>6</sup> Véase Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg Historique et analyse*, memorando del Secretario General (Nº de venta 1949 V 7)

<sup>7</sup> Estatuto anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 285)

<sup>8</sup> *Documents on American Foreign Relations*, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), Princeton University Press, 1948, págs. 354 y ss

<sup>9</sup> Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra contra la paz y la humanidad, promulgada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (Haute Commission alliée en Allemagne, *Répertoire permanent de législation*, Baden-Baden, 1950)

<sup>10</sup> Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, de 12 de agosto de 1949 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75) En español, véase Comité Internacional de la Cruz Roja,

(Continuación en la página siguiente)

<sup>5</sup> Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907, Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12ª ed., Ginebra, 1983, pág. 326

que en el párrafo 5 del artículo 85 especifica que las infracciones «graves» del derecho humanitario constituyen crímenes de guerra (*ibid.*, párrs. 18 y 19). En los debates anteriores a la aprobación del proyecto de código de 1954, la Comisión examinó la propuesta de uno de sus miembros, el Sr. Manley O. Hudson, de que se introdujese el elemento de gravedad en la definición de los crímenes de guerra<sup>12</sup>. El entonces Relator Especial, Jean Spiropoulos, objetó que consideraba «como crimen todas las violaciones de las leyes de la guerra»<sup>13</sup>.

9. El Relator Especial opina que la cuestión tiene que reexaminarse con sumo cuidado. Algunos fallos judiciales dictados inmediatamente después de la segunda guerra mundial consideraron crímenes de guerra ciertas infracciones penales de carácter relativamente poco importante, pero ello puede atribuirse al sentimiento imperante en esa época y al deseo de los tribunales de castigar al mayor número posible de las personas responsables de abusos durante la guerra. En la actualidad, la situación es diferente y la materia se puede abordar con otro estado de ánimo. El término «crimen» ya no se puede utilizar en el sentido amplio que se le atribuye en los instrumentos elaborados durante la segunda guerra mundial. En lo que concierne al presente proyecto de código, se trata de sancionar crímenes especialmente graves y odiosos. Las infracciones de menor gravedad deben quedar excluidas del ámbito de la definición de «crímenes de guerra», lo que no significa, por supuesto, que deban quedar sin castigo. El término «grave» figura entre corchetes en las dos variantes del apartado a del artículo 13. La Comisión tendrá que decidir si desea mantener ese adjetivo y, por consiguiente, el criterio de gravedad en la definición de los crímenes de guerra.

10. En cuanto al proyecto de artículo 14, el proyecto de código de 1954 no contiene la expresión «crímenes contra la humanidad» ni el término «genocidio», aunque aquella expresión figura en los estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, así como en la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado (*ibid.*, párr. 37). Las sentencias del Tribunal de Nuremberg también emplean la expresión «crímenes contra la humanidad», al igual que el apartado c del Principio VI de los Principios de Nuremberg<sup>14</sup> formulados por la Comisión en 1950. Así pues, hay que llenar esa laguna y utilizar en el proyecto de código la expresión «crímenes contra la humanidad». Los crímenes contra la humanidad se distinguen materialmente de los crímenes de guerra, que presuponen una situación de conflicto armado y están dirigidos contra los enemigos beligerantes. Los crímenes contra la humanidad se pueden cometer en cualquier momento, contra cualquier persona y, en especial, contra compatriotas.

11. Los diversos apartados del párrafo 1 del proyecto de artículo 14 enuncian actos concretos constitutivos de geno-

cidio. No hay que dar por sentado que «crímenes contra la humanidad» significa exclusivamente los actos de barbarie y malos tratos. La expresión abarca asimismo los tratos humillantes o degradantes. En relación con este punto, es interesante señalar el fallo dictado por la Corte Suprema de la Zona Británica en Alemania (*ibid.*, párr. 45).

12. Los atentados contra los bienes han sido considerados por los tribunales como crímenes contra la humanidad cuando tienen lugar en gran escala. En cuanto a los crímenes contra las personas, los Tribunales Militares Internacionales trataron ambos, los crímenes masivos y los crímenes contra individuos. Queda en pie si el criterio del «carácter masivo» es la única condición necesaria para que una infracción contra los bienes sea considerada crimen contra la humanidad.

13. El *apartheid* figura en el proyecto de artículo 14 porque, no obstante ciertas reservas de principio, la Comisión en general está de acuerdo plenamente en que debe ser considerado como un crimen contra la humanidad. Para atender las peticiones de algunos miembros, ha incluido también, en disposiciones separadas, la esclavitud y la expulsión en masa de poblaciones de su territorio.

14. Por último, espera que, en vez de reabrir un debate general, la Comisión centrará la discusión en los artículos del proyecto que acaba de presentar.

15. El Sr. TOMUSCHAT felicita al Relator Especial por su sucinto y lúcido séptimo informe (A/CN.4/419) y por la claridad de su presentación verbal.

16. Conviene plenamente en la necesidad de dar una definición general de crímenes de guerra en el proyecto de artículo 13. Una enumeración no sería nunca exhaustiva, especialmente teniendo en cuenta la rápida evolución del derecho humanitario.

17. De las dos variantes que se proponen para el artículo 13, prefiere la segunda. Para empezar, la guerra no es el único fenómeno al que se aplica el derecho humanitario. El concepto de conflicto armado, que con razón se ha introducido en todos los instrumentos recientes, contribuiría a evitar cualquier equívoco. Sería preferible atenerse a esa terminología moderna y que el proyecto de código se refiriese a los conflictos armados, a pesar de la explicación del Relator Especial de que el término «guerra» abarca todas las formas de conflicto armado. Otra razón para preferir la segunda variante es que, como el derecho humanitario se encuentra ahora perfectamente codificado, sería aconsejable prescindir de la referencia a los «usos de la guerra» y mencionar sólo las normas «aplicables en un conflicto armado». Esto es así especialmente en el delicado campo del derecho penal, donde es mejor contar con normas escritas.

18. No obstante, si la Comisión se inclina por la primera variante, el enunciado del apartado b debería reexaminarse teniendo en cuenta el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>15</sup> y el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I<sup>16</sup> adicional a estos Convenios que, según su interpretación, asimila los conflictos armados y los conflictos interestatales en el sentido tradicional. Sería aconsejable también, en relación con los conflictos no internacio-

(Continuación de la nota 10)

Manual de la Cruz Roja Internacional, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.

<sup>11</sup> Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1125, pág. 214).

<sup>12</sup> Véase *Yearbook of the International Law Commission* 1950, vol. I, págs. 148 y 149, 60.ª sesión, párrs. 12 y 21.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pág. 149, párr. 15.

<sup>14</sup> Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Texto reproducido en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), pag. 12, párr. 45.

<sup>15</sup> Véase nota 10 *supra*.

<sup>16</sup> Véase nota 11 *supra*.

nales, incluir una referencia al Protocolo II<sup>17</sup>, aunque ello pueda dar pie a polémica porque el Protocolo II no ha sido ratificado por muchos Estados.

19. Está de acuerdo en la necesidad de introducir el criterio de la gravedad en el proyecto de artículo 13, pero tiene que señalar a este respecto que la expresión francesa «violation grave» se ha traducido al inglés por «serious violation», mientras que los Protocolos adicionales emplean la expresión «grave breach» («infracción grave»). Si el texto francés del proyecto de código se ajusta al enunciado de los Protocolos adicionales, el texto inglés debe hacer lo mismo.

20. Se plantea otra cuestión de coordinación entre los Protocolos adicionales y el proyecto de código. Convertir cualquier infracción grave de las normas aplicables en un conflicto armado en un crimen de guerra quizás exceda de lo dispuesto en los Protocolos adicionales, que definen las infracciones graves muy restrictivamente. Por consiguiente, la Comisión tendrá que decidir si se debe poner el proyecto de código en consonancia con los dos Protocolos adicionales o si es conveniente una fórmula más general.

21. Está bien que el enunciado del párrafo 1 del proyecto del artículo 14, relativo al crimen de genocidio, no se aparte de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, que ha adquirido prácticamente fuerza de ley consuetudinaria.

22. La situación con respecto al *apartheid*, al que se refiere el párrafo 2, es más difícil, ya que la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* no ha sido aceptada todavía por todos los Estados. Fundamentalmente, está de acuerdo con la fórmula empleada en el párrafo 2 de la primera variante, que dice: «la institución de todo sistema de gobierno basado en la discriminación racial, étnica o religiosa». El *apartheid* es un fenómeno en vías de desaparición; Namibia obtendrá en breve la independencia como miembro de las Naciones Unidas y cabe pensar que el *apartheid* en Sudáfrica desaparecerá también. En vista de ello, pues, parece deseable un enunciado de carácter más amplio. Sin embargo, el Comité de Redacción podría examinar atentamente la cuestión y expresar con ejemplos concretos lo que abarcaría un enunciado amplio.

23. Pese a que la intención del Relator Especial de prohibir la esclavitud, en virtud del párrafo 3, sea laudable, el problema estriba en que, de conformidad con la legislación de la mayoría de los países, la esclavitud es un delito de derecho común y punible como tal. Sólo cuando es practicada por un Estado se sitúa entre los crímenes contra la humanidad. Por consiguiente, la Comisión tendrá que decidir si el proyecto de código debe limitarse a castigar los crímenes de derecho común o también los crímenes en cuya perpetración el Estado haya intervenido de una forma o de otra. La prohibición del trabajo forzoso, por supuesto, se remonta muy atrás en el contexto de la OIT, pero la expresión «trabajo forzoso» ha sido objeto de una interpretación tan amplia en la doctrina de esa organización que sería imposible, a su juicio, adoptarla en relación con el proyecto de código.

24. El párrafo 4 versa sobre tres crímenes cuya naturaleza criminal se reconoce desde hace mucho tiempo, e implícitamente a tenor de lo dispuesto en los artículos 43 y ss. del Reglamento anexo al Convenio de La Haya de 1907<sup>18</sup>, según los cuales la Potencia ocupante está obligada a respetar los derechos de la población. Según la doctrina moderna, la expulsión de poblaciones de su territorio o su traslado forzoso (párr. 4 a) supone una violación del derecho de los pueblos a la libre determinación en cuanto que destruye las bases mismas de ese derecho, a saber, el derecho de un pueblo a residir en el territorio que es suyo desde siempre. Señala a este respecto que, si bien la expulsión en masa de la población alemana de los territorios orientales en 1945 fue una reacción a los crímenes de guerra cometidos por la Alemania de Hitler, ese traslado era difícil de justificar en un mundo mejor donde los litigios se resuelven pacíficamente y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y en particular de su Artículo 33. Además, la Asamblea General ha condenado constantemente todos los actos de esa índole, tanto en el Oriente Medio, Chipre, Sudáfrica y Camboya como en cualquier otro lugar, y nunca se ha dejado influir por consideraciones políticas. Por consiguiente, apoya sin reservas el párrafo 4 del proyecto de artículo 14.

25. El párrafo 5 plantea dos cuestiones, la primera de las cuales es la de quién puede cometer esos «actos inhumanos». El párrafo 11 del artículo 2 del proyecto de código de 1954 dice que pueden ser perpetrados por «las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia». Este elemento se omite en el presente proyecto, que, por lo tanto, puede interpretarse en el sentido de abarcar cualquier acto privado. Cabe suponer que no es ésa la intención del Relator Especial, y este aspecto, por consiguiente, debe aclararse en el texto.

26. La segunda cuestión concierne a la necesidad del criterio del «carácter masivo». Hace suya la afirmación formulada en el informe del Relator Especial según la cual «a falta de carácter masivo, el acto individual debe constituir el eslabón de una cadena que pueda vincularse a un sistema o a un plan» (A/CN.4/419, párr. 67). Ese es un aspecto importante, que debe figurar en el texto mismo del artículo.

27. Conviene asimismo en la necesidad de proteger los bienes culturales y los monumentos históricos, pero también a este respecto no parece que el propósito del Relator Especial se exprese claramente en el texto, que debería ampliarse para dar protección especial al patrimonio cultural, arquitectónico y de otra índole.

28. El párrafo 6 afecta a cuestiones de derecho penal y debe ser lo más específico posible. Bastaría referirse solamente al «medio humano», prescindiendo de la expresión muy general de «bien de interés vital para la humanidad», y trazar así un claro paralelo entre esa disposición y el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>19</sup>.

29. El Sr. ROUCOUNAS acoge con satisfacción el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/419), que ofrece una nueva oportunidad de debatir la cuestión de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

<sup>17</sup> Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1125, pag. 642).

<sup>18</sup> Véase nota 5 *supra*.

<sup>19</sup> *Anuario* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

Limitará sus observaciones, por ahora, a los crímenes de guerra, una esfera en la que está de acuerdo en general con el planteamiento del Relator Especial, aunque ratifica la opinión de que el proyecto de código debería contener una definición general seguida de una lista de los crímenes de que se trata. Conviene mantener el equilibrio del proyecto, aunque reconoce la legitimidad de los argumentos del Relator Especial en favor de las variantes propuestas. Así pues, en el caso de los crímenes de guerra es conveniente conservar el paralelo con los crímenes contra la humanidad, que se enumeran, y hacer hincapié también en el aspecto disuasivo del instrumento, aun a riesgo de cierta repetición, como ya se ha señalado.

30. No conviene adoptar la definición contenida en el apartado *b* de la primera variante del proyecto de artículo 13, ya que las referencias específicas a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo adicional I tendrían por efecto limitar el objeto de los trabajos de la Comisión. Por otra parte, el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I ha suscitado dificultades de interpretación y se mantienen opiniones muy divergentes acerca de la definición de «conflicto armado internacional». Por consiguiente, sería preferible evitar las referencias directas a esos instrumentos.

31. El concepto de crimen de guerra plantea otra cuestión. Hay que reconocer que existe cierta duplicación entre el concepto de crímenes de guerra y el de infracciones graves del derecho humanitario, pero hay que tener presente que el concepto de «infracción grave» forma parte de la legislación internacional desde la adopción de los Convenios de 1949. Ha sido reafirmado por el Protocolo I y, por lo tanto, es necesario para garantizar la continuidad. Hay motivos para pensar que no todas las «infracciones graves» están comprendidas en la categoría de crímenes denominados crímenes de guerra.

32. Por lo que respecta a las leyes o usos de la guerra, mencionados en el apartado *a* de la primera variante del artículo 13, se puede citar como ejemplo el supuesto específico de las «órdenes superiores». Sería difícil indudablemente afirmar que ese concepto, aunque no figure en el Protocolo adicional I, no se rige por el derecho consuetudinario. Evidentemente, la falta de textos específicos no significa que no se apliquen las normas del derecho consuetudinario.

33. No puede por menos que estar de acuerdo en que hay que hacer hincapié en la gravedad de las infracciones. Lo mejor sería utilizar unos términos que reflejaran el concepto de crimen de guerra y mantener al mismo tiempo la palabra «graves» y la expresión «conflicto armado». En la mayoría de los casos, los crímenes de guerra constituyen crímenes graves contra el derecho humanitario. El proyecto de código versa sobre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el texto debería dejar bien sentado que tales crímenes son de la máxima gravedad. Este planteamiento sería conforme a la corriente de opinión que predomina en la colectividad internacional desde hace algunos años.

34. Finalmente, la Comisión debería examinar la inclusión de la expresión «conflicto armado», que designa no sólo los conflictos internacionales a que se refieren los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I, aunque tenga un alcance más amplio que el que se le atribuye en el Protocolo, sino también los conflictos de carácter no internacional, como la guerra civil. Si se apro-

bara el apartado *b* de la segunda variante del artículo 13, que es la que el orador prefiere, sería necesario estudiar atentamente el concepto de conflicto armado.

35. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que prefiere la definición de crímenes de guerra de la segunda variante del proyecto de artículo 13, que contiene una clara referencia al derecho internacional. Como algunos países en el pasado han codificado sus leyes de la guerra, hay cierta ambigüedad en la fórmula empleada en la primera variante. Sería mejor, sin embargo, especificar que las normas aplicables de derecho internacional incluyen los tratados y la costumbre, y sugiere que se incluya una salvedad como «escritas y no escritas».

36. Conviene en que sería difícil elaborar una lista exhaustiva de los actos constitutivos de crímenes de guerra, a causa de la rápida evolución de las nuevas tecnologías; cualquier lista de esta índole tendría que referirse a la función del derecho consuetudinario como complemento del derecho escrito. En cuanto al grado de gravedad de los crímenes de guerra, hay que dejar a salvo tanto los elementos de forma como los de fondo; el Estado beligerante que es víctima de tales crímenes debe conservar el derecho de perseguir a sus autores. Entiende que el propósito del Relator Especial al incluir entre corchetes la palabra «grave» es velar por que todas las violaciones de las leyes de la guerra queden comprendidas en la categoría de crímenes de guerra, como en el régimen actual.

37. El Sr. RAZAFINDRALAMBO felicita al Relator Especial por la claridad de su séptimo informe (A/CN.4/419) y por la evidente maestría con que trata la materia.

38. En el proyecto de artículo 14, el Relator Especial ha incluido una lista de actos constitutivos de crímenes contra la humanidad, pero no figura una lista equivalente de los crímenes de guerra en el proyecto de artículo 13. Ciertamente, una lista exhaustiva sería imposible, pero una lista indicativa restablecería en cambio el equilibrio entre ambos artículos.

39. En cuanto al proyecto de artículo 14, no es muy difícil definir los crímenes contra la humanidad, que ya fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones, en 1986<sup>20</sup>. Además, algunos de esos crímenes ya han sido penados en tratados específicos que los enumeran en detalle. Bastaría, pues, con reproducir esas listas en los artículos correspondientes del proyecto de código, como en el caso del artículo 12 (Agresión)<sup>21</sup>, aprobado provisionalmente en el anterior período de sesiones.

40. En 1986, el Relator Especial señaló en su cuarto informe<sup>22</sup> que la lista de actos enumerados en el párrafo 10 del artículo 2 del proyecto de código de 1954, sobre genocidio, era exhaustiva, mientras que la lista del párrafo 11 del artículo 2, sobre actos inhumanos, era sólo enunciativa. La esclavitud, por ejemplo, en el proyecto de 1986 no figuraba en forma separada, pero figura ahora en el proyecto de artículo 14 (párr. 3), así como otros tres nuevos crímenes: la expulsión de poblaciones de su territorio o su traslado forzoso, el establecimiento de colonos en un territorio ocupado y la modificación de la composición

<sup>20</sup> Véase *Anuario* 1986, vol II (segunda parte), págs 46 y ss., párrs 81 a 102.

<sup>21</sup> *Anuario* 1988, vol II (segunda parte), pág 71.

<sup>22</sup> *Anuario* 1986, vol II (primera parte), pág 55, documento A/CN.4/398.

demográfica de un territorio extranjero (párr. 4). Estos nuevos crímenes reflejan la reciente evolución del derecho internacional, y conviene analizar más a fondo la línea divisoria entre los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad. En cuanto al concepto de actos inhumanos, reconoce que puede aplicarse tanto a los delitos contra las personas como a los delitos contra los bienes.

41. Volviendo al texto del proyecto de artículo 13, es sin duda necesario especificar el sentido del término «guerra» utilizado en la primera variante. La fórmula «todo conflicto armado, internacional o no internacional» tiene la ventaja de figurar tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 como en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I adicional a estos Convenios, que se refiere también a las luchas de liberación nacional. La segunda variante es más explícita que la primera, pero no deja suficientemente claro que los conflictos no internacionales, como las luchas armadas libradas por movimientos de liberación nacional contra la dominación colonial, también están incluidos. Por otra parte, las palabras «los acuerdos internacionales en que participan las partes en el conflicto» (apartado *b*) parecen excluir a las entidades no estatales.

42. Por lo que respecta a la gravedad de los crímenes de guerra, está de acuerdo con el Relator Especial en que los únicos actos penados por la ley penal interna que se han de incluir en el artículo 13 deben ser los relativos a crímenes de guerra. La prohibición de ciertos métodos de guerra, como el uso de armas nucleares, figura ya en acuerdos internacionales y en el derecho internacional consuetudinario, así como en resoluciones de la Asamblea General. Por consiguiente, no es necesario mencionar tales métodos en la definición de crímenes de guerra.

43. Comparando el proyecto de artículo 14 con la lista no exhaustiva de crímenes contra la humanidad en el proyecto de artículo 12 presentado en el cuarto informe<sup>23</sup>, sugiere que se haga hincapié en las nuevas adiciones. Sin embargo, la enumeración de los actos de genocidio en el párrafo 1 reproduce en gran parte el texto del párrafo 10 del artículo 2 del proyecto de código de 1954 de manera no exhaustiva, lo que parece una buena solución. La misma lista figura en el artículo II de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

44. La definición de los actos de *apartheid*, enunciada en la segunda variante del párrafo 2, es preferible puesto que reproduce las disposiciones correspondientes del artículo II de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*. La aprobación de esa variante introduciría cierta coherencia en el proyecto de código, puesto que el artículo 12 (Agresión) se ha elaborado con arreglo al mismo método. Esas listas contribuyen a dar autonomía al código, aunque ha habido alguna oposición a la inclusión del crimen de *apartheid*.

45. Respecto al párrafo 3, comparte las reservas expresadas acerca de la inclusión del trabajo forzoso, concepto muy amplio que ya es objeto de dos convenios de la OIT<sup>24</sup>. En cuanto al párrafo 4, el Comité de Redacción debería

reunir bajo una cláusula de encabezamiento única los crímenes allí enumerados.

46. Los «actos inhumanos» mencionados en el párrafo 5 han sido tomados del párrafo 11 del artículo 2 del proyecto de código de 1954, con la adición de la destrucción masiva de los bienes de la población. El concepto de atentados contra los bienes no es nuevo; los bienes culturales ya están protegidos por las actividades normativas de la UNESCO y por el apartado *d* del párrafo 4 del artículo 85 del Protocolo I<sup>25</sup> adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Ha habido recientemente muchos casos de destrucción masiva de hogares por razones políticas, raciales o religiosas; por eso es partidario de la redacción propuesta del párrafo 5.

47. Es partidario también de la inclusión de «todo daño grave e intencional causado a un bien de interés vital para la humanidad, como el medio humano» en el párrafo 6.

48. Finalmente, cree que los proyectos de artículos 13 y 14 podrían remitirse al Comité de Redacción.

49. El Sr. BOUTROS-GHALI dice que está de acuerdo con los miembros de la Comisión que son partidarios de la inclusión de una lista de los crímenes de guerra en el proyecto de artículo 13. La razón principal no es de orden jurídico: es preciso educar a la opinión pública, que se mostraría sensible a una lista de esa índole. Evidentemente, la lista tendría que ser indicativa y no exhaustiva.

50. El Sr. ROUCOUNAS opina que no cabe ninguna duda de que las dos variantes de la definición de los crímenes de guerra del proyecto de artículo 13 comprenden los actos perpetrados en conflictos armados en que intervienen movimientos de liberación nacional. En realidad, varios de esos movimientos son partes en instrumentos de derecho humanitario internacional.

51. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que el Sr. Tomuschat quizás haya sido demasiado optimista al expresar la opinión de que la liberación de Namibia llevaría a Sudáfrica a abandonar su política de *apartheid*. La definición del *apartheid* como crimen contra la humanidad debe abarcar los supuestos que puedan darse en el futuro. En realidad, el *apartheid* constituye ya un conjunto de crímenes e infracciones penales, y la definición debe ser amplia.

52. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que es precisamente por este motivo por lo que las palabras «tal como se practica en el África meridional» figuran entre corchetes en la segunda variante del párrafo 2 del proyecto de artículo 14.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

<sup>23</sup> Véase nota 11 *supra*

## 2097.ª SESIÓN

*Viernes 5 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFERATH

*Miembros presentes:* Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero

<sup>23</sup> Véase nota 4 *supra*

<sup>24</sup> Convenio N.º 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, y Convenio N.º 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso, adoptados por la Conferencia General de la OIT el 28 de junio de 1930 y el 25 de junio de 1957, respectivamente (Organización Internacional del Trabajo, *Convenios y recomendaciones, 1919-1966*, Ginebra, 1966, págs. 165 y 953)

Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación) [A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.3]**

[Tema 5 del programa]

**SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)**

ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra) y

ARTÍCULO 14 (Crímenes contra la humanidad)<sup>4</sup> (continuación)

1. El Sr. BARSEGOV advierte que los informes del Relator Especial presentan la particularidad de ofrecer una serie de alternativas en lo que se refiere al fondo de los problemas. Se esté o no de acuerdo con sus conclusiones, hay que reconocer que sienta las bases de un intercambio de pareceres fructuoso.

2. Entre las cuestiones que plantea en su séptimo informe (A/CN.4/419), una de las más decisivas es la de la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, así como de sus elementos constitutivos. El Sr. Barsegov se ha pronunciado ya a favor del establecimiento de definiciones precisas y de listas tan completas como sea posible. Comparte en este aspecto el parecer del Sr. Roucounas, el Sr. Razafindralambo y el Sr. Boutros-Ghali (2096.<sup>a</sup> sesión). Estas listas tienen en efecto una función dinámica muy importante y al mismo tiempo un poder de prevención. Dicho esto, no se puede establecer una lista más que a partir de características precisas y de criterios de clasificación firmes y estables. Habría que indicar debajo de cada epígrafe (crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad) cuáles son los actos expresamente previstos, lo cual haría que el código fuese más preciso y más eficaz en el plano político y jurídico. Es inútil prever tres categorías o tratar de incluir determinado acto bajo cierta rúbrica si no se dispone antes de una definición precisa y se desconoce lo que abarca exactamente cada categoría.

3. Por lo que toca a los crímenes de guerra, el Relator Especial propone dos variantes para el proyecto de artículo 13, la primera de las cuales se basa en las definiciones contenidas en el artículo 2 de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I adicional a esos Convenios. El Sr. Barsegov preferiría una solución en la que se combinen las dos variantes: abarcaría

a la vez las guerras internacionales y los conflictos armados vinculados a la liberación de los pueblos y no dejaría de mencionar la violación del derecho y los usos de la guerra, siguiendo el planteamiento que se refleja en el apartado b de la segunda variante.

4. La elaboración de una lista exhaustiva de los crímenes de guerra es sumamente difícil, pero, no obstante, éste es el objetivo a que se ha de aspirar. Sería en particular inaceptable que en el proyecto de código se adoptara la técnica enumerativa para ciertas categorías de crímenes y no para otras. Hay que tratar los crímenes de guerra del mismo modo que los demás. Contentándose con remitirse a los textos en vigor, se corre el peligro de debilitar el proyecto de código. Por lo que se refiere al artículo 13, lo mejor sería proceder como en el párrafo 1 del artículo 14, que señala los diversos aspectos que puede presentar el genocidio, y como en la segunda variante del párrafo 2, que expone los actos que constituyen *apartheid*.

5. Aunque el proyecto de artículo 14, relativo a los crímenes contra la humanidad, se presenta en la forma que el Sr. Barsegov quisiera dar al artículo 13, no proporciona ninguna definición general de su objeto, siendo así que esta definición es decisiva para llevar adelante los trabajos de la Comisión. Antes de tratar de precisar el contenido de esta categoría de crímenes, habría que definir la expresión «crimen contra la humanidad».

6. En inglés, lo mismo que en francés y ruso, el término «humanidad» puede significar a la vez el género humano y esa noción moral cuyo antónimo es «inhumano». Esta ambigüedad terminológica traduce bien el problema conceptual. Para obviarla, hay que remontarse a los orígenes. En su informe (A/CN.4/419, párr. 35), el Relator Especial cita la *War Crimes Commission* de las Naciones Unidas, establecida en 1943, que propuso designar este tipo de crímenes con el nombre de «crímenes contra la humanidad», los cuales presentaban características originales que les distinguían en ciertos aspectos de los crímenes de guerra. Pero hay que ir todavía más lejos y remontarse a 1915: es efectivamente en esa época que según la Enciclopedia de Derecho Internacional, publicada por el Instituto Max Planck, el término «crimen contra la humanidad» aparece por primera vez para calificar los actos del Gobierno turco contra la población armenia. ¿Qué sentido se atribuía entonces a la expresión? Deseosos de intervenir y de poner fin a la matanza de armenios, los Gobiernos de Rusia, Francia y Gran Bretaña publicaron, el 13 de mayo de 1915, unas declaraciones idénticas en las que los crímenes de esta índole se calificaban de «crímenes contra la humanidad», en el sentido de «género humano». Inicialmente, el proyecto ruso hablaba de «crímenes cometidos contra la cristiandad y la civilización», cosa que añadía un matiz religioso. Francia y Gran Bretaña, cuyos imperios contaban con gran número de musulmanes, tenían interés en ampliar la definición y, el 24 de mayo de 1915, Rusia aceptó modificar su texto reemplazando esa expresión por la de «crímenes contra la humanidad y la civilización», con lo que quedó consagrada en adelante en la idea de «género humano».

7. Parece ser que 30 años más tarde, en el momento de la elaboración del estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2096.<sup>a</sup> sesión, párr. 2.

<sup>5</sup> Véase 2096.<sup>a</sup> sesión, nota 7.

se modificó la expresión rusa a raíz de una traducción sin duda desafortunada. Ello dio una orientación «humanitaria» a la evaluación de los crímenes por el Tribunal.

8. El resultado de esta confusión se advierte todavía hoy en los textos rusos: el uso es vacilante, como puede verse incluso en la documentación oficial. En todo caso, se habla de «humanidad» en el sentido de «género humano». Se advierten contradicciones idénticas en las demás lenguas, tal vez de modo menos patente. De esta manera, en el informe que se examina se encuentran la noción de «acto inhumano» (*ibid.*, párr. 43) y la noción de perjuicio a toda la humanidad (*ibid.*, párrs. 47 y ss.).

9. Se impone, pues, un intercambio de pareceres para suprimir todo equívoco y asegurar la concordancia en todos los idiomas. No basta con declarar «inhumanos» crímenes como el genocidio, el *apartheid* y los atentados contra el patrimonio cultural o el medio ambiente, incluso si los actos de que se trata van acompañados de atrocidades. En efecto, no siempre ocurre así: se puede hacer desaparecer una cultura, un elemento del medio ambiente e incluso destruir un grupo de población en cuanto tal sin una matanza ni actos de violencia, por medios más refinados. Se conocen ejemplos de desplazamientos masivos de población generados por la simple perspectiva de un futuro mejor. Por otra parte, se corre el riesgo de introducir una confusión, en la medida en que todos los crímenes de guerra son también inhumanos. El arma química y el arma nuclear lo muestran plenamente. ¿Cómo distinguir en el caso de estas armas entre el crimen de guerra y el genocidio sobre la base del criterio de la «inhumanidad»? Como se ha dicho, «todo crimen es inhumano»; pero ¿qué hay de más inhumano que la violación del derecho de la guerra?

10. Según el Relator Especial (*ibid.*, párr. 40), un crimen de guerra se comete en tiempo de guerra, mientras que un crimen contra la humanidad se produce ya sea en tiempo de guerra, ya sea en tiempo de paz y puede afectar no solamente a una población extranjera, sino también a la población civil del Estado. Habría que hablar, por una parte, de «crímenes en tiempo de guerra» y, por otra, de «crímenes en tiempo de guerra o en tiempo de paz» si se quiere tomar como base este criterio.

11. En el proyecto de código de 1954, la Comisión establecía la diferencia entre el genocidio y los «actos inhumanos» (asesinatos, persecuciones, deportaciones, etc.) enumerados en el párrafo 11 del artículo 2. Es evidente que estos actos «inhumanos» figuran también en el genocidio, que es, pues, en sí mismo, un acto «inhumano». Pero hay una diferencia de principio y de intención entre el genocidio y el crimen de guerra, diferencia que fue señalada por la Comisión desde 1954.

12. Aparte de estas consideraciones terminológicas, el Sr. Barsegov introduce en el debate un análisis más propiamente jurídico: el crimen contra la humanidad se dirige a la eliminación parcial o total —por ejemplo, en el caso del genocidio— de una parte de la humanidad, y debe ser perseguido por todos los Estados aun cuando la legislación interna del Estado de que se trate no lo condene. Este principio tiene precedentes en derecho internacional: cuando los piratas constituyeron una amenaza para los intereses del mundo entero, la piratería fue considerada como algo que ponía en peligro el conjunto de la sociedad humana. Todos los piratas fueron declarados fuera de la ley en todos los países y cada barco debía armarse contra ellos. Es una

concepción que se encuentra incluso en el artículo 14 de la Convención sobre la alta mar, de 1958<sup>6</sup>.

13. A partir de todo ello habrá que elaborar una definición del crimen contra la humanidad, tomado en el sentido de crimen contra el género humano. Como la expresión abarca el genocidio y el *apartheid*, habrá que precisar el perjuicio que sufre la humanidad: la eliminación de una población para asegurar en tal territorio la supremacía de otro grupo. Este planteamiento facilitaría la distinción entre los diversos crímenes comprendidos dentro de esta materia.

14. El Relator Especial propone que se incluya como crimen contra la humanidad, en el párrafo 6 del artículo 14, «todo daño grave e intencional causado a un bien de interés vital para la humanidad, como el medio humano». El Sr. Barsegov señala a este respecto que la noción de seguridad internacional, tal como la entiende la doctrina soviética, comprende la seguridad ecológica: incluir una disposición de esta índole en el código contribuiría ciertamente a garantizar esta seguridad ecológica. Tal vez fuera conveniente considerar estos actos como una categoría específica de crímenes ecológicos, pero como, al mismo tiempo, son perjudiciales para la vida y la salud de grupos de población muy numerosos e incluso de la humanidad en general, tal vez procedería asimismo considerarlos como crímenes contra la humanidad y, por consiguiente, tenerlos en cuenta en la definición general.

15. El Sr. Barsegov subraya los vínculos estrechos que existen entre el genocidio y el *apartheid* por una parte y los actos previstos en el párrafo 4 del artículo 14 por otra: la expulsión de poblaciones de su territorio o su traslado forzoso, el establecimiento de colonos en un territorio ocupado y la modificación de la composición demográfica de un territorio extranjero. Como muestra la historia, estos actos están presentes también en el genocidio, del cual constituyen a veces el medio (colonización o deportación), o bien el fin (modificación de la composición demográfica de un territorio). Considerando que, como se desprende de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, éste no se produce necesariamente en el territorio extranjero, sino que puede también cometerse dentro del ámbito de las fronteras nacionales, el Sr. Barsegov propone que se modifique el inciso c del párrafo 4 de modo que diga «composición demográfica de un territorio extranjero o de un territorio situado dentro de los límites de las fronteras del Estado», o bien «composición demográfica del territorio de un grupo de población», para mostrar claramente que el crimen puede perpetrarse también en el interior de las fronteras del Estado. En lo que se refiere a la deportación, la expulsión de poblaciones de su territorio o su traslado forzoso, se encuentran disposiciones claras en las decisiones del Tribunal de Nuremberg; de todos modos convendría meditar aquí acerca de la distinción que deba establecerse entre los traslados de población efectuados dentro del marco de acuerdos de paz y los que se realizan con fines de genocidio.

16. Por último, en la expresión «daños a los bienes», parece que la palabra «bien» tuviera a la vez el sentido de «cosa, objeto de un derecho de propiedad» y de «valor». Pero, tratándose de crímenes contra la humanidad, la amplitud de los daños a los bienes debe precisarse. En su

<sup>6</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 450, pág. 115



informe (*ibid.*, párr. 48), el Relator Especial dice que se puede plantear la cuestión de si los daños a los bienes presentan un carácter de gravedad suficiente para ser considerados como crímenes contra la humanidad, y que los textos existentes no prevén específicamente estos atentados. El Relator Especial indica más adelante (*ibid.*, párr. 49) que la jurisprudencia ha solventado la cuestión en favor de la tipificación del atentado masivo contra los bienes, con el ejemplo de la multa colectiva impuesta a los judíos alemanes en 1938. El problema se plantea muy precisamente en el párrafo 5 del artículo 14, en que se consideran como crimen contra la humanidad las destrucciones masivas de bienes. En este mismo párrafo se habla de actos inhumanos perpetrados contra los elementos de una población o contra individuos «por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales». El Sr. Barsegov opina que, más que «motivos» —término que abarca elementos subjetivos—, sería preferible emplear la palabra «objetivos» o la palabra «fines». En particular, habría que hablar de vínculos entre los atributos a los bienes y el genocidio, examinando lo que ocurre en la práctica cuando un pueblo víctima del genocidio y del *apartheid*, y privado de tierras y de casas, se ve obligado a emigrar y queda de este modo modificada la composición demográfica y eliminado un grupo nacional.

17. Finalmente, el Sr. Barsegov piensa también que habría que considerar como crimen contra la humanidad, al igual que el *apartheid* y el genocidio, la destrucción de los monumentos de valor histórico, en los que está encarnada la memoria de toda una población. Se trata acaso de una categoría particular de crímenes —crímenes contra la civilización—, pero existen, también en este caso, vínculos estrechos entre estos crímenes y la destrucción de grupos étnicos y religiosos: todos son crímenes contra la humanidad, esto es, contra el género humano.

18. El Sr. CALERO RODRIGUES señala ante todo que los proyectos de artículos 13 y 14 presentados por el Relator Especial en su séptimo informe (A/CN.4/419) no son totalmente nuevos, puesto que recogen, con ciertas modificaciones, los artículos 13 y 12, respectivamente, propuestos en el cuarto informe, en 1986<sup>7</sup>.

19. En el proyecto de artículo 13, al que el Sr. Calero Rodrigues limitará su intervención, se proponen dos variantes y, en una y en otra, el adjetivo «grave» que califica «la violación» figura entre corchetes, cosa que no se hacía en el proyecto de artículo 13 presentado en el cuarto informe. El Sr. Calero Rodrigues considera indispensable mantener este adjetivo, a fin de evitar que las violaciones menores de las normas de los conflictos armados queden comprendidas dentro de las disposiciones del código. El Sr. Calero Rodrigues recuerda a este propósito que la Comisión ha tomado una decisión de principio sobre el hecho de que los crímenes contra la paz y la seguridad deben ser los delitos más graves. Recuerda, además, que los Convenios de Ginebra de 1949<sup>8</sup> distinguen entre las infracciones graves y los demás actos contrarios a sus disposiciones, y que unos y otros llevan consigo consecuencias jurídicas diferentes. El Protocolo I<sup>9</sup> adicional a esos Convenios recoge esta distinción; precisa incluso en

el párrafo 5 del artículo 85 que, «sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra».

20. Las consideraciones que el Relator Especial dedica a la gravedad de los crímenes de guerra y a la distinción entre crímenes de guerra e infracciones graves (*ibid.*, párrs. 15 a 27) son interesantes, pero les falta una conclusión, y a veces giran en torno de cuestiones que no son esenciales. ¿Es realmente necesario, por ejemplo, multiplicar los argumentos para probar que, si bien toda infracción grave del derecho humanitario constituye un crimen de guerra, no puede decirse lo mismo en el caso contrario? De lo que se trata más bien es de saber si una infracción sin gravedad puede considerarse como un crimen de guerra. El Relator Especial, sin detenerse sobre este punto, parece por lo demás llegar a la conclusión correcta cuando dice (*ibid.*, párr. 22): «no cabe imaginar que los hechos que no ofrezcan un grado elevado de gravedad puedan considerarse como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad». Compartiendo este punto de vista, el Sr. Calero Rodrigues es partidario de suprimir los corchetes en el artículo 13, sea cual fuere la variante que se adopte.

21. Mientras que el proyecto de artículo 13 presentado en 1986 proporcionaba una lista indicativa de los actos que constituyen crímenes de guerra, el Relator Especial se contenta en su séptimo informe con una definición general: es un método que el Sr. Calero Rodrigues aprueba. Incluso los miembros de la Comisión que desde el comienzo del actual período de sesiones se han pronunciado en favor de una lista, reconocen que esa lista no podría ser exhaustiva. Ahora bien, una lista puramente indicativa no ofrecería gran utilidad y en todo caso carecería de interés jurídico, puesto que no permitiría llegar al grado de precisión necesario en derecho penal. Por eso, el Sr. Calero Rodrigues espera que la Comisión, en vez de emprender una tarea imposible, se contentará con una definición general.

22. De las dos variantes propuestas, el Sr. Calero Rodrigues prefiere la segunda, con algunos pequeños ajustes de forma que podría resolver el Comité de Redacción. La expresión tradicional «leyes o usos de la guerra», que figura en la primera variante, ya no es satisfactoria, pues con la evolución del derecho internacional, la noción de «guerra» se extiende en adelante a situaciones que no son de guerra en el sentido tradicional de la expresión. Esta expresión no puede comprenderse hoy, por consiguiente, si no va acompañada de una interpretación en la que se tenga en cuenta cierto número de instrumentos internacionales. En cambio, la expresión «conflicto armado» es clara y precisa y no exige explicación alguna. La definición de los crímenes de guerra como violaciones de las «normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados» tiene en cuenta a la vez el derecho convencional (derecho escrito) y el derecho consuetudinario (no escrito), así como todos los tipos de conflictos armados, en la medida en que les sea aplicable el derecho internacional. La distinción aludida por el Sr. Roucouas (2096.<sup>a</sup> sesión) entre conflictos armados internacionales y no internacionales, si bien es interesante, pierde su utilidad si se adopta la segunda variante. En ese caso, en efecto, desde el momento en que las normas de derecho internacional son aplicables a un conflicto armado, todo compor-

<sup>7</sup> Véase 2096.<sup>a</sup> sesión, nota 4

<sup>8</sup> *Ibid.*, nota 10

<sup>9</sup> *Ibid.*, nota 11



tamiento que infrinja gravemente esas normas constituye un crimen de guerra, independientemente de que el conflicto sea internacional o no

23 De aprobarse la primera variante, en la que los crímenes de guerra se definen como violaciones de las «leyes o usos de la guerra», habría que precisar la interpretación que debe darse al término «guerra». Ahora bien, las explicaciones que figuran en el inciso *b* de esta primera variante son insuficientes, y habría que agregar a los textos citados el Protocolo II<sup>10</sup> adicional a los Convenios de Ginebra y quizá también el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, pues allí es donde se encuentran las disposiciones relativas a los conflictos no internacionales. En efecto, el Protocolo I se aplica a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales —es decir, a las situaciones previstas en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, pero también a los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera o contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (art. 1, párr. 4)—, conflictos que han sido «internacionalizados» por ese Protocolo. Por su parte, el Protocolo II, que se aplica a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de una parte contratante, a condición de que esos conflictos se desarrollen entre «sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo» (art. 1, párr. 1). Pero no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia que no se consideran conflictos armados (art. 1, párr. 2).

24 En cambio, si se adopta la definición propuesta en la segunda variante, no hace falta ninguna explicación. E incluso el inciso *b* de esa variante parece superfluo, pues cae de su peso que las «normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados» son las que las partes están obligadas a respetar, bien porque las hayan aceptado expresamente, o bien porque esas normas formen parte del derecho internacional general.

25 Por las razones que acaba de exponer, el Sr. Calero Rodríguez es partidario de remitir la segunda variante del artículo 13 al Comité de Redacción.

26 El Sr. PAWLAK dice que, puesto que la guerra y la agresión han sido puestas fuera de la ley por la Carta de las Naciones Unidas, que prohíbe el recurso a la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de todo Estado (Art. 2, párr. 4), salvo en caso de legítima defensa individual o colectiva (Art. 51), cabría pensar que hoy las normas que rigen la dirección de la guerra han perdido su razón de ser y que los esfuerzos de la Comisión para definir los crímenes de guerra no tienen más que un interés académico. Pero no es así, y todo el mundo sabe que prohibir la fuerza no basta para impedir la guerra. Es importante, pues, que cuando se produce una guerra, se conduzca ésta en confor-

midad con el derecho de la guerra, cuyas disposiciones más importantes son las relativas a las cuestiones humanitarias. Es importante que estas normas sean las mismas en caso de conflicto entre Estados y en caso de guerra civil, en vista de que los medios empleados en los dos casos son idénticos o casi idénticos, y que se aplican de igual modo a todas las partes en el conflicto, es decir, al agresor y al agredido.

27 Para definir los crímenes de guerra hay que tener en cuenta además la situación del mundo contemporáneo, donde la mayoría de las veces las guerras entre Estados son sustituidas por conflictos locales o regionales donde coexisten luchas militares internas y externas, como en las guerras de Indochina, o también en los conflictos que afligen a ciertas regiones de África o de América Central. Por eso la expresión «conflictos armados», más amplia que el término «guerra», es preferible a éste.

28 Por ser partidario de una definición general y amplia de los crímenes de guerra, que se aplica a los crímenes cometidos en todos los conflictos armados en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I adicional a esos Convenios, el Sr. Pawlak prefiere la segunda variante del proyecto de artículo 13 presentado por el Relator Especial, sin perjuicio de algunas mejoras de forma, de las que podría ocuparse el Comité de Redacción. De todos modos, señala a la atención del Relator Especial la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, que no está citada en el séptimo informe (A/CN.4/419), y que sería útil consultar para resolver ciertos problemas de definición.

29 Lo importante es tener presente que las partes que se oponen en un conflicto armado no tienen derecho a utilizar todos los medios disponibles. En virtud de la célebre cláusula Martens (*ibid.*, párr. 5), incluso en defecto de disposiciones expresas, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes, como se establece en el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo adicional I. Por otro lado, los medios utilizados en los conflictos armados deben limitarse al objetivo principal de la guerra, es decir, a vencer al enemigo, de donde se desprende que las poblaciones de las partes en conflicto deben estar particularmente protegidas y que los crímenes cometidos contra las personas civiles son los más graves.

30 En conclusión, el Sr. Pawlak es partidario de utilizar la expresión «conflictos armados» interpretada en el sentido de designar también los conflictos internos, con la exclusión no obstante de los actos de terrorismo interno o de bandidaje. En cuanto a la gravedad de los crímenes de guerra, el orador no juzga necesario calificar de «graves» las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra o de las normas aplicables en los conflictos armados. Incumbe a los tribunales apreciar la gravedad de los crímenes.

31 Pasando a referirse al proyecto de artículo 14, sobre crímenes contra la humanidad, el Sr. Pawlak dice que comparte en muchos aspectos el parecer del Sr. Barsegov sobre el sentido que debe darse al término «humanidad». Por lo demás, suscribe de modo general la cuestión planteada por el Relator Especial en su séptimo informe, así como la idea expresada en el párrafo 32 y desarrollada en los párrafos 43 a 46 y 50. Por las razones expuestas por el Relator Especial, a la luz de la experiencia de Polonia,

<sup>10</sup> *Ibid.*, nota 17.

que fue ocupada durante cerca de seis años por la Alemania nazi, opina que la noción de acto inhumano puede aplicarse a los daños contra las personas y contra los bienes. El mundo no debe volver a presenciar nunca humillaciones, confiscaciones, destrucciones semejantes a aquellas de que fue víctima Polonia.

32 El Sr Pawlak prefiere la segunda de las dos variantes propuestas para el párrafo 2. Opina que el «trabajo forzoso», que se cita en el párrafo 3, podría ser objeto de un párrafo aparte.

33 El párrafo 4 suscita por su parte dos observaciones. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, la expresión «su territorio» es imprecisa. ¿se trata del «territorio ocupado» o del «territorio de su Estado o país», o incluso de las «tierras de esas poblaciones»? El Sr Pawlak sería partidario de la expresión «territorio ocupado». En segundo lugar, considera que el ejemplo ofrecido por el Sr Tomuschat (2096ª sesión) en apoyo de la expresión «la expulsión de poblaciones» está fuera de lugar. Si no ha comprendido mal, el Sr Tomuschat ha hablado de «la expulsión masiva de la población alemana de territorios orientales», diciendo que se trataba de una violación de la Convención de La Haya de 1907. Ahora bien, en el Acuerdo de Potsdam, firmado el 2 de agosto de 1945 por Stalin, Truman y Attlee, no se trataba ni de expulsiones en masa ni de «territorios orientales», sino de «el traslado [...] de poblaciones alemanas, o elementos de ellas, que quedaban en Polonia, Checoslovaquia y Hungría». En el caso de Polonia, el traslado de la población que estaba previsto entraba dentro del marco de una solución pacífica de la cuestión territorial, que se desprendía de las decisiones adoptadas por los aliados con respecto a la delimitación de la frontera germano-polaca. En virtud del Acuerdo de Potsdam y a raíz de las decisiones adoptadas por los Aliados, de acuerdo con las autoridades polacas, la población alemana de Polonia, en su conjunto, fue sistemáticamente trasladada a las zonas soviética y británica. En 1946, salieron de Polonia 1 632 000 alemanes, en 1947, 538 000, y en 1948, 42 000. Este traslado de población, que pudo ser doloroso, se efectuó en virtud de un acuerdo internacional y no puede considerarse, pues, como un crimen en el sentido del proyecto de código.

34 El Sr BOUTROS-GHALI dice que, de las dos variantes propuestas para el párrafo 2 del proyecto de artículo 14, opta por la segunda, que corresponde a lo que él expuso en la sesión anterior sobre la acción dinámica de una lista ilustrativa. Pero considera que habría que suprimir las palabras entre corchetes «tal como se practican en el África meridional», por dos razones. La primera es que puede ser que el *apartheid* desaparezca un día de esta región del mundo. La segunda es que existe un «apartheid tercermundista», tribal o consuetudinario, que difiere del *apartheid* institucionalizado, y que consiste en que un grupo étnico se considera tradicionalmente superior a otro y se arroga en tal virtud un derecho sobre éste. Este *apartheid* se transforma por lo demás en *apartheid* institucional cuando el grupo «inferior» se encuentra en la imposibilidad de participar en la vida política, sometido a un *numerus clausus* para la entrada en las escuelas y las universidades, o a ciertas condiciones en su actividad económica, para no hablar de los casos de eliminación física pura y simple. Sin duda, las constituciones de esos países proclamarán la igualdad de todos los ciudadanos, y las disposiciones de su legislación serán impecables. Ello no quita para que

la gravedad de ciertas situaciones en el curso del año transcurrido justifique estas inquietudes.

35 Estas consideraciones invitan a plantearse dos cuestiones. ¿por qué no se atribuye suficiente importancia al «apartheid consuetudinario»? ¿Qué puede sugerirse al Relator Especial para que tenga en cuenta este fenómeno?

36 A juicio del Sr Boutros-Ghali, la respuesta a la primera interrogación corresponde tal vez a la justa indignación que despierta el *apartheid* practicado en Sudáfrica, que instituye una diferencia entre blancos, negros y mestizos (contrariamente al *apartheid* consuetudinario, que, fundado en costumbres ancestrales, establece diferencias en el seno de una misma raza), y al temor de que, al señalar con el dedo los países que practican el *apartheid* consuetudinario, y que son muchas veces los primeros en denunciar a Sudáfrica, se debilite la lucha contra el *apartheid* sudafricano.

37 En cuanto a la segunda interrogación, el Sr Boutros-Ghali dice que la segunda variante del párrafo 2 propuesta por el Relator Especial, aunque es muy explícita, no pone en evidencia los fundamentos consuetudinarios del *apartheid*. El orador sugiere, pues, que se amplíe el alcance de esta segunda variante mencionando en ella las costumbres tribales o de derecho consuetudinario que legitiman determinadas prácticas. En efecto, e incluso si se llega a eliminar el *apartheid* en Sudáfrica, nada permite esperar que no se perpetuará en otros lugares.

38 El Sr MAHIOU, refiriéndose al proyecto de artículo 13, dice que la alternativa entre una definición general y una enumeración de los crímenes de guerra plantea un problema delicado. Una definición general permitiría al código adaptarse a la evolución futura y evitaría un debate sobre los crímenes que hay que hacer figurar en una lista. No obstante, el Sr Mahiou no se decide a suscribir esta solución. Se ha aducido como argumento en su favor el hecho de que se trataba de una materia que está en movimiento, y que podía ocurrir que nuevas convenciones calificasen de crímenes de guerra hechos que no son considerados como tales en la actualidad. Pero este argumento no es determinante. Bastaría, en efecto, redactar de modo apropiado el artículo 13 para no cerrar la puerta al porvenir. Sería un problema de redacción más que de principio, pues, ante una nueva convención que prohibiese tal o cual comportamiento, las infracciones a esa convención entrarían dentro de las disposiciones del código, dado que la segunda variante propuesta por el Relator Especial se refiere a «las violaciones de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados». No es, pues, un argumento decisivo para renunciar a la formulación de una lista. Por otra parte, ponerse de acuerdo acerca de una lista de crímenes de guerra puede ser tarea difícil. ¿Es posible, en derecho penal, contentarse con una enumeración indicativa o es necesario enumerar todos los crímenes? Lo mejor sería preparar la lista exhaustiva, cosa que desgraciadamente no parece posible.

39 En estas condiciones, ¿por qué no volver al método de la enumeración indicativa, empleando la expresión «en particular»? Fue así como procedió la Comisión en 1950, cuando tuvo que codificar los Principios de Nuremberg<sup>11</sup>, según las disposiciones del Principio VI b, se consideran como crímenes de guerra «las violaciones de las leyes o

<sup>11</sup> *Ibid.* nota 14.

usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, [...]». La Comisión podría, pues, enumerar los crímenes que no se prestan a controversia, pero dejando abierta esta lista, tal como se hace en el párrafo 4 del artículo 12 (Agresión)<sup>12</sup>, aprobado provisionalmente en el período de sesiones anterior, que dice: «[En particular,] constituirá un acto de agresión...». Sin duda la presencia entre corchetes de esta disposición responde a consideraciones de orden diferente: en el artículo 12, los corchetes se explican por el hecho de que la Asamblea General ya había aprobado la Definición de Agresión<sup>13</sup>, que incumbía a otros órganos, tales como el Consejo de Seguridad, completar esta Definición, y que no se trataba de atribuir al juez el poder de calificar de agresión hechos distintos de los enumerados en este artículo. De todos modos, en este caso la Comisión decidió confiar al juez la función de calificar cierto número de hechos o de comportamientos, atendiendo a las convenciones en vigor. Tal vez corresponda al Comité de Redacción escoger el método mejor que deba seguirse para el artículo 13, pero, a juicio del Sr. Mahiou, la posibilidad de una enumeración no carece de sentido jurídico.

40. ¿Se han de prever todas las violaciones a las normas aplicables a los conflictos armados, o solamente las más graves? El Sr. Mahiou suscribe la segunda hipótesis, lo cual supone una distinción entre los crímenes de guerra, las infracciones graves y las violaciones graves, cosa que plantea a la vez un problema de terminología y un problema de fondo. En su séptimo informe (A/CN.4/419, párrs. 25 y 26), al referirse a los vínculos entre el crimen de guerra y la infracción grave, el Relator Especial dice con razón que el crimen de guerra es una noción más amplia, que incluye las infracciones graves. No obstante, las nociones de violación y de infracción, que el Relator Especial analiza, no siempre son muy claras, ni siquiera remitiéndose a los Convenios de Ginebra de 1949 y a los Protocolos adicionales a estos Convenios. En efecto, estas nociones se utilizan en ellos a menudo como sinónimas, y posiblemente incluso no hay en todo el Protocolo adicional I<sup>14</sup> más que un solo artículo que haga pensar en una diferencia entre los dos: se trata del artículo 90, párrafo 2 c i), relativo a la Comisión Internacional de Encuesta, donde se dice que este órgano es competente para «proceder a una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo o como cualquier otra violación grave de los Convenios o del presente Protocolo». Pero ¿introduce aquí la conjunción «o» una distinción, o expresa un sinónimo? El debate está planteado, y los comentarios no aportan aclaraciones. Sólo se encuentra una cita del autor Erich Kussbach, quien realizó un estudio sobre la Comisión Internacional de Encuesta y sostenía la distinción siguiente: la violación grave entrañaría la responsabilidad de la parte en conflicto, sin hacer incurrir en responsabilidad internacional al individuo, que sólo se plantearía en caso de infracción grave<sup>15</sup>. La calificación de violación

grave o de infracción grave tendría entonces un sentido decisivo.

41. El Sr. Mahiou estima que esta materia exige reflexión tanto por parte del Relator Especial como por parte de los demás miembros de la Comisión, que tienen que tomar una clara posición. Por su parte, no sería contrario, en definitiva, a una definición general de los crímenes de guerra, seguida de una enumeración no limitativa de los actos y comportamientos considerados como tales que iría precedida de las palabras «en particular», o por la fórmula «que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo», tomada del Principio VI b de los Principios de Nuremberg, al que ya ha aludido. En efecto, le parece que desde el momento que adopta el criterio de la gravedad para calificar crímenes de guerra ciertos hechos o comportamientos, y que procura evitar que se reste importancia a esos crímenes descartando las contravenciones y los delitos menores, la Comisión tiene lógica y prácticamente la obligación de llevar esa elección a sus últimas consecuencias estableciendo una lista, aun cuando sea no limitativa, de esos crímenes. Por lo demás, como señala el Relator Especial, el Protocolo adicional I contiene una enumeración, que no es muy larga y que tiene carácter limitativo, de los actos o comportamientos que afectan a ciertas personas o ciertos bienes y que se consideran como infracciones graves. Eso no quiere decir que haya que concretarse en el código a los actos y comportamientos enumerados en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I, pero por lo menos esos actos y comportamientos podrían servir de base para una lista no limitativa de los actos y comportamientos que deban calificarse de crímenes de guerra. Por último, hay otro argumento en favor de la enumeración, que responde a un deseo de armonización: se trata de que el artículo 12, ya adoptado provisionalmente por la Comisión, contiene una enumeración no limitativa de los actos considerados como actos de agresión y que el texto propuesto por el Relator Especial para el artículo 14 contiene también una enumeración, aparentemente limitativa, de los actos o comportamientos considerados como crímenes contra la humanidad.

42. Refiriéndose al problema de los términos que deben utilizarse en el proyecto de artículo 13, el Sr. Mahiou advierte que el Relator Especial se pregunta si la expresión «leyes y costumbres de la guerra» es o no procedente, y que hasta ahora hay división de pareceres entre los miembros de la Comisión acerca de este punto. Es cierto que esta expresión es usual; aparece en gran número de convenios internacionales y en el derecho interno de muchos países. Pero —y eso es un hecho importante— la mayor parte de esos textos son anteriores al Protocolo adicional I de 1977, donde se emplea la expresión «normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados» (art. 2 b). Tal es el uso desde entonces. Este uso es el que convendría seguir, tanto más cuanto que lo esencial del derecho de los conflictos armados está codificado a través de múltiples convenciones, por lo que parecería prudente inspirarse en el derecho convencional, y por cuanto el Protocolo adicional I representa la última fase de consenso entre los Estados en esta materia. Parece inútil plantear de nuevo la controversia sobre este punto.

43. Por las distintas razones que acaba de exponer, el Sr. Mahiou es partidario de que se remita la segunda variante del proyecto de artículo 13 al Comité de Redacción,

<sup>12</sup> *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pag. 71

<sup>13</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo

<sup>14</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 11

<sup>15</sup> E. Kussbach, «Commission internationale d'établissement des faits en droit international humanitaire», *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Bruselas, vol. XX, N.º 1 y 2, 1981, pág. 101

pidiéndole que lo modifique del modo siguiente en el apartado *a*, después de la definición general de los crímenes de guerra, agregar una enumeración, tal vez no limitativa, de los principales actos y comportamientos considerados como tales, que se inspiraría en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I, conservar el apartado *b*, tal vez con algunos ajustes de forma, por último, añadir un apartado *c*, que contendría una definición de la expresión «conflictos armados», tomada en lo esencial del apartado *b* de la primera variante y concebida más o menos en estos términos «la expresión “conflictos armados” se entenderá en el sentido definido por los Convenios de Ginebra », de modo que las dos expresiones importantes —«normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados» y «conflictos armados»— estén definidas claramente

44 Pasando a referirse al proyecto de artículo 14, el Sr. Mahiou dice que habiendo formulado sus observaciones generales en cuanto al fondo de esta disposición en el 38.º período de sesiones, en 1986, se limitará a comentar los actos que el Relator Especial enumera y propone calificar como crímenes contra la humanidad

45 Convencido por las explicaciones del Relator Especial, manifiesta que está de acuerdo en citar en primer lugar el crimen de genocidio, en la definición tomada de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio

46 Por lo que se refiere al párrafo 2, el orador suscribe las observaciones del Sr. Boutros-Ghali, por lo menos en un punto no hay que limitar el *apartheid* a las políticas y prácticas que se siguen en Sudáfrica, pues puede ser que existan ya, o que existan en el futuro, otras formas de *apartheid*. La segunda variante propuesta por el Relator Especial, que reproduce la definición de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, contiene por lo demás toda una serie de elementos que pueden aplicarse a la vez al *apartheid* practicado en Sudáfrica y a las formas de *apartheid* que existen o que puedan existir en otras sociedades o en otros Estados. Así pues, las palabras que figuran entre paréntesis en esa variante deben suprimirse. Se plantea sin duda un problema de redacción, puesto que ya existe una definición del *apartheid* en un instrumento internacional, corresponde a la Comisión ver de qué modo y en qué sentido podría mejorarse

47 Con respecto a «la esclavitud, o cualquier otra forma de servidumbre, en particular el trabajo forzoso» en el párrafo 3, el Sr. Mahiou tiene dudas, pues los términos «servidumbre» y «trabajo forzoso» carecen de precisión y pueden abarcar hechos que tal vez no corresponda incluir en el proyecto de código. Convendría, pues, examinar en un sentido más restrictivo el texto del párrafo 3

48 Por lo que se refiere al párrafo 4, el Relator Especial procede acertadamente al tener en cuenta los debates que tuvieron lugar en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, y querer incorporar en el proyecto de código los actos de esta índole que con demasiada frecuencia son de temer. Tal vez pudieran reunirse en una sola disposición los actos y comportamientos enumerados en los apartados *a*, *b* y *c*, es un problema que corresponderá someter al Comité de Redacción

49 En lo que concierne al párrafo 5, el Sr. Mahiou advierte que el Relator Especial ha recogido en lo esencial

la disposición correspondiente del proyecto de código de 1954 (art. 2, párr. 11), y considera acertado que haya agregado un elemento nuevo, la «destrucción masiva de sus bienes»

50 Por último, en lo que se refiere al párrafo 6, el orador considera que la disposición propuesta constituye una mejora con relación al texto correspondiente presentado en 1986<sup>16</sup>, por cuanto introduce la noción decisiva de intención. Es importante, en efecto, distinguir los daños graves al medio ambiente que sean el resultado de un accidente de los daños que sean deliberados. Dicho esto, habría que formular esta disposición de un modo más riguroso y preciso, siguiendo más de cerca todavía el texto del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>17</sup>, en el cual se inspira, y sólo referirse expresamente al medio humano —puesto que, en fin de cuentas, de eso se trata— en tanto que patrimonio común de la humanidad

51 Para concluir, el Sr. Mahiou propone que se remitan los proyectos de artículos 13 y 14 al Comité de Redacción

52 El Sr. ARANGIO-RUIZ, advirtiendo que varios de los miembros de la Comisión que se han manifestado ya con respecto al proyecto de artículo 13 son favorables a la introducción del concepto de «gravedad», desea precisar las breves observaciones que hizo a este respecto en la sesión anterior

53 La opinión le parece respetable, y comprende muy bien que el código, que está destinado a tratar de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no debe prever en principio más que los más graves de ellos. Ocurre, no obstante, que la Comisión ha adoptado tres categorías de crímenes (crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad) previstas en el Acuerdo de Londres de 1945<sup>18</sup>, que sirvió de base para los procesos sustanciados sobre los crímenes de guerra, en Nuremberg y en otras partes, y que, tratándose de crímenes de guerra, la noción de gravedad no figura en el derecho internacional que rige el castigo de los crímenes de guerra, tal como existe desde hace un siglo o más. En efecto, las normas de derecho internacional en vigor autorizan al Estado beligerante que ha aprehendido a un miembro de las fuerzas armadas del adversario por haber infringido una cualquiera de las normas del derecho de guerra —guerra en tierra, en mar o en el aire— a someterlo a la justicia incluso si se trata de una violación menor, debiendo ser la sanción evidentemente proporcionada a la violación perpetrada. No se trata de que el Sr. Arangio-Ruiz quiera necesariamente incluir las violaciones menores en el código, pero cree que la Comisión, y en particular el Comité de Redacción, debería tratar de evitar que se ponga en peligro la eficacia, incluso la existencia misma, de las normas del derecho de la guerra, que forman parte del derecho internacional general, sobre todo si la aplicación de la palabra «guerra» se extiende a todos los tipos de hostilidades

54 El PRESIDENTE, si bien comprende la preocupación del Sr. Arangio-Ruiz, hace observar que nadie ha propuesto que se modifique el sentido usual de la expresión

<sup>16</sup> Párrafo 4 del proyecto de artículo 12 presentado en el cuarto informe (véase 2096.ª sesión, nota 4)

<sup>17</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 19

<sup>18</sup> *Ibid.*, nota 7

«crimen de guerra», ni el régimen aplicable a los crímenes de guerra. No se trata aquí más que de los «crímenes de guerra» en el sentido del proyecto de código

55. El Sr. KOROMA comparte la opinión del Sr. Arangio-Ruiz. Está claro, ciertamente, que el proyecto de código no debe tratar en general más que los actos más graves. Pero, tratándose de los crímenes de guerra en particular, existe un régimen que les es aplicable, y no hace falta saber si una violación del derecho de la guerra es grave para determinar si constituye o no un crimen de guerra. Este elemento de la gravedad podría en rigor intervenir en la fase de calificación, pero de ningún modo en la definición. Además, adoptar esta noción de la gravedad en la definición sería tanto como introducir cierta subjetividad en la aplicación del código, convirtiendo al fiscal —en este caso, el Estado beligerante— en juez. Ahora bien, aunque incumbe al fiscal ejercer la persecución en caso de violación del derecho de la guerra, corresponde al tribunal apreciar la gravedad de la violación de que se trate

56. El Sr. Koroma hace suyo el análisis formulado por el Sr. Barsegov de la expresión «crimen contra la humanidad», que debe entenderse como «crimen contra el género humano», crimen contra los valores comunes al género humano.

57. Por último, el Sr. Koroma suscribe la propuesta presentada inicialmente por el Sr. Roucounas (2096.ª sesión) dirigida a completar la definición de los crímenes de guerra en el proyecto de artículo 13 con una lista indicativa.

58. El Sr. CALERO RODRIGUES señala a la atención del Sr. Koroma un ejemplo en el que una violación sin gravedad podría considerarse como un crimen de guerra en el sentido del proyecto de código: es el de los artículos 26 y 27 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, donde se definen las condiciones en que operan las aeronaves sanitarias, y del párrafo 4 del artículo 28, que dispone que «salvo acuerdo previo con la Parte adversa, las aeronaves sanitarias no podrán utilizarse, al efectuar los vuelos a que se refieren los artículos 26 y 27, para buscar heridos, enfermos y náufragos». Suponiendo que el comandante de una aeronave sanitaria, infringiendo estos preceptos, decida partir en busca de heridos, enfermos o náufragos, ¿va a decirse que ha cometido un crimen de guerra?

59. El Sr. ARANGIO-RUIZ aclara que lo que le preocupa no es saber si el caso citado por el Sr. Calero Rodrigues debe entrar o no dentro del ámbito del proyecto de código, aunque se inclina a responder afirmativamente. Lo que le preocupa es que, al excluir del código las violaciones menores, existe el peligro de que la Comisión encubra el hecho de que esas violaciones no dejan de constituir infracciones del derecho de la guerra, y que en cuanto tales entran dentro del ámbito del derecho internacional en vigor. Incumbirá al Comité de Redacción ocuparse del problema, de modo que se elimine toda ambigüedad.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2098.ª SESIÓN

*Martes 9 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogi-so, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tude-la, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (*continuación*) [A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 5 del programa]

#### SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra) y

ARTÍCULO 14 (Crímenes contra la humanidad)<sup>4</sup> (*continuación*)

1. El Sr. REUTER, refiriéndose al proyecto de artículo 13, dice que prefiere la segunda variante y opina que la gravedad de los actos que han de clasificarse como crímenes de guerra debe establecerse en términos muy claros, más claramente tal vez que en las variantes propuestas por el Relator Especial. No obstante, se opone totalmente a la idea de incluir en el proyecto de código una lista de los actos que constituyen crímenes de guerra

2. La Comisión trata de temas sumamente serios, que plantean la cuestión de cuál es su función. Algunos de los proyectos de artículos son todavía inaceptables y podrían poner en peligro todo el proyecto. La tarea de la Comisión no consiste meramente en concebir un mecanismo funcional, como, por ejemplo, un tribunal penal internacional para la persecución de los crímenes de guerra. Tampoco consiste en definir las circunstancias en que los Estados tienen la obligación de enjuiciar o conceder la extradición de delincuentes. (Sobre este punto, el Sr. Reuter señala que la actitud de los gobiernos con respecto a la idea de una jurisdicción penal internacional tal vez sea más flexible de lo que podía parecer.) Para la mayoría de los gobiernos, la tarea de la Comisión es más amplia, esto es, prestar atención a las normas sustantivas relacionadas con los crímenes de guerra y definir los nuevos crímenes de guerra.

3. ¿Se propone la Comisión, en el proyecto de código, imponer a los Estados la obligación de aceptar los Proto-

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2096.ª sesión, párr. 2.

colos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949? Según información reciente, han ratificado los Convenios 166 Estados, pero no todos ellos han ratificado los Protocolos. Algunos Estados se han negado a ratificarlos, y han expuesto sus razones a los representantes del CICR, razones que nada tienen que ver con la inercia o la pereza. Por consiguiente, no puede aceptar que la Comisión apruebe un texto que enuncie que los Protocolos han creado normas de derecho consuetudinario. La Comisión puede estipular que cualquier Estado que acepte el proyecto de código se comprometería a ser parte de los Protocolos, pero los Estados no pueden obligarse sin su consentimiento. El Sr. Reuter rechaza firmemente toda idea de basar el código en las convenciones recientes o en las decisiones de la Asamblea General, so pretexto de que enuncian normas de derecho internacional consuetudinario. Otra dificultad, en relación con la segunda variante del proyecto de artículo 13, es que los Estados que no son partes en los dos Protocolos, pero que aceptan el código, no tendrían exactamente las mismas obligaciones que los Estados partes. Lamentablemente, la Comisión no tiene poder para remediar estos inconvenientes.

4 Se pregunta si la gravedad de los crímenes de guerra no podría destacarse mediante una referencia a todas las normas pertinentes de los tratados en vigor y también al derecho interno: en todos los países hay una categoría de crímenes a los que se atribuye gravedad. En este aspecto debería orientarse a los tribunales llamados a decidir sobre solicitudes de extradición: puede darse el caso de que un Estado pida la extradición de un delincuente por un crimen que no esté clasificado en la misma categoría de crímenes en el Estado al cual se pide la extradición.

5 La objeción que el Sr. Reuter opone a la inclusión de una lista de actos constitutivos de crímenes de guerra se basa en las funciones de la Comisión, que tiene la misión de actuar en nombre de los gobiernos. La CDI no es, como la Sexta Comisión o la Asamblea General, un órgano político que pueda hacer libremente declaraciones sobre el contenido de los crímenes internacionales. Tampoco es función de la CDI hacerse eco de la opinión pública, sino más bien emprender una codificación sustantiva de los crímenes de guerra y tal vez definir nuevos crímenes.

6 Por lo que se refiere al proyecto de artículo 14, piensa que los crímenes contra la humanidad no deben incluir el «traslado forzoso de poblaciones de su territorio» (párr. 4 a). Habida cuenta de las pavorosas matanzas que han ocurrido en el mundo, no se puede prohibir a los Estados que trasladen poblaciones, o accedan a trasladarlas, a fin de salvarlas de una muerte segura.

7 Sobre la cuestión del *apartheid*, se ha indicado ya que algunos Estados no aceptan la actual convención. De ahí que la Comisión deba señalar la naturaleza del crimen en detalle en el proyecto de código. Toda la cuestión de los derechos de las minorías es, en realidad, sumamente delicada: el Consejo de Europa prudentemente la ha evitado y las propias Naciones Unidas no la han abordado de frente. Una vez más, la dificultad esencial en el proyecto estriba en que no puede concebirse una lista de crímenes que sea adecuada. Le gustaría que la Comisión no se conformara simplemente con detallar crímenes, en particular cuando se trata de aquellos que son más o menos nuevos, pero mal definidos. No puede ocuparse de todos los crímenes, puesto que una codificación completa de los crímenes contra la humanidad fácilmente podría llevar 25

ó 30 años. Puede concentrarse en algunos de ellos, especialmente aquellos susceptibles de fuertes sentimientos, como el *apartheid*, en cuanto al resto, podría enumerar en su informe las cuestiones sobre las que todavía tiene que trabajar.

8 Otra cuestión es la del primer uso de las armas nucleares que el código debe prever. ¿Pero qué se ha de decir de las armas químicas y de los actos que contribuyen a destrucciones masivas? Sería sumamente difícil intentar la formulación de una lista completa de crímenes, pero recurrir a una fórmula fácil no es la solución. La Comisión debe estudiar de cerca la intención criminal, concepto común a todos los sistemas de derecho penal, que puede ofrecer alguna solución al problema de la definición.

9 En suma, la objeción del Sr. Reuter a la lista de crímenes es esencialmente de carácter metodológico: es necesaria una codificación apropiada, pero llevaría demasiado tiempo. En el tema de la sucesión de los Estados, por ejemplo, la Comisión empezó a trabajar en 1963, pero no completó su proyecto hasta que ya el proceso de descolonización estaba muy avanzado. En su informe sobre los proyectos de artículos 13 y 14, la Comisión debería explicar las dificultades con que se ha tropezado y los esfuerzos que se han hecho para encontrar lo que se necesitaba. Comprende perfectamente que el Relator Especial quiera conocer el parecer de los miembros sobre la materia, y elogia sus esfuerzos para conciliar las opiniones divergentes.

10 El Sr. YANKOV dice que limitará sus observaciones al proyecto de artículo 13 y que, en cierto número de aspectos, sus opiniones difieren de las que tan hábilmente ha expuesto el Sr. Reuter.

11 Con respecto al alcance y el contenido de la expresión «crímenes de guerra», han aparecido dos tendencias principales en el curso de las deliberaciones: una es favorable a una definición general y la otra se inclina por una enumeración de los actos específicos que constituyen crímenes de guerra. En relación con este punto conviene señalar una evolución importante en las técnicas de concertación de tratados. Hace algunos decenios era usual incluir en los tratados internacionales un artículo que llevaba el título «Definiciones», disposición que actualmente se ha sustituido por «Términos empleados». Este cambio obedece al hecho de que se han advertido los peligros que lleva consigo el proceso de definición.

12 Las dos variantes propuestas para el artículo 13 contienen una definición general de los crímenes de guerra, que supone hasta cierto punto un nuevo planteamiento, pues la segunda variante del artículo presentado por el Relator Especial en su cuarto informe, en 1986, contenía una enumeración de los hechos que constituyen crímenes de guerra (véase párr. 15 *infra*). Los argumentos que ahora aduce el Relator Especial en su séptimo informe se basan en el supuesto de que el derecho relativo a los crímenes de guerra no es estático y tiene que adaptarse constantemente atendiendo a las necesidades de un mundo en transformación, y que en muchos casos los tratados no hacen más que expresar y definir los principios del derecho existente (A/CN.4/419, párr. 9), y en el hecho de que muchos distinguidos autores han llegado a la conclusión de que es imposible una lista exhaustiva de los crímenes de guerra (*ibid.*, párr. 10).

13. Tal vez sea cierto que ninguna lista de crímenes de guerra puede recoger adecuadamente la dinámica del derecho aplicable, pero otro tanto puede decirse de los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, el artículo 12 (Agresión)<sup>5</sup>, aprobado provisionalmente por la Comisión en el anterior período de sesiones, y el proyecto de artículo 14, sobre los crímenes contra la humanidad, tal como actualmente lo propone el Relator Especial, siguen el método de enumerar los actos en cuestión. En su trabajo de elaboración de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se ha exhortado con frecuencia a la Comisión a que siga en la medida de lo posible el método de codificación usado en el derecho penal, en el cual la determinación de las violaciones individuales del derecho es de importancia primordial. Ello permite al tribunal competente determinar el grado en que cierto comportamiento constituye un delito punible. Esta misma exigencia general debería aplicarse todavía más en el caso de hechos ilícitos con arreglo al derecho internacional. A juicio del orador, antes de que se llegue a una decisión precisa sobre el alcance de las disposiciones relativas a los crímenes de guerra, es indispensable determinar si existen o no razones suficientes para tratar de establecer una lista de actos que constituyen violaciones de las leyes y costumbres de la guerra o los conflictos armados y si es posible combinar el método de la enumeración de los actos constitutivos de crímenes de guerra con una definición general, a fin de llegar a un concepto jurídico amplio de los crímenes de guerra.

14. La respuesta a la primera pregunta exigiría un amplio examen de la práctica de los Estados, según se desprende de los tratados internacionales y la jurisprudencia antes y después de la Convención de La Haya de 1907, los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales a estos Convenios, de 1977, y otros instrumentos pertinentes. Como es bien sabido, el apartado *b* del artículo 6 del estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>6</sup> enumera una serie de elementos importantes de los crímenes de guerra, esto es, las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprendían, sin que la enumeración tuviese carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o cualquier otro propósito de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encontrare, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallaran en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por necesidades militares. Los Principios de derecho internacional, reconocidos por el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg<sup>7</sup> fueron reafirmados por la Comisión en 1950.

15. En la segunda variante del proyecto de artículo 13 presentado en su cuarto informe en 1986<sup>8</sup>, el Relator Especial optó por el método enumerativo y propuso la siguiente lista de actos que constituyen crímenes de guerra:

[ ]

- i) los atentados graves contra las personas y los bienes y, en especial, el homicidio intencional, la tortura, los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra

la integridad física o la salud, la destrucción o la apropiación de bienes no justificadas por las necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita o arbitraria.

- ii) el uso ilícito de armas y, en especial, de armas que, por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares, de armas de efectos incontrolados y de armas de destrucción en masa (en particular, el primer uso del arma nuclear)

16. Por su parte, el Sr. Yankov considera que la prohibición de armas de destrucción en masa debería ser absoluta y aplicarse no sólo al primer uso de esas armas. Las violaciones graves que acaba de citar podrían constituir la primera parte de la enumeración de crímenes de guerra. A fin de garantizar el carácter amplio de la expresión «crímenes de guerra», para los efectos del proyecto de código, la lista debería ir seguida de una disposición general en la que se declare que el término comprende todas las demás violaciones graves de las leyes o usos de la guerra, de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados que hayan sido suscritas por las partes en el conflicto, así como de los principios y normas generalmente reconocidos de ese derecho. Esta fórmula combinaría una indicación específica de los actos individuales con un concepto general de crimen de guerra. Establecería un nexo más estrecho entre la noción tradicional de la guerra y el fenómeno contemporáneo del conflicto armado, que puede comprender las luchas de liberación nacional y la guerra civil. Además, la prueba de la seriedad o gravedad constituye un elemento esencial del concepto de crimen de guerra y la calificación de «grave» debería formar parte de cualquier enunciado que se adopte.

17. Por último, cuando llegue el momento de remitir el proyecto de artículo 13 al Comité de Redacción, la Comisión debería expresar una preferencia por un texto —o por lo menos indicar la posibilidad de él— que contenga una lista de violaciones graves combinada con una definición general que abarque cualesquiera otros actos, con el ánimo de brindar posibles soluciones para el problema institucional de un tribunal —independientemente de que se trate de un tribunal nacional, de un tribunal especial o de un tribunal permanente internacional.

18. El Sr. SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, refiriéndose al proyecto de artículo 14, dice que se pronuncia a favor de una lista de crímenes contra la humanidad como la que el Relator Especial expone en su excelente séptimo informe (A/CN.4/419). También considera que sería conveniente incluir en alguna parte en el proyecto una definición del concepto de «humanidad», pues de lo contrario sería difícil comprender claramente el concepto de «crímenes contra la humanidad».

19. Suscribe por entero la inclusión del genocidio, que se define correctamente en el párrafo 1. Los incisos i) a v) enuncian en términos precisos los diversos actos que constituyen ese crimen, que son en realidad los que tienen más importancia para la opinión pública.

20. El párrafo 2, relativo al *apartheid*, debería permanecer tal como está porque trata de un fenómeno que desgraciadamente va en aumento. De ahí que sea esencial no dejar ningún resquicio en lo que se refiere a la definición y supresión del crimen de *apartheid*. De todos modos, podrían suprimirse las palabras entre corchetes «tal como se practican en el África meridional», en la segunda variante, por obvias razones políticas, por una parte, y también porque establecer este tipo de ejemplos no constituye una buena técnica de redacción.

<sup>5</sup> Anuario 1988, vol. II (segunda parte), pág. 71

<sup>6</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 7

<sup>7</sup> *Ibid.*, nota 14

<sup>8</sup> *Ibid.*, nota 4



21. El párrafo 3, relativo a «la esclavitud, o cualquier otra forma de servidumbre, en particular el trabajo forzoso», no es totalmente satisfactorio. La referencia a la «esclavitud» debe mantenerse, naturalmente, pero la fórmula «las otras formas de servidumbre» es imprecisa. En primer lugar, parece minimizar la gravedad de la esclavitud, y, en segundo lugar, el texto no proporciona una indicación del contenido del concepto de las «formas de servidumbre». El concepto de «trabajo forzoso» debe mantenerse, pero tipificando bien el trabajo forzoso de que se trata, esto es, un tipo diferente del que figura en las convenciones pertinentes de la OIT<sup>9</sup>.

22. Las palabras «de su territorio», en el apartado e del párrafo 4, deberían mantenerse porque no son ambiguas. Aunque la redacción del párrafo 5 es aceptable, en el comentario debería delimitarse mejor lo que significa el concepto de «actos inhumanos». En vista de su importancia, el párrafo 6 debería redactarse con mayor precisión y debería guardar relación con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

23. Por último, debería agregarse al artículo 14 un párrafo que contemple el daño o la sustracción de bienes que forman parte del patrimonio cultural de la humanidad. La UNESCO ha realizado una importante labor para proteger ese patrimonio, incluidos los tesoros arqueológicos e incluso ciudades y pueblos enteros. La destrucción de esos bienes constituye un crimen contra la historia misma de la humanidad. Todo atentado contra esos bienes de carácter grave e intencional, por motivos de orden político, racial o religioso, debe quedar comprendido dentro del ámbito de los crímenes contra la humanidad.

24. A juicio del Sr. Sepúlveda Gutiérrez, el proyecto de artículo puede ser remitido al Comité de Redacción.

25. El Sr. SHI dice que el séptimo informe (A/CN.4/419), que con tanta lucidez y erudición ha preparado el Relator Especial, constituirá además un útil complemento de las secciones pertinentes de su cuarto informe, presentado en 1986<sup>10</sup>.

26. Aunque al principio la Comisión estuvo manifiestamente dividida sobre si había de haber unidad o no en el concepto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, acordó, después de un prolongado debate, subdividirlos en crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y esa decisión ha sido aprobada por la Asamblea General. Esa subdivisión tiene una justificación práctica en el estatuto del Tribunal de Nuremberg y el estatuto del Tribunal de Tokio, y la propia Comisión adoptó la misma clasificación ya en 1950, en el Principio VI de los Principios de Nuremberg<sup>11</sup>. El Sr. Shi está de acuerdo con esa clasificación, pese a que las tres categorías a veces coinciden en parte, especialmente los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

27. En términos generales, los crímenes contra la humanidad se perpetran por razones políticas, nacionales, étnicas, raciales, religiosas o de índole parecida. En este punto, el orador coincide con Henri Meyrowitz, citado en el

cuarto informe, en el sentido de que el término «humanidad» lleva implícitas connotaciones de cultura y dignidad humanas, base sobre la que el Relator Especial ha concedido en ese informe un crimen contra la humanidad en el triple sentido de crueldad dirigida contra la existencia humana, degradación de la dignidad humana y destrucción de la cultura humana<sup>12</sup>. También la motivación es importante, pues de otro modo la palabra «humanidad» tal vez no bastaría para distinguir las características de un crimen contra la humanidad de las de un crimen de guerra, sobre todo cuando un crimen contra la humanidad se perpetra en tiempo de guerra. Debido a este elemento de motivación, el carácter masivo o sistemático de un acto, aun siendo importante, puede no ser el criterio decisivo para determinar qué es lo que constituye esa categoría de crímenes distinta de los crímenes comunes.

28. Ninguna de las dos variantes propuestas para el proyecto de artículo 13 contiene una lista de los actos que constituyen crímenes de guerra. Hay en la Comisión división de pareceres en cuanto a la necesidad de esa lista, aunque tanto en una corriente de opinión como en la otra se reconoce que sería imposible una lista exhaustiva. A juicio del Sr. Shi, sin embargo, con objeto de establecer un equilibrio con los artículos de las otras dos categorías de crímenes, la definición general debería ir seguida de una lista indicativa de crímenes de guerra.

29. Por lo que toca a la terminología, el Sr. Shi es partidario de la segunda variante del artículo 13. La guerra, en cuanto concepto jurídico que crea derechos y obligaciones para los Estados beligerantes con arreglo al derecho internacional tradicional, es una noción obsoleta, y puesto que está prohibida como instrumento de política, el hecho de que haya leyes y costumbres de la guerra, con derechos y deberes de los perpetradores de las guerras de agresión, se ha convertido en una anomalía. Además, los perpetradores de esas guerras suelen utilizar términos como «incidente» o «conflicto» para excluir la condena y la aplicación de las reglas y costumbres de la guerra a las víctimas. De ahí que la expresión «normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados», en la segunda variante, sea evidentemente preferible a las palabras «leyes o usos de la guerra», que figuran en la primera. Además, con arreglo a los instrumentos jurídicos pertinentes del período posterior a la segunda guerra mundial, el concepto de conflicto armado no sólo abarca los conflictos armados entre Estados soberanos, sino también los conflictos en que los pueblos que luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas ejercen su derecho a la libre determinación, así como los conflictos armados que tienen el carácter de guerra civil dentro de un Estado. En el caso de que la Comisión mantenga la segunda variante, debería considerar si el título del artículo, «Crímenes de guerra», es apropiado o si debería sustituirse por un nuevo título, tal como «Crímenes contra las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados».

30. Queda la cuestión de si, para que constituya un crimen de guerra, un acto debe consistir en una violación, o una violación «seria» de las normas de derecho internacional aplicable en los conflictos armados. Con arreglo al derecho penal común, naturalmente, el castigo de un de-

<sup>9</sup> *Ibid*, nota 24

<sup>10</sup> *Anuario* 1986, vol II (primera parte), pág 54, documento A/CN.4/398

<sup>11</sup> Véase 2096ª sesión, nota 14

<sup>12</sup> Véase *Anuario* 1986, vol II (primera parte), pág 58, documento A/CN.4/398, párr 12



terminado crimen dependerá de las circunstancias en que ese crimen haya sido cometido y del grado de gravedad que en él concurre. El homicidio es un buen ejemplo, puesto que con arreglo al derecho penal de algunos países se divide en varias categorías según el mayor o menor grado de agravación y se castiga en consecuencia. No obstante, el hecho de que la Comisión haya decidido que el código abarque solamente los crímenes más graves lleva al orador a la inequívoca conclusión de que sólo violaciones serias o infracciones graves constituyen crímenes de guerra. Así lo confirma, en efecto, el párrafo 5 del artículo 85 del Protocolo I adicional<sup>13</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949, donde se dispone que «las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra».

31. El proyecto de artículo 14 es en general aceptable. El Sr. Shi está conforme con la inclusión del genocidio como crimen contra la humanidad, que está plenamente justificada atendiendo a su carácter grave y al apoyo con que su condena cuenta por parte de la comunidad internacional. Es justo que el término «genocidio» mismo ocupe el lugar que le corresponde en el párrafo 1, y el orador no sabe muy bien por qué el término no figura en el párrafo 10 del artículo 2 del proyecto de código de 1954.

32. La finalidad de la inclusión del *apartheid*, reconocido ya como crimen contra la humanidad con arreglo a muchos instrumentos jurídicos, es actualizar el proyecto de código de 1954. De las dos variantes propuestas para el párrafo 2, el orador prefiere la segunda, que reproduce los términos del artículo II de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*. Como cierto número de Estados no son todavía partes en esta Convención, tal vez sería más aceptable que no se hiciera referencia a ella. Las palabras «tal como se practican en el África meridional», que figuran entre corchetes, podrían suprimirse, puesto que el proyecto de código es de aplicación general y muy bien podrían aparecer otras formas de *apartheid* distintas de las que actualmente se aplican en Sudáfrica. No obstante, el Sr. Shi dista de ser optimista en cuanto a una próxima terminación del *apartheid* en Sudáfrica. Es más, la comunidad internacional debería decidirse a adoptar medidas mancomunadas más efectivas para extirpar tal práctica en ese país.

33. El Sr. Shi no tiene inconveniente en que se incluya la esclavitud (párr. 3) como crimen contra la humanidad, pero es importante precisar las formas de esclavitud aplicables, en contraposición a la esclavitud que constituye un crimen con arreglo al derecho penal común de muchos países. También el orador reconoce que la expresión «trabajo forzoso» es sumamente amplia y exige una aclaración en ese contexto.

34. El Sr. Shi tampoco tiene nada que oponer al párrafo 4, salvo que, a su juicio, los tres apartados están formulados en términos excesivamente generales y exigen algunos cambios de redacción.

35. En cuanto al párrafo 5, entre los «actos inhumanos» deben estar ciertamente comprendidos los delitos contra las personas y los delitos contra la propiedad. El Relator Especial ha procedido acertadamente al incluir la destrucción de bienes como crimen contra la humanidad y ha destacado además con razón la necesidad de conservar los

bienes considerados como patrimonio de la humanidad. A propósito de este punto, habría que tener en cuenta que el patrimonio cultural de un pueblo o una nación constituye de por sí una parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad en general. En consecuencia, además de la referencia general a los bienes, en el párrafo 5 debería hacerse una mención especial de los bienes como patrimonio cultural. Además, como ha señalado el Relator Especial, es posible que, de no ser por el elemento de la motivación, los actos que se mencionan en ese párrafo no pudieran distinguirse de los crímenes comunes previstos en los códigos penales nacionales.

36. Por último, el Sr. Shi está de acuerdo en que el párrafo 6 se armonice con el párrafo correspondiente (3 d) del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>14</sup>.

37. El PRESIDENTE propone que se levante la sesión de la Comisión para que pueda reunirse el Comité de Redacción.

*Así queda acordado*

*Se levanta la sesión a las 11.30 horas.*

<sup>14</sup> *Ibid*, nota 19

## 2099.ª SESIÓN

*Miércoles 10 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (*continuación*) [A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC (XLI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 5 del programa]

#### SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra) y

ARTÍCULO 14 (Crímenes contra la humanidad)<sup>4</sup> (*continuación*)

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2096.ª sesión, párr. 2.

<sup>13</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 11.

1. El Sr. BARBOZA felicita al Relator Especial por la calidad de su séptimo informe (A/CN.4/419) y de su exposición.

2. Refiriéndose al proyecto de artículo 13, el Sr. Barboza recuerda que la segunda variante del artículo correspondiente presentado por el Relator Especial en 1986<sup>5</sup> contenía la definición usual de los crímenes de guerra y una lista de los actos que constituyen crímenes de guerra, a saber: a) todas las infracciones previstas en los Convenios de Ginebra de 1949<sup>6</sup> y en el Protocolo I<sup>7</sup> adicional a esos Convenios, o dicho de otro modo, las «infracciones graves»; b) los demás actos, en particular el uso de ciertas armas que, sin ser las «infracciones graves» anteriores, no por eso dejan de constituir crímenes de guerra. A estas dos categorías podría agregarse una tercera categoría también de crímenes de guerra, pero que no revisten la gravedad requerida para ser incluidos en el proyecto de código, como dice el Relator Especial (*ibid.*, párr. 24).

3. Ahora bien, ninguna de las dos variantes propuestas en el actual período de sesiones contiene una lista de los crímenes de guerra, y el Relator Especial lo explica en su informe (*ibid.*, párr. 4). De allí la fórmula de Martens propiciada por el CICR (*ibid.*, párrs. 5 y 6), que tiene la ventaja de adaptarse mejor a una realidad que evoluciona constantemente (*ibid.*, párr. 9). No obstante, varios miembros de la Comisión han declarado ya su preferencia en favor de una lista, esencialmente en interés de la claridad y de la precisión necesarias para una concepción liberal del derecho penal, en particular el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Es central al pensamiento de estos miembros que no se pueden aceptar en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad más que las infracciones graves. Los demás miembros de la Comisión no rechazan este argumento, pero dejarían de buena gana al juez la función de apreciar la gravedad del acto. En realidad, ni unos ni otros dan al término «gravedad» la misma significación. Es necesario, pues, disipar el equívoco.

4. Es menester, efectivamente, distinguir entre las infracciones graves y las violaciones graves. Las primeras son graves porque el acto en sí es intrínsecamente grave: por ejemplo, el homicidio es una infracción más grave que la estafa, porque es más grave matar a alguien que despojarle de su dinero. Y esto, naturalmente, se refleja en las penas impuestas: en derecho interno, la gravedad de las penas previstas en los códigos penales da una idea de la gravedad de las infracciones. En cambio, una *violación* puede considerarse más o menos grave en relación con una misma *infracción* penal, según las circunstancias, agravantes o atenuantes, que en ella concurren. En este caso, la apreciación de la «gravedad» corresponde esencialmente a la función judicial y depende exclusivamente de los hechos del caso concreto. En general, el juez está facultado para matizar la pena en función de esos hechos: el Código Penal argentino, por ejemplo, castiga el homicidio simple con una pena de prisión entre 8 y 25 años, y dentro de esos límites el juez puede graduar la pena.

5. Es la gravedad de las infracciones y no de las violaciones lo que interesa a la Comisión: si el código no ha

de prever más que las infracciones graves, la Comisión, en su función legislativa, tiene que pronunciarse sobre la cuestión de la gravedad de la infracción, y no puede dejar esa tarea a la discreción de los tribunales sin infringir seriamente los principios liberales del derecho penal. De ahí la necesidad en que se encuentra de establecer ella misma la distinción entre las infracciones graves y las menos graves y, para ello, establecer una lista de infracciones que tengan el grado de gravedad suficiente para ser consideradas crímenes de guerra. En cuanto a los temores expresados por el Sr. Arangio-Ruiz (2097.ª sesión) ante los peligros que el hecho de excluir las infracciones relativamente menos graves podría suponer para las normas en vigor del derecho de la guerra, cabría responder a esa preocupación agregando al proyecto de código una cláusula para puntualizar que sus disposiciones son sin perjuicio de la represión de las infracciones no citadas en el código. Es cierto que esta solución es contraria a la concepción de un instrumento que responda a la evolución del derecho de la guerra, que no es inmutable, como explica el Relator Especial (A/CN.4/419, párr. 9). Pero si hay una evolución del derecho de la guerra, y hacen su aparición nuevos hechos y comportamiento reprensibles, la solución será definir nuevas infracciones, por la vía usual de los tratados o de la costumbre, y esas infracciones serán castigadas en tanto que crímenes de guerra no comprendidos en el código.

6. La otra posibilidad es evidentemente descartar la noción de gravedad de las infracciones e incluir los crímenes de guerra globalmente en el código, adoptando la primera variante del proyecto de artículo 13, salvo la palabra «grave», que figura entre corchetes. El juez podría así tener en cuenta todas las infracciones que puedan constituir un crimen de guerra. Esta es, por lo demás, la «verdadera» fórmula de Martens, que no hacía distinción entre los crímenes de guerra que son graves y los que no lo son.

7. Por su parte, el Sr. Barboza es partidario de una simple lista, sin definición general. Le parece imposible aceptar una definición como la que se propone en una y en otra de las dos variantes, seguida de una lista meramente *indicativa*, sin conferir al juez unas facultades que no le corresponden en la apreciación de la gravedad de aquellas infracciones que no estén enumeradas en el código. Es cierto que, tratándose del artículo 12 (Agresión)<sup>8</sup>, la Comisión ha adoptado provisionalmente un texto compuesto de una definición y de una lista ilustrativa de los hechos y comportamientos que constituyen un acto de agresión, pero el caso es diferente: la definición del crimen de agresión en ese texto, lejos de ser una simple remisión, es una verdadera definición general, seguida de ejemplos de hechos y comportamientos. En el caso del artículo 13, por el contrario, el Relator Especial propone simplemente que se defina el crimen de guerra en cuanto violación de las leyes y usos de la guerra: en este caso se remite a otro concepto, concepto que en sí mismo no está definido, y el problema de la apreciación de la gravedad de infracción sigue entero.

8. Por último, el Sr. Barboza considera que se podría mantener el título actual del proyecto de artículo 13, «Crímenes de guerra», pero utilizando en el texto la expresión «conflictos armados» en lugar del término «guerra», a fin de englobar los tipos de conflictos a los que debe aplicarse el código.

<sup>5</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 4

<sup>6</sup> *Ibid.*, nota 10

<sup>7</sup> *Ibid.*, nota 11

<sup>8</sup> *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pag. 71

9. Es preciso reconocer la singularidad de los crímenes de guerra en el contexto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y el Sr. Barboza, a quien siempre le ha parecido difícil dar un contenido homogéneo a la materia colocada bajo el título de «la paz y la seguridad», se remite en este punto a su intervención formulada en el 38.º período de sesiones de la Comisión<sup>9</sup>. Los crímenes de guerra tienen la particularidad, entre otras cosas, de que su inclusión en el código no está justificada por la defensa de la paz, puesto que, para que pueda haber un crimen de guerra, es preciso por definición que haya un estado de guerra y no un estado de paz. Cabría preguntarse incluso si los hechos y comportamientos tipificados bajo la noción de crímenes de guerra constituyen verdaderamente una vulneración de la seguridad de la humanidad.

10. Refiriéndose al proyecto de artículo 14, el Sr. Barboza hace observar que, en este caso, como en el de los crímenes de guerra, la noción de «paz y seguridad de la humanidad» en cuanto objeto de la protección garantizada por el código es discutible. También aquí es importante saber qué se ha de entender por la expresión «crímenes contra la humanidad», y la primera cuestión que se plantea es la siguiente: ¿No va acaso esta expresión misma más allá de los límites fijados para la materia general del código? ¿No es la palabra «humanidad» mucho más vasta que la expresión «seguridad de la humanidad», sobre todo si por «humanidad» hay que entender no solamente el género humano, sino también los sentimientos «humanitarios», que parecen, por ejemplo, inspirar la tipificación de los «actos inhumanos» en el párrafo 5? El Sr. Barsegov (2097.ª sesión) parece haber demostrado que históricamente el término «humanidad» se interpretaba exclusivamente como sinónimo de «género humano». En cualquier caso, es evidente que el término «humanidad» tiene connotaciones mucho más amplias que la expresión «seguridad de la humanidad», pues todo lo que afecta a la humanidad no vulnera necesariamente su seguridad. Sería posible concluir, pues, que el título de la materia que se estudia no corresponde exactamente al contenido de las infracciones que deben estar incluidas en el código. Esta falta de coherencia, como el Sr. Barboza tuvo ocasión de señalar en el 38.º período de sesiones, obedece probablemente a la historia, «que ha legado a la Comisión una fórmula sacada de un informe dirigido al Presidente Truman por el juez Francis Biddle [...] y que respondía acaso a un estado de ánimo propio de la época más que a un razonamiento lógico»<sup>10</sup>. El Sr. Barboza se preguntaba entonces si la Comisión no debería buscar otro título para el proyecto de código. Hoy le parece que más bien habría que esforzarse por definir formalmente la expresión «paz y seguridad de la humanidad». Esta definición, que respondería a una saludable técnica jurídica, encajaría en el proyecto de artículo 10, titulado «Categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», presentado por el Relator Especial en su cuarto informe en 1986<sup>11</sup>, al cual daría además su verdadera razón de ser.

11. Analizando los hechos y comportamientos que el Relator Especial propone que se tipifiquen como crímenes contra la humanidad en el artículo 14, el Sr. Barboza

dice que no tiene observaciones que formular a propósito del genocidio (párr. 1). Por lo que se refiere al *apartheid* (párr. 2), se pronuncia por la segunda variante, con la supresión de las palabras «tal como se practican en el África meridional» que figuran entre corchetes, de modo que se dé a la infracción un carácter universal. A propósito del trabajo forzoso (párr. 3), considera que habría que tener en cuenta las observaciones del Sr. Tomuschat (2096.ª sesión), el Sr. Mahiou (2097.ª sesión) y el Sr. Sepúlveda Gutiérrez (2098.ª sesión), así como las normas establecidas por la OIT en la materia.

12. En lo que concierne al párrafo 4, felicita al Relator Especial por haber tenido en cuenta las sugerencias que hicieron algunos miembros de la Comisión, él mismo entre ellos, al incluir una disposición de esta índole en el proyecto de código. Todavía hoy el mundo es testigo de las consecuencias y sufrimientos que traen consigo —a veces durante siglos— las expulsiones de poblaciones, el establecimiento de colonos en territorios ocupados o la modificación de la composición demográfica de tal o cual territorio. Entre todos los hechos y comportamientos de esta índole, el Sr. Barboza sólo citará un ejemplo, que hiere los sentimientos de su país: el de las Islas Malvinas (Falkland), donde una población argentina fue expulsada bajo la amenaza de una cañonera británica y reemplazada por colonos británicos, protegidos todavía hoy por una poderosa fuerza militar.

13. Por lo que toca a la inclusión en el proyecto de código de los actos inhumanos, que cierto número de razones podrían sin duda justificar, esa inclusión volvería a ser discutible en el caso de que la noción de humanidad no estuviese definida. En efecto, si la «humanidad» designa sólo el género humano y no los sentimientos humanitarios, cabe dudar de que los actos de esta índole previstos en el párrafo 5 afecten verdaderamente la seguridad de la humanidad: he ahí un argumento más para que la Comisión reexamine el título del proyecto o bien su alcance preciso.

14. Por último, el Sr. Barboza no puede sino aprobar la inclusión en el proyecto de código de la disposición propuesta en el párrafo 6, aunque le parece demasiado vaga. Habría que saber con precisión lo que la Comisión se propone proteger con ella. Si se trata del medio humano, la cosa está clara; pero determinar lo que constituye un «bien de interés vital para la humanidad» no es de la incumbencia de la función judicial. Corresponde, pues, a la Comisión decir cuáles son esos intereses vitales de la humanidad cuya violación sería tipificada como delictiva.

15. El Sr. OGISO, después de haber felicitado al Relator Especial por su séptimo informe (A/CN.4/419), dice que sus observaciones se concretarán por el momento al proyecto de artículo 13 y que se reserva el derecho de intervenir más adelante sobre el proyecto de artículo 14.

16. A propósito de la definición de crímenes de guerra, el Sr. Ogiso considera que en ella se deberían mencionar explícitamente tres elementos: las normas del derecho humanitario, tal como se definen en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales —lo que permitiría abarcar tanto las guerras como los conflictos armados—; los usos de la guerra —expresión consagrada en cierto número de convenios y de códigos militares—, y las normas enunciadas en los demás acuerdos internacionales que prohíben el uso de ciertas armas, en particular las armas de destrucción en masa. Ahora bien, es de seña-

<sup>9</sup> Anuario... 1986, vol. I, pág. 175, 1967.ª sesión, párr. 64.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Anuario... 1986, vol. II (primera parte), pág. 86, documento A/CN.4/398.

lar que la primera variante propuesta por el Relator Especial para el artículo 13 no menciona los instrumentos internacionales que prohíben la utilización de ciertas armas, y que, en la segunda variante, los usos de la guerra están sólo implícitos en la expresión «principios y normas de derecho internacional». El Sr. Ogiso considera, en consecuencia, que habría que modificar las dos variantes en el sentido que acaba de indicar.

17. Refiriéndose a continuación a la cuestión de la gravedad de las infracciones que constituyen un crimen de guerra, el Sr. Ogiso reconoce la necesidad de tipificar los actos previstos de tal modo. La Comisión, que ya ha debatido este punto, parecía querer restringir a las infracciones más graves la calidad de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, puesto que las demás infracciones de las normas de derecho internacional o de los usos de la guerra, y en particular las violaciones de orden técnico, pueden ser castigadas por los tribunales militares nacionales. Ahora bien, en el caso de que el Relator Especial considerase que la palabra «grave» no es conveniente a causa de las connotaciones que hay en el Protocolo I<sup>12</sup> adicional a los Convenios de Ginebra, podría emplear el adjetivo «serio».

18. Hay que hacer, sin embargo, una reserva. Si, en efecto, el juez es el que debe determinar la «gravedad» de los casos de que se trata, la decisión será sensiblemente diferente según que el tribunal sea nacional o internacional. Un tribunal internacional, menos sensible a las consideraciones psicológicas, estaría ciertamente en mejores condiciones de llegar a una sentencia objetiva; se trata de una cuestión que habría que debatir en otro período de sesiones.

19. Por lo que se refiere a la posible lista de los crímenes de guerra, el Sr. Ogiso declara estar de acuerdo con el Relator Especial: sería inútil tratar de establecer tal lista, incluso de carácter no exhaustivo, aunque sólo sea por razones prácticas. En primer lugar, es difícil ver cómo podría el código hacer referencia a todos los grandes principios de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales. En segundo lugar, enumerar los «usos de la guerra» exigiría competencias muy especializadas. Por último, tanto si se trata de los Convenios de Ginebra como de otros instrumentos internacionales en la materia, hay que recordar que un gran número de Estados Partes han hecho reservas o bien han acompañado la firma con cláusulas interpretativas. En estas condiciones, no es seguro que puedan trasladarse las normas de esos instrumentos al proyecto de código en términos simples y bien definidos. No obstante, si la mayoría de los miembros de la Comisión se pronuncia en favor de la lista, es de esperar que el Relator Especial presente una enumeración precisa, tal vez no exhaustiva, a partir de la cual la Comisión podría interrogarse sobre los actos que hay que tipificar como crímenes. El Sr. Ogiso se reserva el uso de la palabra para referirse a la lista misma.

20. El Sr. FRANCIS dice que, con respecto al proyecto de artículo 13, la segunda variante presentada por el Relator Especial le parece preferible. Por una parte, el apartado *a* de esta variante señala que la violación debe ser «grave» para que constituya un crimen de guerra, lo que va en el sentido de la decisión que ya tomó la Comisión

y que la Asamblea General ha sancionado. Por otra parte, el apartado *b* es de alcance más amplio que el apartado correspondiente de la primera variante, puesto que no sólo abarca los acuerdos internacionales que obligan a las partes en el conflicto, sino también los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos que son aplicables en los conflictos armados. Esta fórmula tiene la ventaja de remitir al importante *corpus* jurídico que existe en la materia y en particular, sin mencionarlos explícitamente, a los Convenios de Ginebra de 1949, lo que permitiría un mayor margen de libertad en la aplicación del código.

21. Así pues, aunque hay que preferir la segunda variante, lo cierto es que el apartado *b* encajaría mejor en otra parte del proyecto de código. Cabría, por ejemplo, trasladar su contenido al artículo tradicionalmente consagrado a las definiciones. Cabría igualmente, como ha aconsejado el Sr. Mahiou (2097.ª sesión), dividir la última frase y definir separadamente lo que hay que entender por la expresión «conflictos armados».

22. Pero esta segunda variante quedará incompleta si no va acompañada de una lista no exhaustiva de los crímenes de guerra, como lo han dicho ya varios oradores. El Relator Especial expone en su séptimo informe (A/CN.4/419, párrs. 4 a 10) las razones que, a su juicio, pueden aconsejar que se renuncie a la idea de intentar tal empresa, apoyándose en los textos, la doctrina y los autores. Ahora bien, dos consideraciones por lo menos son favorables a esta solución. Primero, cabe pensar que la aplicación del código no será únicamente de la competencia de un órgano internacional, sino también y sobre todo de una jurisdicción universal; sin embargo, es de temer que los tribunales nacionales no cuenten con muchos especialistas de derecho internacional y que, si no se define en términos muy concretos el crimen de guerra, la aplicación del código no deje de tener tropiezos. Luego, la historia muestra que las violaciones del derecho de la guerra no son únicamente obra de los ejércitos: basta pensar en los actuales acontecimientos en el Oriente Medio, en América Latina y en Asia, donde no sólo intervienen militares, sino también civiles, e incluso niños. Una lista ofrecería la ventaja de hacer saber a todos, y de manera explícita, lo que es un acto criminal y lo que no lo es. Por las razones que acaba de indicar, el Sr. Francis opina que el artículo 13 debe contener, en toda la medida de lo posible, una lista no exhaustiva de los crímenes de guerra.

23. Refiriéndose a la cuestión capital de la «gravedad» de las violaciones que constituyen crímenes de guerra, el Sr. Francis recuerda que un crimen de guerra es siempre un crimen «grave», en todo caso en el plano subjetivo. No obstante, para que el código tenga sentido, hace falta que reconozca varios grados de gravedad, como aconseja el Relator Especial. Efectivamente, hay que hacer una distinción entre el soldado que priva a su prisionero de una comida y el que somete a un rehén a la tortura. Podrían citarse otros muchos ejemplos para ilustrar la gama de violaciones posibles: su número mismo impone la necesidad de calificar el crimen de guerra por su gravedad.

24. Pasando a referirse a continuación al proyecto de artículo 14, y más particularmente a la cuestión del *apartheid*, el Sr. Francis dice que, para definir este crimen, se podría utilizar una de las fórmulas de la primera variante del párrafo 2, a saber: «la institución de todo sistema de gobierno basado en la discriminación racial, étnica o reli-

<sup>12</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 11.

giosa», insertando un párrafo de introducción que precedería la enumeración detallada de las políticas y prácticas que constituyen el *apartheid*. En todo caso, hay que señalar que estas políticas y prácticas ofrecen por ahora el único ejemplo en que el futuro código ha sido ya violado punto por punto. Si a ello se agrega que el fenómeno tiene 40 años de duración pese a las intervenciones de las Naciones Unidas, es evidente que es absolutamente indispensable incluir el *apartheid* dentro del código.

25. En lo que concierne a la esclavitud, parece que la fórmula «la esclavitud, o cualquier otra forma de servidumbre, en particular el trabajo forzoso» en el párrafo 3, adolece de falta de claridad. Así, por ejemplo, existen relaciones entre la servidumbre y la esclavitud que no son recíprocas. Para evitar toda confusión, sería preferible hablar sólo de la esclavitud, sin perjuicio de que se inserten en otro lugar los conceptos de servidumbre y de trabajo forzoso.

26. Los comentarios del Relator Especial sobre los proyectos de artículos propuestos son excelentes, en particular los párrafos que tratan de los daños a los bienes (*ibid.*, párrs. 47 a 58). Estas consideraciones están perfectamente motivadas y es muy justo que los daños a los bienes estén previstos en el código. Las reflexiones dedicadas al fenómeno histórico de la esclavitud en África (*ibid.*, párr. 52) son muy pertinentes. Asimismo, a propósito del carácter masivo sistemático de los crímenes contra la humanidad, el análisis del Relator Especial es convincente y cabe llegar como él a la conclusión de que un acto individual puede constituir un crimen contra la humanidad si, sin ser masivo, constituye el eslabón de una cadena y está ligado a un sistema o a un plan (*ibid.*, párr. 67).

27. El Sr. Francis sugiere que los proyectos de artículos 13 y 14 se remitan al Comité de Redacción.

28. El Sr. KOROMA señala que, en lo que concierne al proyecto de artículo 13, el Relator Especial pide a la Comisión que se ocupe de tres cuestiones: la definición del crimen de guerra, la terminología y el criterio de la gravedad.

29. Sobre la primera de estas cuestiones, algunos miembros de la Comisión juzgan preferible atenerse a una definición general de los crímenes de guerra, mientras que los otros son partidarios de agregar a esta definición una lista de actos criminales. Estas dos posiciones no son por lo demás fundamentalmente contrapuestas, puesto que es evidente que de todos modos esa lista sólo tendrá un carácter indicativo. Si la Comisión decidiera establecer esta lista, podría inspirarse en el estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>13</sup>, que, como ha recordado el Sr. Yankov (2098.ª sesión), después de haber definido los crímenes de guerra como «violaciones de las leyes o usos de la guerra», da una lista no limitativa: el asesinato, el maltrato, la deportación de poblaciones civiles, etc. (art. 6 d). Pero el Sr. Koroma no ve tampoco un grave inconveniente en contentarse con una definición general suficientemente amplia, si ése es el deseo de la mayoría de la Comisión. En tal caso es cuando se plantean los problemas de terminología.

30. A este respecto, aunque el derecho de la guerra sea en la actualidad esencialmente de origen convencional, no por ello hay que descuidar la importancia de la costumbre.

En efecto, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre<sup>14</sup> no solamente siguen en vigor, sino que contienen disposiciones que se refieren a la protección de la población civil, y se considera incluso que el Convenio de Ginebra de 1949 en la materia completa las secciones II y III del Reglamento anexo al Convenio de La Haya de 1907. El preámbulo del Convenio de La Haya de 1907 dice:

Mientras aguardan que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

Partiendo de estos principios, el Tribunal de Nuremberg, como lo recuerda el Relator Especial en su séptimo informe (A/CN.4/419, párr. 9), afirmó que las leyes de la guerra no sólo se encontraban en los tratados, sino que se desprendían también de las costumbres y prácticas progresivas y universalmente reconocidas por la doctrina y por la jurisprudencia de los tribunales militares. Y es cierto que ese derecho no es inmutable, sino que se adapta sin cesar a las necesidades de un mundo en transformación.

31. El Sr. Koroma comparte, pues, el punto de vista del Sr. Ogiso y considera que la definición adoptada por la Comisión deberá tener en cuenta a la vez el derecho consuetudinario y los convenios sobre el derecho de la guerra, pero también las convenciones y los principios generales del derecho relativos a los conflictos armados. Asimismo, prefiere la segunda variante propuesta para el proyecto de artículo 13. Juzga importante, además, hablar de «conflictos armados» en vez de «guerra», a fin de que no haya ningún vacío jurídico en la definición de los crímenes de guerra. La Comisión, en su labor de desarrollo progresivo del derecho, debe consagrar la terminología nueva aceptada por la comunidad internacional en general.

32. En cuanto al criterio de la gravedad, el Sr. Koroma considera que, en rigor, esa cuestión no afecta a la definición, sino a las sanciones. En efecto, toda violación de las leyes de la guerra constituye un crimen de guerra del cual su autor puede estar llamado a responder, civil y penalmente, cualquiera que sea la gravedad del acto. Como ha dicho el Relator Especial, en los Convenios de Ginebra de 1949 es donde tiene su origen la noción de «infracciones graves», las cuales constituyen crímenes de guerra si se cometen aisladamente o en una escala limitada, y crímenes contra la humanidad si se cometen en gran escala, independientemente de su gravedad. La gravedad está ligada, pues, no a la naturaleza del acto, sino a sus circunstancias. Este criterio está por otra parte confirmado por los Convenios de Ginebra, que establecen la competencia universal para todos estos crímenes. El Sr. Koroma es partidario, por consiguiente, de que se suprima el término «grave», que aparece entre corchetes en el proyecto de artículo 13.

33. Con respecto al proyecto de artículo 14, el Sr. Koroma, si bien aprueba que el Relator Especial haya recogido el concepto de crimen contra la humanidad, opina que sería útil dar una definición de ese concepto. Por otra parte, todos los elementos necesarios para esa definición

<sup>13</sup> *Ibid.*, nota 7.

<sup>14</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 5.

están presentes en el séptimo informe. El más importante de todos, según el Sr. Koroma, es que esos crímenes se cometen contra la humanidad entera, contra el género humano mismo. Si la Comisión decide adoptar una definición, también en este caso podrá inspirarse en el artículo 6 c del estatuto del Tribunal de Nuremberg, que define los crímenes contra la humanidad como «el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos...».

34. El Sr. Koroma considera que nadie se opondrá a que el genocidio y el *apartheid* figuren entre los crímenes contra la humanidad. Por otra parte, son muchos los Estados que han ratificado la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. En cuanto al *apartheid*, desde hace mucho tiempo ha sido condenado universalmente por la comunidad internacional como una violación patente del derecho internacional y como un crimen contra la humanidad. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968<sup>15</sup>, por ejemplo, agrega a los crímenes contra la humanidad definidos en el estatuto del Tribunal de Nuremberg «la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid*... aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos (art. I b). Asimismo, el artículo 85, párrafo 4 c, del Protocolo I<sup>16</sup> adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, considera como infracciones graves «las prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal».

35. De las dos variantes propuestas para el párrafo 2 del artículo 14, sobre el *apartheid*, el Sr. Koroma prefiere la segunda. Si bien recoge casi palabra por palabra el artículo II de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* —aprobada, hay que recordarlo, por la abrumadora mayoría de los Estados del mundo entero—, no menciona expresamente esta Convención, lo que podría permitir que la acepte un mayor número de Estados. El Sr. Koroma opina igualmente, por razones idénticas, que conviene mantener la mención del África meridional en la segunda variante, aunque por supuesto no tiene ninguna objeción de principio a su supresión. En efecto, si bien es cierto que los actos previstos se cometen también en otros lugares del mundo, sólo en el África meridional se ha erigido el *apartheid* en política oficial: en los otros países donde existe el problema se hacen esfuerzos para combatirlo. Al tratar de ampliar la definición se corre el riesgo de hacerla más difícil de aceptar por todos los Estados.

36. El Sr. Koroma es igualmente partidario de incluir entre los crímenes contra la humanidad la esclavitud y la trata de esclavos, así como la expulsión de poblaciones de su territorio o su traslado forzoso y la modificación de la composición demográfica de un territorio. Todavía hoy se da el caso de que en diferentes partes del mundo, en nombre del desarrollo, poblaciones autóctonas sean expulsadas de sus territorios o trasladadas por la fuerza o que una población extranjera sea instalada en un territorio, a

costa de grandes sufrimientos para todos. La denuncia de este fenómeno por la Comisión podría tener un efecto saludable y contribuir a hacer cesar estas prácticas crueles.

37. Por último, el Sr. Koroma aprueba que se tipifiquen en el proyecto de código como crímenes los daños contra los bienes de interés cultural.

38. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que su intervención girará en torno a los crímenes contra la humanidad, pero que, antes de abordar las disposiciones propuestas por el Relator Especial, hará algunas observaciones de carácter general, que por lo demás pueden aplicarse igualmente a otras partes del proyecto de código.

39. La división del proyecto en tres partes —crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad— es útil, pero solamente por razones de comodidad: esta tipificación de los crímenes no tiene otra justificación, pues un mismo acto puede muy bien calificarse de crimen por distintos conceptos. Sería preferible, pues, que las expresiones «crímenes contra la paz», «crímenes de guerra» y «crímenes contra la humanidad» constituyan únicamente títulos de sección en el interior mismo de las diversas partes del proyecto de código, y que éste, al igual que la mayoría de los códigos penales, comience con una parte dedicada a los principios generales, seguida de una parte que trate de cada hecho tipificado como crimen. La Comisión debería atenerse a la idea de dedicar un artículo separado a cada crimen, en particular los enumerados en el proyecto de artículo 14, que podrían reunirse bajo el título de «Crímenes contra la humanidad».

40. La redacción de los proyectos de artículos requiere por otra parte un esfuerzo de uniformización. Cada proyecto de artículo de la segunda parte debería describir los actos que están comprendidos dentro del ámbito del código, en lugar de conceptos o situaciones de carácter general. Facilitaría este trabajo de redacción la presencia de un artículo preliminar que podría concebirse así: «Los hechos descritos en la presente parte constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», o bien «Los hechos descritos en la presente parte son crímenes punibles en virtud del presente código», o también «Los hechos descritos en la presente parte son crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sujetos a las penas prescritas en cada artículo» (en el supuesto de que la Comisión introduzca en el proyecto de código disposiciones sobre las penas aplicables). Los trabajos emprendidos hasta ahora sobre la cuestión tienen precisamente el inconveniente de que la Comisión todavía no ha decidido si en el proyecto se mencionarán las penas, o si se reservará a los tribunales nacionales la función de fijar las sanciones, o bien si el código remitirá en este punto a la legislación de los Estados. Para el Sr. Calero Rodrigues, un instrumento jurídico no merece el nombre de código si no prevé sanciones.

41. El Sr. Calero Rodrigues considera, lo mismo que el Sr. Mahiou (2097.ª sesión), que el proyecto de artículo 14 no plantea problemas de fondo particulares. La enumeración de los seis crímenes no suscita objeciones, y no se ha sugerido que se agreguen otros. El único problema consiste en la manera de definirlos, y tampoco debería ser difícil llegar a un texto aceptable para la mayoría de los miembros de la Comisión. La tarea principal, en lo que concierne a los crímenes contra la humanidad, incumbe, pues, al Comité de Redacción.

<sup>15</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 754, pág. 90.

<sup>16</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 11.

42. Para definir los dos primeros crímenes —el genocidio y el *apartheid*—, la Comisión puede inspirarse en varias convenciones. Por lo demás, en general, debería separarse lo menos posible de los instrumentos internacionales existentes para definir los crímenes previstos en el código. El Relator Especial procede, pues, acertadamente al mantenerse fiel a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, que es tanto más útil cuanto que en ella se encuentran enumerados en el artículo II cinco hechos que constituyen un acto de genocidio. Ahora bien, en lo que se refiere al sentido que hay que dar a las palabras «en especial», utilizadas en el párrafo 1 del proyecto de artículo 14, el Sr. Calero Rodríguez pregunta si, a pesar de la existencia de esa expresión, la enumeración que sigue no tiene un carácter exhaustivo. Recuerda que la enumeración que figura en el artículo II de la Convención sobre genocidio está en realidad claramente concebida en este sentido.

43. En el caso del *apartheid* (párr. 2), hay que reconocer que la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* es un poco menos útil, porque el crimen de *apartheid* engloba ciertas «políticas» y porque ese término requiere aclaraciones. La Comisión podría esforzarse por definir los hechos que se enumeran en el artículo II de la Convención, haciendo más precisa su redacción y tal vez mencionando expresamente los actos cometidos dentro del marco del *apartheid*.

44. Hay también convenciones en el caso de la esclavitud (párr. 3), pero éstas se refieren a instituciones; de ahí la necesidad de adaptar el texto para definir con precisión los hechos que entran dentro del ámbito de la esclavitud. Al igual que otros varios miembros de la Comisión, el Sr. Calero Rodríguez considera que hay que mostrarse prudentes a propósito del «trabajo forzoso». Este se menciona en el artículo 5 de la Convención sobre la esclavitud<sup>17</sup>, pero esa disposición se contenta con indicar la obligación de los Estados Partes de tomar todas las medidas necesarias para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud. La Convención se ocupa, pues, más que del trabajo forzoso, del riesgo de que el trabajo forzoso se convierta en esclavitud. Toleraría incluso —claro está que data de 1926— el trabajo forzoso u obligatorio con fines públicos. Posteriormente, dos instituciones, la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba, han sido declaradas fuera de la ley. En cuanto al trabajo forzoso, fue abolido por el Convenio N.º 105 de la OIT, de 1957<sup>18</sup>. Esos textos podrían servir de base para los trabajos de la Comisión, pero a condición de que ésta los modifique de modo que los hechos sancionados por el código sean definidos claramente.

45. El Sr. Calero Rodríguez considera que el párrafo 4 del proyecto de artículo 14 adolece de falta de rigor, por una parte, porque no se ve muy bien qué hay que entender por las palabras «su territorio» en el apartado *a* y sería preferible referirse a «territorio ocupado» y, por otra parte, porque «la modificación de la composición demográfica de un territorio extranjero» (apartado *c*) sólo puede provenir de la expulsión de una población o de su traslado forzoso, o del establecimiento de colonos, o incluso de uno y otro hecho combinados. Para este párrafo igualmente, la Comisión podría inspirarse en un instrumento inter-

nacional: en este caso, el Protocolo I<sup>19</sup> adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, cuyo artículo 85, párrafo 4 *a*, menciona como hechos constitutivos de infracciones graves: «El traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio».

46. El párrafo 5 del proyecto de artículo 14 constituye un buen punto de partida, pero habría que examinar detenidamente cada uno de los hechos que en él se enumeran para ver si encajan dentro de esta disposición, en particular la destrucción masiva de bienes, y precisar la exposición de motivos.

47. Por último, al igual que otros miembros de la Comisión, el Sr. Calero Rodríguez juzga demasiado vaga la noción de «bien de interés vital» (párr. 6). Si la Comisión decide mantenerla, tendrá que darle un sentido más preciso. En todo caso, el daño grave o intencional a los bienes culturales encajaría en el párrafo 5 o bien en un artículo separado más que en una disposición en que se prevén los daños graves e intencionales al medio ambiente. También aquí el Protocolo adicional I es útil, puesto que en el párrafo 1 de su artículo 55 dice: «En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. [...]» La Comisión haría bien asimismo en referirse al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>20</sup>.

48. En respuesta al Sr. Koroma, según el cual toda infracción de los Convenios de Ginebra constituiría un crimen de guerra, el Sr. Calero Rodríguez señala que no es eso lo que dice el párrafo 5 del artículo 85 del Protocolo adicional I, relativo a la represión de las infracciones: «Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra». Para que haya crimen es preciso, pues, según ese texto, que la infracción sea «grave». En cambio, el Sr. Calero Rodríguez suscribe el parecer del Sr. Barboza sobre la cuestión, que corresponde a la noción de la infracción grave tal como se desprende de los Convenios y de sus Protocolos adicionales, en particular del artículo 147 del IV Convenio<sup>21</sup>:

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

49. Como se ve, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales no se limitan a hablar de infracciones y

<sup>19</sup> *Ibid*, nota 11

<sup>20</sup> *Ibid*, nota 19

<sup>21</sup> Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, pág. 287). En español, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pag. 138.

<sup>17</sup> Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LX, pág. 253

<sup>18</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 24



de infracciones graves: precisan los hechos que constituyen infracciones graves. La Comisión podría inspirarse en ellos, por ejemplo, para establecer una lista de crímenes, aunque el Sr. Calero Rodrigues, personalmente, abriga dudas en cuanto a la oportunidad de una lista, en vista de la imposibilidad de establecer una lista completa y del escaso interés jurídico de una lista indicativa. Por lo menos la Comisión, si quiere hablar de infracciones graves, podría seguir el ejemplo que ofrecen estos instrumentos, indicando cuáles son los hechos que constituyen infracciones de esta naturaleza.

50. El Sr. BARSEGOV dice que le parece que los trabajos de la Comisión sobre la cuestión, lo mismo que sobre otros temas, saldrían beneficiados si los miembros de la Comisión estuvieran mejor informados de los trabajos de otros organismos de las Naciones Unidas. Desde hace mucho tiempo ya, por ejemplo, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías se ocupa de las cuestiones del genocidio y ha emprendido estudios con miras a fortalecer la eficacia de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Personalmente, el Sr. Barsegov no es muy optimista con respecto a la lucha emprendida por los Estados contra el genocidio: los actos de genocidio han sido numerosos desde la adopción de la Convención, y ésta no ha sido aplicada nunca. Pero ello es precisamente lo que explica la atención que la Subcomisión dedica al estudio del problema. ¿Podría la Secretaría distribuir a los miembros de la Comisión el estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1978<sup>22</sup>, y la versión revisada y actualizada de este estudio que el Sr. B. Whitaker preparó en 1985<sup>23</sup>, o por lo menos este último documento?

51. El PRESIDENTE dice que el Grupo de Planificación debatió la cuestión en el anterior período de sesiones, pero que tal vez sería oportuno tratarla nuevamente, ya que podría ser útil, en efecto, disponer de cierto número de documentos como referencia, en particular los estudios citados por el Sr. Barsegov, pero también el proyecto de código penal internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, del que tal vez no tengan conocimiento todos los miembros de la Comisión. Sugiere que en adelante se invite a los relatores especiales a que faciliten a la Secretaría la lista de los documentos que los miembros de la Comisión podrían necesitar para el estudio de sus informes.

52. El Sr. CALERO RODRIGUES recuerda que la Secretaría preparó en 1983 un compendio de instrumentos internacionales que guardan relación con el proyecto de código<sup>24</sup>. Si la Secretaría no puede distribuir todos los instrumentos mencionados en el compendio, ¿no podría quizás actualizar el compendio mismo?

53. El PRESIDENTE recuerda que el compendio fue distribuido en el período de sesiones anterior, en su forma original.

54. El Sr. KOROMA dice que ha leído con sorpresa en el penúltimo párrafo del documento ILC(XLI)/Conf.Room Doc.2 que la Comisión aplicará su programa de trabajo «sin indebido despilfarro de los recursos de la Secretaría».

La Comisión no tiene la costumbre de despilfarrar los recursos puestos a su disposición. Esta frase, que lleva implícita una crítica a la Comisión, debería suprimirse.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2100.ª SESIÓN

*Jueves 11 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación)** [A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC (XLI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 5 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra) y

ARTÍCULO 14 (Crímenes contra la humanidad)<sup>4</sup> (continuación)

1. El Sr. ROUCOUNAS dice, en relación con el artículo 14, que, como el Sr. Barsegov (2099.ª sesión), al analizar el texto propuesto se sintió tentado de buscar otros documentos relativos al crimen de genocidio elaborados por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas. El informe más reciente sobre la materia, preparado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en 1985<sup>5</sup>, pone de manifiesto que, desgraciadamente, el genocidio no pertenece sólo al pasado. Como señaló el Sr. Boutros-Ghali (2097.ª sesión), en algunos casos se ha podido movilizar a la opinión pública mundial sólo después de ocurrido el hecho. Por otra parte, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, ha sido invocada raramente en los tribunales; el informe de 1985 se refiere sólo a un caso de este género.

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2096.ª sesión, párr. 2.

<sup>5</sup> E/CN.4/Sub.2/1985/6 y Corr.1.

<sup>22</sup> E/CN.4/Sub.2/416.

<sup>23</sup> E/CN.4/Sub.2/1985/6 y Corr.1.

<sup>24</sup> Documento A/CN.4/368 y Add.1 (mimeografiado).



2. El planteamiento adoptado por el Relator Especial en el artículo 14 es excelente, sobre todo por haber incluido la expresión «en especial» antes de la enumeración de los crímenes de genocidio en el párrafo 1. De conformidad con la Convención de 1948, la competencia para conocer de tales asuntos se limita a los tribunales del país o territorio en que haya sido cometido el acto supuestamente delictivo, limitación que sólo en parte elimina la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, sobre los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. El proyecto de código que se examina tiene en cuenta esos defectos y amplía el ámbito del concepto de genocidio para abarcar los actos perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

3. Mientras que la definición de la Convención de 1948 no abarca todos los actos de genocidio, la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, de 1973, ha sido criticada por algunos gobiernos por su excesiva amplitud. A su juicio, la primera variante propuesta para el párrafo 2 del artículo 14 no debería usarse, por los motivos que expuso (2096.ª sesión) en relación con la primera variante del proyecto de artículo 13. Es perfectamente posible emplear términos idénticos o similares a los de un convenio sin citar expresamente el instrumento, e incluir las referencias necesarias en el comentario. En la segunda variante del párrafo 2 sería oportuno suprimir las palabras que figuran entre corchetes, «tal como se practican en el África meridional», con objeto de poner la cláusula preliminar en consonancia con lo que viene después. En realidad, convendría reexaminar en su integridad la cláusula preliminar del artículo.

4. En relación con la esclavitud (párr. 3), el *obiter dictum* de la CIJ sobre las obligaciones *erga omnes*, que se cita con tanta frecuencia, ha dado pie a abundantes comentarios doctrinales. Sin embargo, la CIJ declaró claramente que por lo menos tres crímenes son universalmente punibles, y es obvio que hay que mencionar ese aspecto en el proyecto. La Comisión puede optar entre el concepto tradicional de esclavitud, tal como figura en la Convención sobre la esclavitud, de 1926<sup>6</sup>, y la definición más amplia contenida en la Convención suplementaria de 1956<sup>7</sup>, que se refiere a la «esclavitud... y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud». Los órganos competentes de las Naciones Unidas, en particular la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, han estudiado los problemas relativos a la esclavitud y sus informes tienen pertinencia para la formulación del proyecto, puesto que el alcance del concepto de esclavitud se ha ampliado en los últimos años para incluir la servidumbre por deudas y una variedad de otras formas de explotación.

5. Conviene asimismo tomar en consideración el alcance del concepto de trabajo forzoso, que ha sido abordado de manera diferente por distintas organizaciones del sistema de las Naciones Unidas y en los instrumentos internacionales pertinentes. La Organización Internacional del Trabajo, por ejemplo, suele dar una interpretación amplia

basada en el Convenio de la OIT N.º 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso<sup>8</sup>. Quizás fuera apropiado referirse a «la esclavitud o el trabajo forzoso similar a la esclavitud» a fin de poner de relieve la relación entre las dos formas de explotación, e indicar que ambas constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

6. En cuanto a la expulsión de poblaciones (párr. 4), en el período de sesiones anterior se refirió al artículo 85 del Protocolo Iº adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, pero también convendría mencionar el artículo 147, sobre infracciones graves, del IV Convenio de Ginebra<sup>9</sup>, que ha sido aceptado universalmente. El comentario preparado por Pictet en 1956<sup>11</sup> da detalles a este respecto y el análisis del artículo 49 del Convenio, sobre deportaciones, traslados y evacuaciones, indica el alcance de la prohibición. Además, Schwarzenberger expone la situación a la luz del Convenio de La Haya de 1907 y el derecho consuetudinario correspondiente, señalando que «la ilegalidad se da por sentada»<sup>12</sup>.

7. Por último, en su análisis a los atentados contra los bienes en su séptimo informe (A/CN.4/419, párrs. 47 y ss.), el Relator Especial distingue como es debido entre las situaciones de conflicto armado y aquellas en que la destrucción de bienes se produce cuando no hay conflicto armado. Aprueba el criterio del carácter masivo empleado por el Relator Especial, así como las referencias al genocidio cultural, que no son objeto de ninguna disposición de la Convención sobre el genocidio de 1948. Del mismo modo, es oportuno subrayar que la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1954<sup>13</sup>, también tiene por objeto la protección de esos bienes en tiempo de paz. Además, hay que señalar que la Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural, de 1972, de la UNESCO<sup>14</sup>, guarda relación con la cuestión de los atentados contra los bienes culturales en cuanto que contiene disposiciones sobre determinados bienes inscritos en un registro y reconocidos como parte del patrimonio común de la humanidad.

8. El Sr. SOLARI TUDELA dice que acoge con satisfacción las propuestas del Relator Especial, pero le es difícil aceptar la primera variante del proyecto de artículo 13, que se refiere a «las leyes o usos de la guerra», expresión que suscita un problema terminológico al incorporar un concepto superado por la evolución del derecho humanitario. La guerra misma está prohibida por la Carta de las Naciones Unidas, y por lo tanto esa formulación es obsoleta. La primera variante también plantea un problema de fondo, pues la referencia al Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 puede causar dificultades a los Estados que no son parte en ese instrumento.

<sup>8</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 24.

<sup>9</sup> *Ibid.*, nota 11.

<sup>10</sup> Véase 2099.ª sesión, nota 21.

<sup>11</sup> J. S. Pictet, ed., *Commentaire — La Convention (IV) de Genève (relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre)*, CICR, Ginebra, 1956.

<sup>12</sup> G. Schwarzenberger, *International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1968, vol. II, *The Law of Armed Conflict*, pag. 227.

<sup>13</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 249, pag. 293.

<sup>14</sup> UNESCO, *Actas de la Conferencia General, 17.ª reunión, París, 17 de octubre-21 de noviembre de 1972*, vol. 1, *Resoluciones, Recomendaciones*, pag. 140.

<sup>6</sup> Véase 2099.ª sesión, nota 17.

<sup>7</sup> Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 266, pag. 66).

9. Sin embargo, si se aprueba la segunda variante tiene que quedar entendido que los acuerdos internacionales mencionados son los que han recibido el apoyo de una mayoría representativa de los Estados; insistir en que los instrumentos de que se trata deben ser aceptados universalmente supondría poner obstáculos en el camino de la codificación y de la aceptación general del código mismo.

10. Por lo que respecta a la forma, el texto debería contener una definición general de los crímenes de guerra y una lista de tales crímenes, aunque no exhaustiva. Este planteamiento sería consistente con los precedentes.

11. El planteamiento adoptado por el Relator Especial en el proyecto de artículo 14, sobre los crímenes contra la humanidad, es diferente. La constante evolución del derecho penal internacional, que engloba ahora crímenes como el *apartheid*, los atentados contra el medio humano y la expulsión de poblaciones, ninguno de los cuales figura en el proyecto de código de 1954, hace necesario adoptar una definición mixta, en parte general y en parte enunciativa.

12. Está de acuerdo en general con el ámbito del crimen de genocidio tal como se define en el párrafo 1, que es compatible con la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y con el párrafo 10 del artículo 2 del proyecto de código de 1954.

13. De las variantes del párrafo 2, sobre el *apartheid*, la segunda es más detallada y, por lo tanto, más idónea. Como el término mismo deriva su existencia del sistema practicado en el África meridional, no ve ningún motivo para no referirse específicamente a esa región en el comentario al artículo.

14. Son necesarias algunas aclaraciones con respecto al párrafo 3, sobre la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso; dicha disposición incorpora al proyecto de código infracciones que constituyen no sólo una violación del derecho humanitario, sino también un crimen contra la humanidad, es decir, les atribuye el rango más alto en la jerarquía de las infracciones del derecho penal internacional. Hay que aclarar el texto para indicar en qué consisten tales infracciones.

15. Es apropiado que el artículo mencione la expulsión de poblaciones de su territorio (párr. 4). En su propio país se produjo una situación de esta índole en el siglo XX, y la inclusión de ese crimen en el proyecto de código contribuiría a impedir que tales hechos se repitieran en el futuro. El párrafo 5, sobre los actos inhumanos, es aceptable en principio, pero es necesario dar mayores detalles con respecto a los casos de persecución a que se refiere. Las persecuciones adoptan muchas formas diferentes.

16. Finalmente, el párrafo 6, destinado a penar los atentados contra un bien vital para la humanidad, como el medio humano, dispone que tales actos deben ser considerados como crímenes contra la humanidad siempre que sean graves e intencionales. Actualmente se observa una tendencia a incluir este tipo de delitos en el derecho penal: en Francia, por ejemplo, una reforma del Código Penal incluirá una sección sobre los delitos contra el medio ambiente. Ahora bien, el artículo propuesto tiene como condición para identificar este crimen la intencionalidad, y por lo menos un miembro de la Comisión ha subrayado la necesidad de la existencia de esta condición.

17. Hay actos que en tiempo de guerra no sería difícil de identificar como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por atacar además contra el medio ambiente: un ataque nuclear o el empleo de armas químicas tendrían esta doble incriminación. Un crimen contra la humanidad puede cometerse no sólo en tiempo de guerra, sino también en tiempo de paz; pero en tiempo de paz es más difícil caracterizar un atentado contra el medio ambiente, porque aun cuando sea grave el atentado, la intencionalidad en muchos casos será otra. Será la obtención de un beneficio económico, como es la fabricación de clorofluorocarbonos, que destruyen la capa de ozono y que pueden convertir el planeta en un desierto, o será hecho en aras del progreso tecnológico, como puede suceder con una explosión nuclear. En ambos casos la intención no será destruir o atacar contra el medio humano, por más grave que en ambas situaciones en realidad se atente. Así, alternativamente a la intencionalidad, debe considerarse que estos actos son cometidos con intención o a sabiendas contra un bien de interés vital para la humanidad.

18. El objetivo del código no será sólo penalizar, sino prevenir, y de esta manera logrará mejor su objetivo en la preservación de un bien vital para la humanidad.

19. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ señala que el séptimo informe (A/CN.4/419) es la lógica continuación de los informes anteriores del Relator Especial y de los debates celebrados sobre el tema en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

20. Por lo que respecta al proyecto de artículo 13, señala que en la Carta de las Naciones Unidas se condena la guerra, por lo que parece fuera de lugar referirse en el proyecto de código a las «leyes o usos de la guerra». Por esto, prefiere la segunda variante del artículo, con tal de que se deje claramente sentado, mediante el uso de la definición contenida en la primera variante, que por «conflicto armado» se entiende el conflicto armado tanto internacional como no internacional.

21. El concepto de «violación grave», o infracción grave, de las normas de derecho internacional ha experimentado una considerable evolución, hasta ser calificada de crimen internacional por el Tribunal de Nuremberg y los Convenios de Ginebra de 1949. La gravedad de la infracción contiene un elemento subjetivo que no se presta fácilmente a la definición. Por consiguiente, está de acuerdo con la opinión de que habría que elaborar una lista no exhaustiva de ejemplos de crímenes de guerra; una lista de este género también guardaría un paralelo con las listas de los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, habrá que trabajar mucho para dar satisfacción a todos los que desean incluir crímenes concretos. Definir la gravedad de una infracción constituye un problema a la vez práctico y teórico. Se pregunta si una serie de homicidios de dos en dos o de tres en tres constituiría un crimen más o menos odioso que reunir a toda la población de una aldea y fusilarlos a todos. De ser idéntico el número de personas, el resultado, o sea, la aniquilación de la población, sería el mismo.

22. Hay que salvar aún ciertas dificultades con respecto a la segunda variante. Se podría sustituir la expresión «leyes o usos de la guerra» por «principios y normas de derecho internacional».

23. En lo que se refiere al proyecto de artículo 14, está de acuerdo con el Sr. Boutros-Ghali (2097.ª sesión) en que el *apartheid*, como práctica institucionalizada, no se

limita a Sudáfrica. En realidad, se dan casos en América Latina, cuando se elimina una población indígena para apoderarse de sus tierras y explotarla con otros fines. Estos casos constituyen un doble crimen: un crimen de genocidio y un crimen contra la humanidad en la medida en que se destruyen el medio ambiente y el sistema ecológico. También en América del Norte, poblaciones minoritarias han sido agrupadas en reservas. Jurídicamente, privar a un pueblo, por motivos lingüísticos o culturales, del derecho a gozar de los frutos del progreso es un crimen. Por consiguiente, prefiere la segunda variante propuesta para el párrafo 2, que es mucho más específica y contiene una lista no exhaustiva de actos constitutivos de *apartheid*. Conviene suprimir las palabras «tal como se practican en el África meridional» que figuran entre corchetes.

24. En cuanto a otros crímenes contra la humanidad, algunos no figuran en la lista, como el tráfico de estupefacientes, que es una infracción internacional de conformidad con una serie de convenios internacionales existentes. Como atentado contra la salud de toda la humanidad, esa infracción debe ser considerada un crimen contra la humanidad. Otros crímenes comparables son los usos de ingenios atómicos o nucleares en tiempo de paz, que atacan contra el medio ambiente, o el empleo de armas químicas, con sus efectos indiscriminados, durante conflictos armados.

25. No es anacrónico incluir la esclavitud en la lista de crímenes contra la humanidad. Esta práctica, además, está prohibida por la Convención sobre la esclavitud de 1926 y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, de 1956, así como por el artículo 99 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar<sup>15</sup>. Hay que mencionarla, pues, en el proyecto, aunque es menester actualizar su definición. En cuanto a la expulsión de poblaciones de su territorio o su traslado forzoso, es vitalmente importante que figure como crimen contra la humanidad, con el enunciado propuesto por el Relator Especial (párr. 4). América Latina sufre todavía las consecuencias de esos traslados forzados impuestos por el colonialismo. Es igualmente acertado que el trabajo forzoso se incluya en el proyecto, ya que también forma parte del sistema colonial. Las poblaciones son trasladadas a veces para modificar la composición demográfica de un territorio, como ocurrió en las Islas Malvinas (Falkland), en las que se expulsó a toda la población para sustituirla por colonos.

26. Los actos inhumanos enumerados en el párrafo 5 deberían incluir la destrucción de hogares al igual que la destrucción masiva de bienes. Está de acuerdo con la formulación del párrafo 6, en especial la inclusión del elemento intencional, que es fundamental en todos los sistemas de derecho penal. El daño deliberadamente causado a un bien de interés vital para la humanidad podría incluir la destrucción del medio ambiente y los bienes de un grupo étnico.

27. Finalmente, la Comisión debería tratar de establecer un nexo entre el contenido de los artículos 13 y 14 y el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 84 V 3), pág. 155, documento A/CONF 62/122

<sup>16</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 19

28. El Sr. BARSEGOV recuerda que durante el examen del quinto informe del Relator Especial en el 39.º período de sesiones de la Comisión señaló que en el proyecto de código no se distinguían debidamente dos conceptos, a saber, el «móvil» y la «intención», como elementos subjetivos constitutivos del delito, aunque ambos se distinguían por separado en todos los sistemas jurídicos<sup>17</sup>. Señala que la intención como elemento constitutivo de crímenes como el genocidio y el *apartheid* es un concepto firmemente arraigado. No está claro, sin embargo, si se utiliza el término «móvil» en relación con los crímenes contra la humanidad, como en los informes anteriores, como elemento subjetivo constitutivo del crimen. Parece que en el proyecto de artículo 14, el Relator Especial considera la existencia del móvil como razón de la criminalidad del acto. Así pues, desea aclarar la importancia de los elementos subjetivos en los crímenes contra la humanidad, especialmente el genocidio y el *apartheid*.

29. Según el informe sobre el genocidio preparado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en 1985<sup>18</sup>:

Es el elemento de intencionalidad de destruir total o parcialmente un grupo designado lo que hace que los crímenes de matanzas en masa y los de lesa humanidad se puedan calificar como crimen específico de genocidio. Por otro lado, no se menciona la pertinencia del motivo (Párr. 38)

Demostrar ese elemento de intención subjetiva es mucho más difícil que aducir una prueba objetiva (párr. 39); no es probable que otros casos de genocidio estén documentados tan ampliamente como los actos de genocidio perpetrados por el régimen nazi. Por consiguiente, un tribunal debe poder inferir la intención necesaria de un conjunto suficiente de pruebas. En ciertos casos, ello incluya quizás acciones u omisiones de tal grado de negligencia criminal o imprudencia temeraria que deba suponerse razonablemente que el demandado tiene que haber tenido conciencia de las probables consecuencias de su acto. Esta es una opinión generalmente conocida en lo concerniente al crimen de genocidio. Pieter Drost, en su estudio sobre el genocidio, de 1959, observa que, a falta de disposiciones en contrario, el texto de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948 no da pie para presumir la existencia de un elemento adicional no escrito en la definición del crimen<sup>19</sup>. Cualesquiera que sean las razones de su perpetración, cualesquiera que sean los móviles públicos o secretos de los actos o medidas dirigidos contra la vida del grupo protegido, si se produce la destrucción de los miembros del grupo como tal, se comete el crimen de genocidio.

30. Por otra parte, el artículo III de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*<sup>20</sup> dispone:

Se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones [...] que

<sup>17</sup> Véase *Anuario* 1987, vol. I, págs. 49 y ss., 1999.ª sesión, párrs. 15 y ss.

<sup>18</sup> Véase nota 5 *supra*

<sup>19</sup> P. N. Drost, *The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples*, Leyden, A. W. Sythoff, 1959, book II, *Genocide*, pág. 84

<sup>20</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1015, pág. 266

a) cometan los actos enumerados en el artículo II [ ] o que participen en su comisión, la inciten directamente o se confabulen para ella,  
[ ]

Se trata de una importante disposición que debe tenerse en cuenta en la tipificación del genocidio, el *apartheid* y todos los demás actos del mismo género a que se refiere el proyecto de artículo 14.

31. Algunos miembros de la Comisión han objetado que la manera como los actos incluidos en la definición de genocidio se enumeran en el párrafo 1 del artículo 14 no es adecuada, ya que da la impresión de que la lista no es exhaustiva. Esa crítica no está justificada, en primer lugar, porque no tiene, a su juicio, ninguna base, y en segundo lugar, lo que es más importante aún, porque los autores de la Convención sobre el genocidio, de 1948, no incluyeron en ella todos los actos constitutivos del crimen de genocidio. Cuando se elaboró la Convención, algunos representantes de la Sexta Comisión de la Asamblea General señalaron que era imposible redactar una lista de esa índole que fuese exhaustiva, ya que el concepto de genocidio era nuevo y no había manera de prever todos los métodos a que podrían recurrir los perpetradores del genocidio. Esos representantes mencionaron el estatuto del Tribunal de Nuremberg en apoyo del argumento según el cual otros crímenes además de los ya tipificados como crímenes de guerra podían ser juzgados como actos de genocidio. Otros expresaron la opinión de que, a falta de una lista exhaustiva, se vulneraría el principio *nulla poena sine lege*. La opinión predominante era que una lista meramente indicativa podía suscitar problemas de interpretación y que los mismos actos podrían ser considerados como un crimen por un país pero no por otro. Se adujo asimismo que siempre sería posible una actualización ulterior de la lista, pero que, en la situación política imperante, las posibilidades de completarla eran muy escasas. Finalmente prevalecieron estos argumentos.

32. La Convención de 1948 se elaboró apresuradamente, bajo la influencia de los acontecimientos ocurridos en la segunda guerra mundial. No tenía en cuenta múltiples precedentes de destrucción de poblaciones enteras por haber sido privadas de sus medios de subsistencia, como la tierra y el agua, u obligadas a emigrar, prácticas que eliminaron a grupos enteros y fueron plenamente probadas después de la adopción de la Convención. Además, no sólo los actos, sino también las omisiones, pueden tener el mismo efecto. El informe de 1985 a que ya se ha referido (párr. 29 *supra*) explica que el comportamiento que en los artículos II y III de la Convención se considera punible como genocidio consiste exclusivamente en la comisión de determinadas acciones; sin embargo, determinados actos conscientes de omisión deliberada pueden conducir a resultados similares, por ejemplo, a los que se mencionan en los apartados *b* y *c* del artículo II. En determinados casos, el abandono o negligencia calculados pueden ser suficientes para destruir total o parcialmente un grupo determinado, por ejemplo, por hambre o enfermedad. El proyecto de artículo 14 reproduce el artículo II de la Convención. Es indudable que el enunciado del inciso iii) del párrafo 1 del proyecto de artículo, «el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial», abarcaría la muerte de todo el grupo por frío, hambre o enfermedad como consecuencia de las llamadas deportaciones.

33. Es evidente que la deportación de poblaciones ente-

ras no puede justificarse por razones de seguridad del Estado o la existencia de un estado de guerra. No puede estar de acuerdo con el Sr. Reuter (2098.ª sesión) en que la deportación sea a veces el menor de dos males. Es cierto que a veces se han producido deportaciones basadas en acuerdos internacionales, por ejemplo, un canje de poblaciones en el contexto de un tratado de paz. Pero la Comisión no examina ese tipo de deportación. Hay precedentes históricos de deportación efectuada deliberadamente con el propósito de eliminar o destruir un grupo nacional por motivos religiosos o raciales. Existen muchas pruebas materiales de deportaciones de ese tipo. Algunas de esas pruebas se encuentran en los informes de los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares alemanes destinados en el imperio otomano, que describen las deportaciones como algo equivalente a la destrucción masiva. Otra fuente imparcial son las memorias del Embajador de los Estados Unidos, Henry Morgenthau. Esas deportaciones fueron tan eficaces como método de destruir un grupo minoritario que se convirtieron en modelo para los traslados masivos de personas a los campos de concentración y su destrucción por los nazis, y sirvieron de base para la tipificación de ese tipo de deportación como crimen internacional.

34. Conviene con el Relator Especial y el Sr. Roucouas en que la deportación obligatoria en masa es en sí misma un crimen internacional contra la humanidad. Al mismo tiempo, la Comisión no debería pasar por alto los vínculos entre la deportación y el crimen de genocidio. El Comité de Redacción debería tener en cuenta el hecho de que actos destinados a desarraigar a poblaciones enteras por motivos de nacionalidad, raza o religión puedan equivaler a genocidio.

35. En su opinión, los proyectos de artículos 13 y 14 pueden remitirse al Comité de Redacción para que continúe su examen teniendo en cuenta los comentarios de los miembros de la Comisión.

36. El Sr. HAYES dice que el excelente séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/419) versa sobre un aspecto difícil y delicado de un tema que es difícil y delicado en su integridad, y lo trata con la habitual erudición y hábil formulación del Relator Especial.

37. Elogia el análisis del concepto de crímenes contra la humanidad (*ibid.*, párrs. 33 a 42) y la exposición sobre los antecedentes del concepto, especialmente su gradual separación del concepto de crímenes de guerra. La distinción trazada entre esos dos tipos de crímenes (*ibid.*, párr. 40) es plenamente convincente, y aprueba la conclusión de que la expresión «crímenes contra la humanidad» es apropiada para designar una categoría distinta, aunque algunos de los actos de que se trata también puedan corresponder a la categoría de crímenes de guerra.

38. Prefiere la segunda variante del proyecto de artículo 13, y opina que hay que conservar la expresión misma de «crímenes de guerra» a causa de sus útiles connotaciones acerca de la naturaleza del crimen. La segunda variante, aun cuando emplea la expresión más moderna de «conflicto armado», también preserva el fundamento histórico por la determinación de la categoría de crímenes de que se trata. No obstante, la definición general debería ser completada mediante una lista claramente designada como no exhaustiva y meramente indicativa. En los diversos instrumentos en vigor pueden encontrarse elementos para esa lista.

39. Hay que mantener sin duda el término «grave». La Comisión ha llegado a la conclusión de que sólo las infracciones graves deben ser consideradas crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad destinados a ser incluidos en el proyecto de código, una conclusión que se aplica lógicamente a cada una de las categorías de tales crímenes. Comprende el punto de vista de quienes opinan que cualquier infracción de las normas internacionales pertinentes debe ser considerada crimen de guerra, pero al mismo tiempo cree que sólo las infracciones graves deben incluirse en el código mismo. La sanción de las infracciones leves debe dejarse al derecho nacional y a la jurisdicción interna. Esta distinción se basa en parte en el concepto de «infracción grave» contenido en los Convenios de Ginebra de 1949, pero está de acuerdo con el Relator Especial (*ibid.*, párr. 19) en que hay que utilizar en el proyecto de artículo 13 la expresión «violación grave» en vez de «infracción grave», porque los dos conceptos no coinciden.

40. Por lo que respecta al proyecto de artículo 14, apoya firmemente las observaciones del Sr. Calero Rodrigues (2099.ª sesión) sobre la necesidad de definir los crímenes según los actos y no según los principios políticos o las prácticas, aunque los actos, por supuesto, pueden ser el resultado de una política o parte de una práctica, o ambas cosas, lo que es un factor que conferiría mayor gravedad al acto. La definición de genocidio del párrafo 1 corrobora ese argumento, puesto que la palabra «acto» se utiliza en la cláusula preliminar y la lista de los incisos i) a v) constituye una serie de actos. La primera variante del párrafo 2, sobre el *apartheid*, también tiene en cuenta ese argumento, pero por otras razones prefiere la segunda variante. Aunque será necesario modificarla, esa modificación no debería resultar demasiado difícil. Como otros miembros de la Comisión, opina que habría que suprimir la referencia al África meridional que figura entre corchetes.

41. Con respecto al párrafo 5, la inclusión del término «otros» antes de «actos inhumanos» es muy significativa, puesto que tal formulación deja abundantemente claro que el genocidio y los demás crímenes mencionados en los párrafos anteriores del artículo también son actos inhumanos. Sería interesante conocer, en relación con esos «otros actos inhumanos», si el Relator Especial está convencido de que el texto del párrafo 5 responde plenamente a los comentarios formulados en su informe (A/CN.4/419, párrs. 44 a 46) y si el comentario que acompaña el artículo es suficiente para asegurarse de que la disposición se interprete de acuerdo con las ideas del Relator Especial.

42. El párrafo 6 constituye una bienvenida adición a la lista de crímenes que figura en el artículo. Finalmente, los artículos 13 y 14 pueden remitirse al Comité de Redacción para que éste los examine teniendo en cuenta el debate.

43. El Sr. TOMUSCHAT dice que el prolongado debate hace más fácil formarse una opinión acerca de la cuestión de si convendría acompañar una lista a la definición de los crímenes de guerra. Por su parte, opina que no es cometido de la Comisión reinventar el derecho humanitario, que se plasmó inmediatamente después de la segunda guerra mundial en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949<sup>21</sup>, completados en 1977 mediante los Protocolos adicionales I y II<sup>22</sup>.

44. El primero de esos Protocolos responde ampliamente al consenso de la colectividad de Estados. Existen, naturalmente, algunos difíciles puntos de desacuerdo que han inducido a un número considerable de Estados a abstenerse de ratificar el Protocolo I, pero, por lo que él sabe, el artículo 85 no es una de las disposiciones discutidas. Dicha disposición se ajusta a lo establecido en los artículos 129 y 130 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, así como a los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de vida a las personas civiles en tiempo de guerra. El concepto clave en todos esos instrumentos es el de infracción «grave». Los autores de los Convenios de Ginebra analizaron minuciosamente la cuestión antes de adoptar el criterio de gravedad, que luego se incluiría explícitamente en el párrafo 5 del artículo 85 del Protocolo adicional I para tipificar los crímenes de guerra. No cabe ninguna duda acerca de la ampliación del concepto de «crimen de guerra». El proyecto de código debería versar sólo sobre las violaciones más graves y capitales. Las infracciones leves o violaciones técnicas de las leyes de la guerra no son pertinentes a los presentes efectos.

45. Se plantea entonces la cuestión de cómo definir la gravedad. Hay dos modos de hacerlo: el primero, basándose en la naturaleza del crimen, y el segundo, teniendo en cuenta las consecuencias del crimen que surgen de las circunstancias concretas de su perpetración. Los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales adoptan claramente el primer método. Dichos instrumentos califican diversas violaciones de «infracciones graves» a causa de sus características. Además, las listas contenidas en esos instrumentos son exhaustivas. Por último, el hecho de que una violación produzca consecuencias particularmente graves no significa que esté comprendida en el ámbito de la definición de «infracciones graves».

46. Estas ideas quizás son nuevas en comparación con el derecho anterior. En su *International Law*, Lauterpacht no menciona las «infracciones graves», sino que define los crímenes de guerra como «actos criminales contrarios a las leyes de la guerra»<sup>23</sup>, una definición que es obsoleta porque, posteriormente, los Convenios de Ginebra han sido ratificados por casi todos los Estados. Conviene añadir que la CIJ, en el fallo dictado en el asunto de *Nicaragua*, sostuvo que existían normas consuetudinarias o «principios generales del derecho humanitario de los que los Convenios [de Ginebra] no son más que la expresión concreta»<sup>24</sup>. En su opinión, pues, es indispensable armonizar la labor sobre el proyecto de código con el derecho humanitario de los Convenios de Ginebra.

47. En cuanto a la cuestión de los medios de guerra, los convenios sobre la materia no contienen disposiciones sobre la responsabilidad individual de los miembros de las fuerzas armadas. Esto obedece en parte al hecho de que algunos de los convenios se celebraron en una época en que el principio de la responsabilidad de los particulares en derecho internacional no se había formulado todavía. Así sucedía con la Declaración de La Haya de 1899 sobre las balas que se hinchaban o aplastan fácilmente en el cuerpo

<sup>21</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 10.

<sup>22</sup> *Ibid.*, notas 11 y 17.

<sup>23</sup> L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 7.ª ed., H. Lauterpacht, ed., Londres, Longmans, Green, 1952, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, pág. 567, párr. 251.

<sup>24</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *fond*, fallo de 27 de junio de 1986, C.I.J. Recueil 1986, pág. 114, párr. 220.

humano<sup>25</sup>, y el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, de 1925<sup>26</sup>. Más recientemente, están la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de 1972<sup>27</sup>, y la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 1980, y los Protocolos a esta Convención<sup>28</sup>. Hay que tener presente que esos instrumentos prohíben determinadas armas en sí, independientemente de sus consecuencias. Así, la prohibición enunciada en el Protocolo de Ginebra de 1925 parece prestarse bien a la inclusión en la lista de crímenes de guerra del proyecto de código. No obstante, se plantea una dificultad con respecto a las represalias. Si se incluye la prohibición del empleo de ciertas armas, será necesario también formular disposiciones sobre las contramedidas y sus límites. La tarea es ardua, pero hay que abordarla.

48 La Comisión tiene la posibilidad de optar por un planteamiento flexible o un planteamiento rígido del proyecto de código. Con un planteamiento rígido, el código no podría tener en cuenta automáticamente la evolución futura. Como solución de compromiso, sin embargo, se podrían enumerar todos los actos calificados de infracciones graves en los cuatro Convenios de Ginebra y en el artículo 85 del Protocolo adicional I. Se podría decir que las disposiciones correspondientes reflejan el derecho consuetudinario en esta materia.

49. En relación con ciertos aspectos analizados largamente por el Sr. Pawlak (2097ª sesión), considera alentador que los problemas fronterizos entre su propio país y Polonia hayan sido resueltos por el Acuerdo de Varsovia de 7 de diciembre de 1970, que normalizó las relaciones entre los dos países. La República Federal de Alemania ha declarado en ese Acuerdo que no tiene reivindicaciones de frontera contra Polonia. No obstante, la expulsión de las poblaciones alemanas al este de la línea Oder-Neisse constituye un claro ejemplo de «expulsión de poblaciones de su territorio o su traslado forzoso», a que se refiere el apartado a del párrafo 4 del proyecto de artículo 14. Reconoce plenamente el alcance de los sufrimientos humanos infligidos a Polonia y la Unión Soviética por el Reich de Hitler. Las poblaciones de los territorios entonces ocupados vivieron bajo el yugo de la arbitrariedad más despiadada. No obstante, esto no justifica el desarraigo de poblaciones enteras de los territorios ancestrales en los que habían vivido durante siglos. Se trata realmente de un caso de expulsión, aunque en el Acuerdo de Potsdam de 2 de agosto de 1945 se hayan usado términos diferentes. Además, el territorio del que fueron expulsadas esas poblaciones era territorio alemán, y las Potencias aliadas no podían disponer de él. En lo que a él concierne, en un mundo caracterizado por la prohibición del empleo de la fuerza y por el derecho de los pueblos a la libre determinación, el traslado forzoso de poblaciones es uno de los crímenes

más graves imaginables. No le han convencido las objeciones expresadas por el Sr. Reuter (2098ª sesión): un canje de poblaciones por tratado entre dos Estados es algo totalmente diferente de un traslado forzoso unilateral.

50. En la doctrina jurídica, muchos autores se han preguntado si las normas de *jus cogens* no son idénticas a las subyacentes a los crímenes internacionales. Claramente no es así. Dos Estados pueden tomar medidas que, si fueran llevadas a cabo unilateralmente por uno de ellos, podrían ser una violación del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>29</sup>. Además, en este caso los individuos que actúan podrían incurrir en responsabilidad personal según el código.

51 Su punto de vista viene a ser corroborado por el principio VI de los Principios de Nuremberg<sup>30</sup> formulados por la Comisión, los artículos 43 y siguientes del Reglamento anexo al Código de La Haya de 1907<sup>31</sup>, el artículo 49 del IV Convenio de Ginebra y el apartado a del párrafo 4 del artículo 85 del Protocolo adicional I. A este respecto, desea reiterar su apoyo a la idea de establecer una jurisdicción penal internacional con el cometido de castigar los crímenes enunciados en el código. Un órgano jurisdiccional imparcial y objetivo es esencial para evitar que la misma infracción sea objeto de un trato diferente en distintos países, cada uno con arreglo a sus propias leyes. Todo el código tiene un contenido muy político. Este hecho no debería, en principio, asustar a los juristas. Una Constitución, por ejemplo, es un documento político. Ahora bien, en derecho penal es necesario evitar una politización excesiva. La Comisión debería esforzarse por conseguirlo en la mayor medida posible. Un tribunal penal internacional debe juzgar con completa objetividad. Aplicado por un tribunal de esta naturaleza, el código se convertiría en un instrumento en total armonía con los requisitos del imperio de la ley.

52. El Sr. REUTER desea explicar que no ha salido en absoluto en defensa de la expulsión de poblaciones de sus territorios o su traslado forzoso, que es algo que considera abominable. En realidad, su propia familia sufrió por esa causa. Su observación fue simplemente que, si la Comisión desarrolla la idea de prohibir tales expulsiones o traslados, como es su deber, nunca se sentirá obligado, moral ni legalmente, a condenar ciertos acuerdos internacionales que se han celebrado en circunstancias muy graves y excepcionales con objeto de preservar la paz. Menos aún podrá condenar a un Estado federal que, para lograr la paz total y evitar el derramamiento de sangre, se vea inducido a alentar ciertos movimientos de población en condiciones humanas, por supuesto. Para no obstaculizar la labor de la Comisión, está dispuesto a aceptar una condena total, sin excepciones, de esa práctica. No obstante, existen casos, aunque muy pocos, en que constituye el menor de los males. Al Sr. Tomuschat no le convencerán sus argumentos, pero él, por su parte, tampoco puede aceptar determinadas consecuencias de los análisis que el Sr. Tomuschat ha hecho de los tratados y la costumbre.

53 La razón por la que no quiere una lista de crímenes es porque quiere algo más que una lista, y quizás más de

<sup>25</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12ª ed., Ginebra, 1983, pág. 325.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pág. 342.

<sup>27</sup> Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1971 (Nº de venta S 73 V 1), pág. 126.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 1980 (Nº de venta S 83 V 1), págs. 124 y ss.

<sup>29</sup> Véase 2096ª sesión, nota 19.

<sup>30</sup> *Ibid.*, nota 14.

<sup>31</sup> *Ibid.*, nota 5.

un artículo. No quiere una disposición jurídica improvisada, sino un buen texto. La Comisión no puede desempeñar su función limitándose a incluir en el proyecto de código determinados términos, como *apartheid* y genocidio, y dejando que el diccionario determine su sentido, especialmente si hay que sancionar nuevos crímenes, como parece ser el íntimo deseo de la mayoría de los miembros de la Comisión.

54. Agradece al Sr. Tomuschat que haya planteado un problema grave que le preocupa constantemente, a saber, el de las represalias. Se trata de un problema que la Comisión debe por lo menos tener en cuenta. Su temor es que, en lo que se refiere al derecho de la guerra, los gobiernos acepten ahora la idea de que pueden reaccionar empleando los mismos métodos que se han utilizado contra ellos. Sin embargo, el proyecto de artículo 14 concierne a una cuestión diferente de derechos humanos y decisiones judiciales internacionales en relación con los cuales no se ha reconocido como excusa el principio de reciprocidad. Supóngase, por ejemplo, que el Estado A se comporta con respecto a una minoría del Estado B en su territorio de una manera que constituya un crimen contra la humanidad, ¿tendría el Estado B derecho a actuar de la misma manera respecto de la minoría étnica del Estado A en su territorio? O, nuevamente, en el supuesto de que un Estado cortara las manos de los prisioneros de guerra bajo su custodia, ¿tendría el Estado del que tales prisioneros fueran originarios el derecho a obrar del mismo modo? En ambos casos, la respuesta lógica parece negativa. Confía en que, al elaborar la lista de crímenes uno por uno, la Comisión estudie el problema y decida si quiere o, en realidad, si puede resolverlo.

55. El Sr. BEESLEY felicita al Relator Especial por su séptimo informe (A/CN.4/419) y la impresionante labor que ha realizado en un campo delicado y difícil.

56. Al examinar los informes sobre el tema, aplica dos criterios, el primero de los cuales concierne a la medida en que los proyectos de artículos y los comentarios correspondientes aportan una contribución al sistema actual del derecho internacional y, en el presente caso, al derecho humanitario y los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, el séptimo informe arroja una importante luz sobre el tema. Su segundo criterio concierne a cómo un artículo determinado será aplicado en la práctica. En relación con este punto, sin embargo, su problema ha sido siempre que no existe actualmente un tribunal apropiado para aplicar la ley. Como puede pasar mucho tiempo antes de que se cree un tribunal internacional, se inclina a sostener la conveniencia de recurrir a los tribunales nacionales, pero estima que éstos deberían incluir un elemento internacional y constituirse con un magistrado del Estado acusador, un magistrado del Estado del acusado y, por lo menos, uno o dos más magistrados de otras jurisdicciones diferentes.

57. Aunque está persuadido de la lógica del Relator Especial en lo concerniente a la inoportunidad de una lista de crímenes, tiene que confesar cierta falta de lógica en su propia apreciación de la situación, ya que se sentiría más tranquilizado si se contara con una lista en vez de con una definición general, siempre que, por supuesto, fuera una lista no exhaustiva que cualquier tribunal nacional pudiese ampliar a su guisa.

58. Otra cuestión preocupante es la medida en que la Comisión puede tratar de legislar sobre cuestiones ya reguladas en convenios internacionales. De una manera general, está de acuerdo en que la Comisión tiene no sólo el derecho, sino casi la obligación, de desarrollar la normativa existente. No obstante, también tiene que mostrarse muy cautelosa y muy meticulosa en lo que concierne a modificar el enunciado de textos anteriores.

59. Un aspecto secundario es el que concierne a la distinción entre el concepto de crímenes de guerra y el de infracciones graves en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I adicional a estos Convenios. Se inclina a aceptar la opinión del Relator Especial de que existe tal distinción, aunque, como señala el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párr. 40), un mismo acto puede constituir al mismo tiempo un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad.

60. En su opinión, es necesario abordar la cuestión de los atentados contra los bienes en sí misma. Por ejemplo, cabe que se destruyan todas las viviendas en una zona determinada, o necesidades vitales, como todo el sistema de abastecimiento de luz o de agua. No tiene ninguna duda de que los atentados contra el medio ambiente pueden, en ciertos casos, constituir un crimen muy grave, un crimen contra la humanidad más bien que un crimen de guerra propiamente dicho, aunque no lo excluiría del todo.

61. Las dos variantes del proyecto de artículo 13 presentadas por el Relator Especial no se excluyen mutuamente, y quizás el Comité de Redacción desee elaborar un texto que refunda el apartado *b* de la primera variante y los apartados *a* y *b* de la segunda. Si lo hace, tendrá que abordar la distinción entre crímenes de guerra e infracciones graves del derecho humanitario, aunque esto no es necesariamente una desventaja. Vacila en aceptar la introducción de un término subjetivo como «grave», aun cuando no se le ocultan los antecedentes de la expresión «infracción grave», y se inclina por una expresión de la índole de «deliberada» o «por imprudencia temeraria». No obstante, el concepto mismo de gravedad debería incluirse en el texto del comentario, dejando al arbitrio del tribunal, si la Comisión acuerda designar uno, la determinación de la culpabilidad o la inocencia y la pena incurrida. Con toda evidencia, ya no es posible remitirse simplemente al derecho de La Haya y el derecho de Ginebra. Hay que tener presentes a la vez una fusión y una distinción, y el artículo 13 se podría quizás volver a redactar de manera que reflejara ese aspecto.

62. En cuanto al proyecto de artículo 14, conviene en que hay que incluir el concepto de genocidio y el término en sí. Lo mismo puede decirse de la disposición sobre el *apartheid*, aunque no es prudente referirse expresamente a un país determinado que ha inventado y practicado ese concepto de manera tan perniciosa durante tantos años. La Comisión debe legislar para el futuro, no sólo para el pasado y el presente. Hay que reflexionar más a fondo sobre la medida en que el artículo se basa en un texto anterior y, en especial, la Comisión debe mostrarse meticulosa en el empleo de definiciones tomadas de instrumentos existentes.

63. Se inclina por la segunda variante del párrafo 2, aunque abriga reservas acerca del resultado final a causa de los peligros de incluir una lista exhaustiva, a los que ya se ha hecho referencia.



64. Por último, mantiene la opinión de que el concepto de *mens rea* (intención dolosa) utilizado en el sistema inglés de *common law* es importante, y sigue pensando especialmente, teniendo en cuenta las observaciones del Sr. Barsegov, que la cuestión de los móviles no se plantea. Lo importante es la intención de cometer un crimen de naturaleza tan grave que su inclusión en el proyecto de código está justificada. Las diferencias entre los miembros de la Comisión a este respecto parecen haberse reducido.

65. El Sr. PAWLAK dice que, al igual que el Sr. Tomuschat, se felicita por el Acuerdo de 7 de diciembre de 1970 entre Polonia y la República Federal de Alemania, como elemento importante de la seguridad en Europa y de las relaciones bilaterales entre los dos países. Con todo, se siente obligado a aclarar algunos puntos. En primer lugar, la referencia que hizo el Sr. Tomuschat (2096.ª sesión) al traslado de la población alemana de Polonia a Alemania después de la segunda guerra mundial no es pertinente en relación con el párrafo 4 del proyecto de artículo 14. Como ya tuvo ocasión de decir (2097.ª sesión), ese traslado se efectuó en el marco de los objetivos fundamentales del Acuerdo de Potsdam de 2 de agosto de 1945, de conformidad con el cual existía la obligación de repatriar a la población alemana de Polonia.

66. En segundo lugar, el desplazamiento o traslado de una población como parte de la solución de problemas fronterizos no tiende a considerarse como acto de represalia. Es una cuestión de acuerdo internacional por el que, después de una guerra, un país cede parte de su territorio a otro.

67. En tercer lugar, el traslado de población efectuado de conformidad con el Acuerdo de Potsdam no era ilícito, al haber sido llevado a cabo bajo la autoridad y el control de las Potencias Aliadas, que debían informar a sus respectivos gobiernos.

68. Finalmente, el Tratado de 7 de diciembre de 1970 es el segundo tratado germano-polaco sobre cuestiones fronterizas, habiéndose firmado el primero el 16 de julio de 1950 entre Polonia y la República Democrática Alemana. Ambos tratados se refieren a la frontera actual entre Polonia y Alemania como límite fronterizo fijado por el Acuerdo de Potsdam.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2101.ª SESIÓN

*Viernes 12 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

## Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (*continuación*) [A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC (XLI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 5 del programa]

### SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

#### ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra) y

#### ARTÍCULO 14 (Crímenes contra la humanidad)<sup>4</sup> (*continuación*)

1. El Sr. JACOVIDES dice que al completar el proyecto de código, la Comisión pondrá al servicio de la comunidad internacional un instrumento de carácter a la vez disuasorio y represivo.

2. En lo que se refiere al proyecto de artículo 13, el Relator Especial ha indicado que los problemas que se plantean se refieren a la definición de los crímenes de guerra, la terminología y la noción de la gravedad. El Sr. Jacovides está de acuerdo, por su parte, en la utilidad de dar una definición general de los crímenes de guerra, dejando que los jueces se encarguen de apreciar su aplicación en cada caso concreto, atendiendo a la evolución y al desarrollo progresivo del derecho. El derecho de la guerra se deriva en efecto de ciertos usos y prácticas que se han afirmado progresivamente, así como de los principios generales de la justicia reconocidos por la doctrina y consagrados en la jurisprudencia de los tribunales militares. No se trata, pues, de un derecho estático, sino de un derecho que, en virtud de un proceso de adaptación permanente, se amolda a las necesidades de un mundo en transformación: los tratados, en general, no hacen más que expresar y definir los principios de derecho preexistentes.

3. Pasando a la cuestión de la terminología, el Sr. Jacovides considera que la distinción entre «guerra» y «conflicto armado» carece de claridad. Como teóricamente la guerra está fuera de la ley después de la aprobación de las normas de *jus cogens* contenidas en la Carta de las Naciones Unidas y en algunos otros instrumentos internacionales, la expresión «conflicto armado» parece, pues, más en armonía con la terminología contemporánea. De todos modos, no habría que renunciar a la expresión «leyes o usos de la guerra», que tiene un lugar en muchas convenciones internacionales en vigor, así como en el derecho interno de los Estados, en la inteligencia de que no se trata con ello de querer dar una especie de justificación a la guerra.

4. El Sr. Jacovides aprueba que el Relator Especial haya adoptado el concepto de gravedad para la definición de los crímenes de guerra, y considera que el proyecto de código, al igual que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I adicional a estos Convenios, debe hacer una distinción entre las infracciones graves y las demás. Sola-

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693)*, pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2096.ª sesión, párr. 2.



mente si prevé las primeras de esas infracciones el código desempeñará su misión. He ahí una de las razones por las que muchos miembros de la Comisión han pedido que se emplee, en el título inglés del tema, el término «crimes» en lugar de «offences». El Sr. Jacovides es partidario, pues, de que se supriman los corchetes en el apartado a de la primera variante del artículo 13.

5. En general, no obstante, la segunda variante del artículo 13 le parece preferible porque figura en ella una terminología más moderna y más afín a la codificación del derecho humanitario.

6. Los crímenes contra la humanidad (proyecto de artículo 14), que en otros tiempos estaban ligados a un estado de beligerancia, se distinguen hoy de los crímenes de guerra. Claro está que un mismo acto puede ser a la vez un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad, pero la noción de crimen contra la humanidad es más amplia, puesto que los crímenes de guerra sólo se cometen en tiempo de guerra y contra beligerantes.

7. A propósito de los actos inhumanos, el Relator Especial en su séptimo informe (A/CN.4/419, párrs. 43 y ss.) subraya justamente la multiplicidad de criterios que entran en juego —morales, ideológicos, metodológicos, nacionalistas, por ejemplo—, tanto si se trata de actos inhumanos perpetrados contra el género humano como de daños a los bienes y en particular a los monumentos de interés histórico, arquitectónico o artístico, tales como los clasificados por la UNESCO como pertenecientes al patrimonio de la humanidad. Es cierto que existen ya convenios que protegen en tiempo de guerra lo mismo que en tiempo de paz las obras artísticas o científicas y los monumentos históricos. A pesar de todo, Chipre, debido a la ocupación extranjera, ha sufrido la experiencia de la destrucción sistemática de su patrimonio cultural cuando antigüedades de un valor irremplazable y objetos de interés religioso han sido saqueados y revendidos en el mercado negro.

8. El Sr. Jacovides aprueba en general la lista de crímenes contra la humanidad que se enuncia en el artículo 14, aunque se reserva el derecho de volver a tratar más adelante la materia detenidamente. El genocidio debe figurar entre estos crímenes, según la definición que se da en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, que puede considerarse como declarativa del derecho consuetudinario. Del mismo modo, el *apartheid* y, más generalmente, todo sistema de gobierno fundado en la discriminación racial, étnica o religiosa, pertenece ciertamente a esta categoría de crímenes. El Sr. Jacovides espera que el *apartheid* tal como se practica en el África meridional evolucionará; lo que ocurre desde hace algún tiempo en Namibia es de buen augurio. Pero, como cabe temer que sistemas de gobierno similares se instalen en otras partes del mundo, parece que la primera variante del párrafo 2, cuyo texto es breve y está redactado en términos generales, es más apropiada para un código de aplicación general.

9. La esclavitud y las otras formas de servidumbre son naturalmente crímenes de *jure gentium*. Sin duda en muchos casos les son aplicables las disposiciones del derecho ordinario; pero cuando el responsable es un Estado, la esclavitud pertenece a la categoría de crímenes contra la humanidad. Lo mismo puede decirse de los crímenes previstos en el párrafo 4, que no pueden tolerarse ni en la vida internacional ni en el derecho internacional, y pese

a lo cual los chipriotas han tenido que sufrir esa amarga experiencia, lo mismo que ciertos pueblos del Oriente Medio y del África meridional. En definitiva, tal vez habría que dar pruebas de una mayor precisión a propósito de los actos previstos en los párrafos 5 y 6.

10. La Comisión se aproxima a la meta de su labor. El Sr. Jacovides agradece al Relator Especial los esfuerzos que ha desplegado con este fin y espera que la labor colectiva de la Comisión se verá coronada por el éxito. Se congratula de los signos de mejoramiento del clima internacional, la nueva vitalidad de las Naciones Unidas, el homenaje a las fuerzas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, la ampliación de la competencia de la CIJ, la colaboración acrecentada de las superpotencias en la lucha contra el terrorismo, el tráfico de estupefacientes, la contaminación, signos que pueden tener un efecto positivo para la contribución de la Comisión a la edificación de un orden jurídico internacional más eficaz.

11. El Sr. EIRIKSSON dice que considera que los trabajos relativos al proyecto de código están lo bastante avanzados para poder extraer de ellos dos conclusiones provisionales. La primera es que el resultado final no será un código como los que se encuentran en las jurisdicciones nacionales: será un código marcado por imperfecciones y aproximaciones, y cuyo alcance y universalidad tendrán que sacrificarse en parte en interés de la aceptabilidad. El párrafo 1 del artículo 4 (Obligación de juzgar o de conceder la extradición)<sup>5</sup>, por ejemplo, supone el acuerdo de los Estados: habrá que encontrar, pues, el medio de evitar que cuestiones de detalle les hagan desistir de ese acuerdo. Cabría pensar a este respecto en el modelo de los pactos de derechos humanos.

12. La segunda conclusión es que los artículos estarían mejor formulados si las consecuencias de los crímenes previstos en ellos se puntualizaran en el texto mismo. En otras palabras, la definición de los crímenes no debe ser polémica, ni declaratoria ni condenatoria, cualesquiera que sean las ventajas morales y políticas que pudieran verse en ella.

13. Refiriéndose a la cuestión de la lista de los crímenes de guerra que puede incluirse o no en el proyecto de artículo 13, el Sr. Eiriksson recuerda que él nunca ha sido partidario de esta solución. Por otra parte, ya ha propuesto que la agresión quede definida en los términos que se emplean actualmente en el párrafo 2 del artículo 12 (Agresión)<sup>6</sup>.

14. Por lo que toca a la calificación de los crímenes, el orador no ve bien, en el texto, las consecuencias que trae consigo la distinción entre crimen contra la paz, crimen contra la humanidad y crimen de guerra. Por razones que guardan relación con la técnica de la redacción del código, esta diferenciación podría mantenerse, en la medida en que sirve para establecer títulos y secciones; pero no tiene que figurar a nivel de definiciones.

15. A propósito de las definiciones, y de modo general, el Sr. Eiriksson comparte el parecer de quienes aconsejan que no se prejuzguen en el código sistemas legales ya existentes.

16. En general, además, cabe distinguir entre los crímenes que ya tienen nombre —nombre que habría que utilizar

<sup>5</sup> Anuario... 1988, vol. II (segunda parte), pág. 71.

<sup>6</sup> Ibid.

sistemáticamente— y los demás. De este modo se tienen, por una parte, el genocidio, la esclavitud y la agresión, y por la otra, los crímenes previstos en los párrafos 4, 5 y 6 del proyecto de artículo 14. El debate ha puesto de manifiesto que la expresión «crimen de guerra» corresponde a una categoría intermedia. En lo que concierne al *apartheid*, tal vez habría que evitar la palabra misma para designar genéricamente el crimen que abarca. En efecto, la política de *apartheid* desaparecerá pronto, y sin duda para siempre. Habría que encontrar, pues, un término más general.

17. Por todas estas razones, el Sr. Eiriksson propone que el artículo 13 figure bajo el título de «Crímenes de guerra» y diga:

«El presente Código se aplicará a toda violación grave de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.»

Este texto se basa en el apartado *a* de la segunda variante propuesta por el Relator Especial. En cuanto al apartado *b* de la segunda variante, el orador no está seguro de que sea necesaria, y lo esencial de ella se podría colocar en el comentario.

18. El proyecto de artículo 14 se dividiría en ocho artículos distintos, bajo el título de «Crímenes contra la humanidad». El primero diría:

«El presente Código se aplicará al genocidio. En el sentido del presente Código, el término “genocidio” designa todo acto cometido con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.»

El segundo diría:

«El presente Código se aplicará a la institución de todo sistema de gobierno fundado en una discriminación racial, étnica o religiosa.»

El tercero diría:

«El presente Código se aplicará a la esclavitud y a todas las demás instituciones y prácticas análogas.»

Tal vez habría que revisar esta expresión de «prácticas análogas», pero, sea como fuere, el término «trabajo forzoso» no es procedente.

19. Vendrían a continuación los tres crímenes indicados en el párrafo 4 del artículo 14, repartidos en tres artículos distintos, cada uno introducido por las palabras: «El presente Código se aplicará...». El artículo siguiente, el séptimo, diría:

«El presente Código se aplicará a todos los actos inhumanos perpetrados contra los elementos de una población o contra individuos por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales.»

El octavo y último artículo diría:

«El presente Código se aplicará a todo daño grave e intencional al medio humano.»

20. Para completar la nueva formulación del texto, el artículo 12 (Agresión), aprobado provisionalmente en el período de sesiones anterior, figuraría bajo el título «Crímenes contra la paz», y estaría redactado como sigue:

«El presente Código se aplicará a la agresión. En el sentido del presente Código, la “agresión” es el empleo de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o de cualquier otro modo incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.»

21. Para terminar, el Sr. Eiriksson se declara partidario

de remitir los proyectos de artículos 13 y 14 al Comité de Redacción.

22. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en calidad de miembro de la Comisión, dice que el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/419), que tiene en cuenta muchas sugerencias que se hicieron en el seno de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General, acelerará ciertamente los trabajos sobre el proyecto de código.

23. En efecto, el código se considera cada vez más como un elemento esencial del sistema de seguridad de las Naciones Unidas edificado a base de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y sobre la base de la cooperación de los Estados para prevenir y resolver las diferencias y las situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales. El desarrollo del derecho penal internacional para armonizar la política de los Estados en su lucha contra los crímenes internacionales graves entra dentro de las perspectivas de esta cooperación, sobre todo en un mundo cada vez más interdependiente, donde los Estados son vulnerables a los actos de injerencia extranjera y al gran bandolerismo internacional y donde se afirma la necesidad vital de hacer respetar las normas internacionales esenciales para la supervivencia de la humanidad. El código puede contribuir a fortalecer los grandes valores compartidos por la comunidad internacional y a instaurar un orden jurídico internacional fundado en el primado del derecho.

24. Después de haber hecho observar que sería oportuno dedicar un proyecto de artículo a cada crimen, el orador dice que también prefiere la segunda variante del proyecto de artículo 13, que remite a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Esta fórmula presenta varias ventajas: evita emplear el término «guerra», que no deja de plantear problemas. No hace aparecer la noción de «conflicto armado interno o internacional», que se presta a interpretaciones controvertidas y permitiría que se preguntara en qué medida un crimen cometido dentro del marco de un conflicto armado interno puede calificarse de crimen de guerra. No hace más que afirmar lo esencial, dando por supuesta en el apartado *a* una decisión de las partes o del juez respecto de que ciertas normas de derecho internacional son aplicables en tal o cual conflicto armado. Por eso sería mejor no añadir un párrafo que defina el conflicto armado. De ahí también que prefiera que no se utilice la expresión «infracción grave», muy marcada por los Convenios de Ginebra de 1949, y que no engloba todos los crímenes de guerra, ni siquiera todos los crímenes de guerra graves. Por el contrario, hablar de «violación grave» de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados —normas convencionales, normas de derecho consuetudinario o normas convenidas por las partes en el conflicto— permitiría prever todos los crímenes de guerra, limitándolos al mismo tiempo a los más graves en el sentido del código.

25. Además, la primera parte de la segunda variante es suficiente para delimitar el alcance del artículo, y es inútil precisar el apartado *a* mediante el apartado *b*. En efecto, las normas de derecho internacional aplicables en un conflicto armado pueden provenir de fuentes diferentes y dependen de la calificación del conflicto armado. Ciertas normas, como la fórmula de Martens (*ibid.*, párr. 5), han podido incluso ser aceptadas en forma de principios generalmente reconocidos. Pero, en cualquier caso, las bases

del derecho penal deben ser normas y no tener simplemente el valor de principios. El término «normas» se aplica, pues, igualmente a estos «principios».

26. El criterio de la gravedad es esencial. Para evitar toda ambigüedad con el orden interno e internacional establecido en materia de crímenes de guerra, la Comisión debe definir claramente los tipos de crímenes de guerra que están comprendidos en el código.

27. El artículo 13 debería empezar por una definición general que conste de tres elementos —las normas de derecho internacional aplicables, los conflictos armados, la gravedad de las violaciones— e ir acompañada de una lista de los crímenes. Sería conveniente a este propósito que la Comisión disponga por escrito de la sugerencia que ha hecho sobre este particular el Sr. Yankov (2098.ª sesión, párr. 16). El Presidente suscribe por lo demás todos los argumentos aducidos en favor de tal lista. En efecto, en materia de derecho penal, la Comisión no puede contentarse con una definición muy general ni remitir a otros documentos jurídicos o al derecho consuetudinario ni a ejemplos. La Comisión debe proceder con rigor al describir la naturaleza o el tipo de las violaciones a las que se refiere. Tanto si son los tribunales nacionales como un tribunal internacional que se hayan de pronunciar finalmente, no puede dejarse todo a la discreción del juez. Esta lista debería ser, pues, exhaustiva en cuanto al tipo de violaciones previstas, pero no puede serlo, naturalmente, en lo que se refiere a los actos que puedan cometerse. La Comisión podría inspirarse para ello en el estatuto del Tribunal de Nuremberg, en los Convenios de Ginebra de 1949 o en el Protocolo I adicional a estos Convenios, sin citar expresamente estos instrumentos.

28. El PRESIDENTE propone que se añada al apartado a de la segunda variante un nuevo párrafo compuesto de tres apartados: uno dedicado a los crímenes contra las personas protegidas (heridos, enfermos, civiles, prisioneros de guerra, parlamentarios, soldados fuera de combate), el segundo relativo a la destrucción de los bienes protegidos —la expresión *goods* sería aquí preferible a la de *property* por ser de alcance más amplio— y el tercero a la utilización ilegal de ciertas armas y métodos de guerra. Cada uno de estos apartados iría acompañado de una lista indicativa de los actos previstos. El orador ha redactado un texto en este sentido, que comunicará al Relator Especial.

29. Opina que haría falta también un artículo donde se afirme que la utilización de las armas de destrucción en masa, en particular del arma nuclear, constituye un crimen de guerra grave, más concretamente, un crimen contra la humanidad. Sin duda se trata de una cuestión controvertida. Pero la Asamblea General aprobó en 1981 la Declaración sobre la prevención de una catástrofe nuclear<sup>7</sup>, que dice que los Estados y los estadistas que sean los primeros en recurrir al uso de las armas nucleares cometerán el crimen más grave contra la humanidad y que jamás habrá justificación y perdón alguno para los estadistas que tomen la decisión de ser los primeros en utilizar las armas nucleares. La Comisión debería sostener la posición así adoptada redactando un proyecto de artículo especialmente dedicado a este tipo de crimen, y plantear esta cuestión importante teniendo presente en su ánimo la responsabilidad que le

incumbe de contribuir al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho internacional. Esta responsabilidad, que no deja de ser aludida cuando la Comisión se ocupa de la responsabilidad internacional por un hecho no ilícito, de los cursos de agua o del medio ambiente, no debe olvidarse cuando se ocupa de un problema que no es menos vital para la supervivencia de la humanidad que la protección del medio ambiente.

30. Parece que se está poniendo de manifiesto un amplio consenso en torno a la cuestión de los crímenes contra la humanidad. El genocidio y el *apartheid*, en particular, ocupan un lugar en el proyecto de código. En estos dos casos, la Comisión no debería remitirse a los convenios anteriores, sino recoger el tenor de esos instrumentos para describir el crimen que se ha de prever. Convendría también que cuide de no invadir el campo de aplicación de esos instrumentos. La disposición dedicada al crimen del *apartheid* no debería referirse únicamente al África meridional, pues esta institución podría aparecer en otras regiones del mundo. El orador prefiere la segunda variante del párrafo 2 del proyecto de artículo 14.

31. El párrafo 3 quedaría mejor si estuviese redactado de un modo más estricto. En efecto, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>8</sup>, la esclavitud y la servidumbre no se tratan en el mismo plano que el trabajo forzoso. El párrafo 3 del artículo 8 del Pacto muestra que la expresión «trabajo forzoso» no puede usarse sin una determinación más específica. En el caso de la esclavitud y de la servidumbre, lo mismo que en el de los crímenes de guerra y otros crímenes contra la humanidad, el acto criminal puede consistir en ordenar el acto o en perpetrarlo, pero puede haber también una connotación más vasta y, a semejanza del *apartheid*, encontrar una fuente en las disposiciones legislativas. Tal vez habría que extender, pues, esta disposición a todas las medidas legislativas o de otra índole que están destinadas a legalizar o justificar tales prácticas.

32. El orador aprueba la actitud adoptada por el Relator Especial con respecto al párrafo 4, pero considera que sería útil combinar el apartado b —cuya redacción podría ser demasiado amplia— y el apartado c. Habría que limitar también el alcance de esta disposición a los territorios ocupados y tener cuidado de formularla de tal suerte que no pueda ser invocada para sustraer a una población que ha servido de quinta columna en previsión de una guerra de agresión de las consecuencias que puedan derivarse de la responsabilidad del Estado agresor.

33. El orador aprueba la idea de incluir en la noción de «bienes de interés vital» los objetos a los que se considera pertenecientes al patrimonio cultural de la humanidad. Pero como aquí se trata menos de proteger tal o cual bien cultural que de proteger a la humanidad contra la pérdida de su patrimonio, habría que dar una mayor precisión al texto del párrafo 6. Sobre este punto, comparte las observaciones que ha formulado el Sr. Barsegov (2097.ª sesión) a propósito del término «humanidad». Otro tanto puede decir del medio ambiente. Se ha propuesto armonizar el texto del párrafo 6 con el del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>9</sup>. Pero también habría que tener en considera-

<sup>7</sup> Resolución 36/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1981.

<sup>8</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 999, pág. 241

<sup>9</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 19.

ción el artículo 55 del Protocolo I<sup>10</sup> adicional a los Convenios de Ginebra, que tiende a proteger el medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves que puedan comprometer la salud o la supervivencia de la población. La redacción debería concentrarse sobre las personas en puestos de responsabilidad política, militar o económica, que ordenan, cometen o hacen cometer una grave violación de una obligación que incumbe al Estado, y causan así daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente humano.

34. Refiriéndose a la delicada cuestión de la puesta en práctica del código, el orador dice que la Comisión debería buscar soluciones realizables, que puedan ser aceptadas por los Estados y ser aplicadas con éxito. Los que creen que el código será un instrumento útil están muy interesados en su eficaz implementación. Sería inútil tratar de buscar fórmulas ideales, que no tendrían ninguna posibilidad de ser puestas en práctica en un futuro próximo: eso sería hacer abortar el proyecto de código. Se impone un planteamiento realista fundado en el derecho internacional vigente y en la práctica de los Estados

35. En su anterior período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente el artículo 4 (Obligación de juzgar o de conceder la extradición)<sup>11</sup>, partiendo de la hipótesis de que el código sería aplicado por los tribunales nacionales. Era lo mejor que se podía hacer en esa fase. Pero, en el comentario al artículo, la Comisión precisaba al mismo tiempo que no por ello quería excluir otras soluciones, e indicaba, a propósito del párrafo 3 del artículo 4, que «la solución jurisdiccional adoptada en el artículo 4 no impediría a la comisión dedicarse, llegado el momento, a la elaboración del estatuto de un tribunal penal internacional»<sup>12</sup>. La Asamblea General ha tomado nota de esta observación, y de sus debates se desprende que la comunidad internacional está dispuesta efectivamente a considerar la aplicación concreta de un código internacional de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por primera vez desde hace seis años, la Comisión recibe así respuesta, aunque parcial, a su reiterada pregunta acerca de la puesta en práctica del código. En su resolución 43/164, de 9 de diciembre de 1988, la Asamblea General la alienta «a seguir explorando todas las posibles opciones en relación con esa cuestión [la autoridad judicial que se habrá de asignar para la aplicación de las disposiciones del código]» (párr. 2).

36. Desgraciadamente, muchos parecen creer que la Comisión sólo tiene opción entre dos posibilidades: la competencia universal de los tribunales nacionales o la competencia exclusiva de un tribunal internacional. Algunas veces hay alusiones a la idea de tribunales especiales o *ad hoc*, los cuales, es cierto, podrían plantear otros problemas. Raros son los Estados que en su comentario al artículo 4 han tenido en cuenta que la Comisión contemplaba otra posibilidad, consistente en «hacer coexistir un tribunal internacional con los tribunales nacionales»<sup>13</sup>.

37. El orador considera razonable que se tome como punto de partida la competencia universal, dado que es esta hipótesis la que sirve de fundamento al artículo 4.

Ahora bien, esta solución, que nada tiene de original, deja subsistir algunos problemas, y haría falta en particular una cooperación intensa entre los Estados interesados para evitar que los autores de estos crímenes puedan escapar al castigo y para armonizar la acción de los tribunales nacionales. Tal vez en una etapa posterior de sus trabajos la Comisión deberá agregar en el proyecto disposiciones más precisas sobre la aplicación del código, concibiendo, por ejemplo, una fórmula que combine la competencia universal de los tribunales nacionales con la competencia de un tribunal penal internacional.

38. Existen ya elementos que permitirían seguir ese proceder: se trata del proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953<sup>14</sup> y el Estatuto para un tribunal penal internacional aprobado por la Asociación de Derecho Internacional en 1984<sup>15</sup>. Ninguno de estos textos prevé la competencia exclusiva de un tribunal internacional, sino un doble sistema de jurisdicción, nacional e internacional, que no se excluyan entre sí. Según el artículo 23 del texto de la Asociación de Derecho Internacional, por ejemplo, los Estados gozarían de libertad para decidir que el sospechoso sea enjuiciado ante un tribunal de su competencia o sea puesto a disposición del tribunal penal internacional

39. Desgraciadamente, esta propuesta, a la vez que subsana algunas lagunas de la competencia universal, introduce un elemento de inseguridad al dejar la opción en manos del Estado responsable. Por añadidura, no resuelve los problemas relacionados con la existencia de un tribunal internacional de primera instancia. En estas condiciones, quizás fuera prudente combinar las ventajas de la competencia universal con las de una jurisdicción penal internacional previendo la creación de un tribunal penal internacional en forma de órgano de apelación. La existencia de un tribunal internacional con competencia para revisar sentencias de los tribunales nacionales permitiría en todo caso resolver la mayor parte de los problemas antes mencionados. Podrían acudir a ese tribunal el Estado cuyo nacional hubiese sido juzgado por el tribunal de otro país y el Estado en cuyo territorio o en perjuicio del cual hubiese sido cometida la infracción, en el caso en que el autor de ella hubiese sido juzgado por un tribunal extranjero. Cada vez que uno de esos dos Estados tuviese la impresión de que el asunto juzgado en otro Estado no guardaba conformidad con el código podría acudir al tribunal internacional, cuya decisión sería definitiva. Los tribunales nacionales que conocieran de un asunto comprendido entre las disposiciones del código podrían de este modo estar facultados para pedir a ese tribunal un dictamen con fuerza obligatoria sobre la cuestión del derecho penal internacional.

40. Esta solución, que el orador somete a la consideración de la Comisión, tendría la ventaja de basarse en los mecanismos existentes a nivel nacional. Alentaría a los Estados a aceptar la creación de una jurisdicción penal internacional; permitiría evitar extradiciones inútiles, y no

<sup>10</sup> *Ibid*, nota 11

<sup>11</sup> *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 71

<sup>12</sup> *Ibid*, pág. 74, párr. 5 del comentario

<sup>13</sup> *Ibid*, pág. 73, párr. 1 del comentario

<sup>14</sup> «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.º 12 (A/2645)*], anexo

<sup>15</sup> ILA, *Report of the Sixty-first Conference, Paris, 1984*, Londres, 1985, pág. 257

exigiría la constitución de un ministerio fiscal o de una sala encargada de ejercer la acción penal, ni la creación de una prisión internacional y la formación de un personal jurídico internacional. Al mismo tiempo, una jurisdicción penal internacional en forma de órgano de apelación fortalecería la objetividad e imparcialidad en la administración de justicia y armonizaría la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Constituiría para los Estados una protección eficaz en caso de administración de justicia deficiente o abusiva por parte de los tribunales nacionales. Constituiría en definitiva un paso hacia la creación de un tribunal penal internacional propiamente dicho.

41. Por su flexibilidad, esta solución facilitaría la puesta en práctica efectiva del código, acostumaría a los Estados a cooperar en la represión de los crímenes internacionales y garantizaría el respeto de las normas fundamentales del derecho internacional. Reforzaría así el orden jurídico internacional y el primado del derecho en las relaciones internacionales.

42. En conclusión, reafirma que las soluciones posibles no se limitan a una pura y simple alternativa: existen numerosas fórmulas que podrían combinarse con la competencia universal de modo que garanticen una aplicación objetiva, justa y equitativa del código.

43. El Sr. KOROMA, refiriéndose al párrafo 23 del séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/419), dice que citar las lesiones como ejemplo de un simple delito es poco oportuno, por lo menos desde el punto de vista del *common law*, que las considera como infracciones muy graves, castigadas con una pena muy dura. Acaso se trate solamente de un problema de traducción; pero, en todo caso, la cuestión merece ser examinada.

44. Lo que acaba de decir el Sr. Graefrath sobre la cuestión de la jurisdicción ofrece amplio campo para la reflexión, pero el Sr. Koroma se limitará por el momento a una sola interrogación: suponiendo que la jurisdicción penal internacional constituya un órgano de apelación, un individuo juzgado por un tribunal de un Estado del cual sea nacional y que haya agotado las vías de recurso internas, ¿podrá acudir a esa jurisdicción?

45. En cuanto al lugar que deba ocupar el concepto de gravedad en la definición de los crímenes de guerra y en los tipos de infracciones que hayan de tipificarse como tales, convendría esperar el resumen del debate que haga el Relator Especial para volver a tratar este punto en caso necesario.

46. El Sr. FRANCIS dice que está de acuerdo en lo esencial con la propuesta hecha por el Sr. Díaz González (2100.ª sesión) de que se incluya el tráfico de drogas en el proyecto de código como un crimen contra la humanidad. El propio orador tenía la intención de mencionar en su anterior (2099.ª sesión) intervención la cuestión del tráfico de drogas, que tiene una importancia decisiva no solamente para los países del tercer mundo, sino para todos los países. Pero esperaba para hacerlo haber celebrado consultas, en particular con los miembros de la Comisión procedentes de América Latina, pero también con el Sr. McCaffrey —que no tardará en llegar— y el Sr. Reuter. ¿Podría la Comisión volver a tratar esta cuestión?

47. El PRESIDENTE ofrece al Sr. Francis toda clase de seguridades a este respecto.

48. El Sr. REUTER advierte que el Sr. Graefrath parece haber descartado la idea de que la Comisión tome posición con respecto a la cuestión de las contramedidas o las represalias. Por su parte, el orador ha declarado a este respecto que si la Comisión no plantea esta cuestión, debe decirlo sin rodeos, puntualizando que no quiere o no puede resolver el problema. He ahí una de las razones por las que el Sr. Reuter no puede aceptar la imputación del crimen de utilización de las armas nucleares o las armas de destrucción en masa al que primero haya hecho uso de ellas, pues ello equivaldría a pronunciarse indirectamente sobre la cuestión de las represalias.

49. Teniendo en cuenta que el Sr. Barsegov (2100.ª sesión) y otros miembros han mencionado la cuestión de los móviles, motivos e intenciones, el Sr. Reuter pone en guardia a la Comisión contra toda propensión a extraviarse en un debate teórico sobre esta cuestión. La dificultad obedece aquí al hecho de que los términos empleados en cada lengua jurídica nacional son casi intraducibles a las otras lenguas, porque corresponden a conceptos determinados en un pensamiento jurídico determinado. Dicho esto, la Comisión tendrá que decidir a pesar de todo, para cada crimen previsto en el proyecto de código, si las consideraciones que pertenecen al ámbito de la psicología deben o no entrar en la definición del crimen. No debe formular en este punto normas generales. Por ejemplo, hay casos de genocidio por contaminación microbiana no intencional: cabe pensar en la aparición de una responsabilidad civil ordinaria, pero ciertamente no una responsabilidad penal. Y, en el caso de los crímenes de guerra, hay problemas —como el de las necesidades militares— que la Comisión no tiene derecho a excluir.

50. El Sr. OGISO dice que cree que, si no ha entendido mal, el Relator Especial no tiene gran interés en presentar una lista de crímenes para completar el proyecto de artículo 13. Pero si lo hace, respondiendo así al deseo de varios miembros de la Comisión, sería conveniente que el texto no vaya directamente al Comité de Redacción, sino que la Comisión lo examine primero en sesión plenaria, para que sus miembros puedan por lo menos hacer observaciones de orden general.

51. El PRESIDENTE señala que, si la lista se presenta directamente en sesión plenaria, habrá que abrir de nuevo el debate sobre este tema del programa. Propone, pues, que el posible texto sea simplemente distribuido a todos los miembros de la Comisión, que podrán así hacer sus observaciones al Comité de Redacción.

52. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que no tiene una posición decidida con respecto a la cuestión de la lista. El mismo ha hecho diversas propuestas y ha sugerido incluso un proyecto de enumeración en el que el uso del arma nuclear provocó división de pareceres. Si hay una lista, él la modificará, pues, hasta que pueda llegarse a un consenso. Para no alterar el orden y el calendario de trabajos, esta lista podría enviarse al Comité de Redacción, que formularía un texto provisional y lo transmitiría a la Comisión para sus observaciones.

53. El Sr. TOMUSCHAT dice que también opina que la elaboración de la lista constituirá un trabajo muy delicado y que sólo en sesión plenaria podrá cada miembro dar a conocer su opinión. Tal vez convendría que el Relator Especial redacte una adición a su informe, dedicada a este punto concreto.

54. El PRESIDENTE dice que, a raíz del debate, solicitará al Relator Especial que presente un proyecto de lista indicativa de crímenes de guerra y que se encontrará tiempo para que cada miembro que desee expresar su opinión pueda hacerlo la semana siguiente en sesión plenaria.

*Así queda acordado.*

55. Después de un intercambio de opiniones sobre las fechas de aparición de las actas de las sesiones de la Comisión, se acuerda rogar al Sr. Fleischhauer, Secretario General Adjunto, Asesor Jurídico, que pida a los servicios de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra que aceleren la publicación de estos documentos, y en particular, a petición del Sr. Barsegov, de la versión rusa de las actas resumidas de las sesiones en las que él toma parte.

*Así queda acordado.*

56. El PRESIDENTE propone que se levante la sesión para que el Comité de Redacción pueda reunirse.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 11.30 horas.*

## 2102.ª SESIÓN

*Martes 16 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación) [A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC (XLI)/Conf.Room Doc.3]**

[Tema 5 del programa]

**SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)**

**ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra)<sup>4</sup> (continuación)**

**ARTÍCULO 14 (Crímenes contra la humanidad)<sup>5</sup> (conclusión)**

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693)*, pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2096.ª sesión, párr. 2.

<sup>5</sup> Para el texto, *ibid.*

1. El Sr. THIAM (Relator Especial), resumiendo el debate, da las gracias a los miembros de la Comisión por su valiosa contribución a un fructífero debate. Comentando en primer lugar un punto de menor importancia relativo más a la forma que al fondo, dice que está de acuerdo en que cada crimen constituya en principio el tema de un artículo separado y tiene entendido que se ha tomado una decisión a tal efecto en el Comité de Redacción, pero esa cuestión debe examinarse cuando se hayan resuelto las cuestiones de fondo.

2. El examen del proyecto de artículo 13, relativo a los crímenes de guerra, ha girado en torno a la cuestión de la definición y al concepto de la gravedad, a los cuales el Relator Especial concretará, pues, sus observaciones. Se desprende del debate que subsisten diferencias entre quienes son partidarios de una definición general y los que se inclinan por una lista de crímenes que, sin ser exhaustiva, sea por lo menos indicativa. Los primeros opinan que, puesto que los crímenes de guerra han sido objeto de codificación y puesto que en muchas convenciones se enuncia el derecho positivo sobre la cuestión, una lista de crímenes que simplemente refleje el derecho existente sería de poca utilidad. Podría además ser un tanto aventurado que la Comisión se embarcara en una empresa del desarrollo progresivo del derecho, particularmente cuando hay ciertas cuestiones que todavía tienen que ser decididas por acuerdo entre los Estados. Esto, no obstante, tiene que ser resuelto por la Comisión. Se ha dicho igualmente que una lista no exhaustiva de crímenes sería de poca utilidad porque no estaría en consonancia con el principio *nullum crimen sine lege*. En realidad, esa lista no se ha preparado nunca y es imposible concebirla: de ahí la fórmula de Martens contenida en el Convenio de La Haya de 1907 y reproducida en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (véase A/CN.4/419, párr. 5). Esas son las razones que según el orador han hecho pensar a algunos miembros que sería preferible limitarse a una definición general.

3. Otros miembros son del parecer de que una definición general no sería suficiente y que deberían indicarse unos cuantos ejemplos indicativos a fin de proporcionar al tribunal una idea del perfil de un crimen de guerra. El debate sobre este punto, no obstante, sería interminable. Durante mucho tiempo no se ha hecho ningún intento satisfactorio para compilar una lista exhaustiva de crímenes de guerra; ha habido sólo convenciones sobre cuestiones específicas, tales como la Declaración de San Petersburgo de 1868, la Declaración de La Haya sobre las balas que se hinchaban (balas «dum-dum») de 1899, el Tratado de Washington de 1922 y el Protocolo de Ginebra de 1925 (*ibid.*, nota 21). Sólo mucho más tarde se ha hecho algún intento de llegar a una codificación general del derecho de la guerra tal como se refleja, por ejemplo, en el Convenio de La Haya de 1907, los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales a éstos. Estas convenciones, no obstante, difieren de los métodos que emplearon. El Convenio de La Haya de 1907, por ejemplo, no enuncia una definición general, sino que meramente establece una lista no exhaustiva y se refiere a las leyes y usos de la guerra. El estatuto del Tribunal de Nuremberg se refiere a las leyes o usos de la guerra y establece una lista no exhaustiva, mientras que el estatuto del Tribunal de Tokio abarca sólo las violaciones de las leyes o usos de la guerra sin incorporar ninguna lista. Así, dos instrumentos, elaborados al

mismo tiempo y con el mismo objeto, emplean métodos totalmente distintos

4 Además, las listas incorporadas en los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales pertenecían únicamente al derecho humanitario y no mencionaban para nada otros crímenes de guerra, tales como el uso ilícito de armas, repitiendo la muy antigua disposición según la cual no existe un derecho ilimitado con respecto al uso de los métodos y medios de guerra. Tan pronto como interviene una lista la cuestión se hace más complicada. Es fácil enumerar las violaciones del derecho humanitario refiriéndose a las convenciones ya existentes, pero es mucho más difícil enumerar los crímenes relativos al uso ilícito de armas, pues se están inventando constantemente nuevas armas. De allí que el CICR ha señalado expresamente que el Protocolo adicional I no contenía ninguna prohibición formal sobre armas determinadas.

5. Algunos de los que preconizan una lista no exhaustiva se han referido a la lista preparada por la Asociación Internacional de Derecho Penal. Según ha explicado el propio Relator Especial en sus anteriores informes, no le ha parecido posible seguir esa lista porque se refiere solamente al derecho humanitario, y los crímenes de guerra, huelga decirlo, van más allá del derecho humanitario.

6 El Relator Especial dice que su posición ha cambiado. En el primer proyecto, presentado en su cuarto informe en 1986, propuso dos variantes para el artículo 13<sup>o</sup>. La segunda variante, a diferencia de la primera, contenía una lista y una definición general. Al examinar esta lista, la Comisión se encontró ante el problema del uso de las armas nucleares y dedicó mucho tiempo a determinar si debía referirse o no a ese tipo de armas. En vista de ello, decidió preparar una lista en la que el uso de las armas nucleares se mencionaba entre corchetes, pero eso también suscitó oposición por parte de algunos miembros. Habiendo decidido, pues, que sería preferible dejar a un lado las armas nucleares, el Relator Especial ha presentado el actual informe, que no incluye ninguna lista.

7 Las posiciones de los miembros con respecto al concepto de la gravedad son muy categóricas. Algunos consideran que ese concepto no debería entrar en juego como factor de diferenciación entre los diversos crímenes de guerra. El Sr. Arangio-Ruiz (2097.<sup>1</sup> sesión) opina que es importante no fragmentar el conocido principio de la indivisibilidad del concepto de crímenes de guerra y ha insistido en que eso es lo que se le ha enseñado siempre. Pero el mundo ha cambiado y el concepto de la gravedad se ha utilizado desde hace mucho tiempo en la definición de los crímenes de guerra. Por ejemplo, en los Convenios de Ginebra de 1949 se introdujo el concepto de violación grave y se trazó una distinción: los Estados estaban obligados a sustanciar un procedimiento únicamente en el caso de violaciones graves, y se dejaba a discreción de ellos la posibilidad de hacerlo en el caso de otro tipo de violaciones. El artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos, sobre la responsabilidad de los Estados<sup>7</sup>, establece también una distinción entre crímenes y delitos sobre la base de su gravedad, en relación con la cual el Relator Especial señala a la atención de la Comisión en particular

el párrafo 3 de dicho artículo. El artículo 19 todavía no ha sido aprobado definitivamente, pero el elemento de la gravedad forma ya parte del derecho positivo, puesto que hay convenciones en vigor que hacen una distinción entre las violaciones graves y otras violaciones. Como acertadamente ha señalado el Sr. Francis (2099.<sup>1</sup> sesión), no es posible condenar con igual severidad a quien ha privado a un soldado de la comida de un día que a quien ha hecho a ese soldado víctima de torturas.

8 Otro argumento, invocado por el Sr. Koroma (2097.<sup>1</sup> sesión), es el de que incumbe al juez y no al derecho determinar la gravedad de un acto. En relación con este punto, la definición de un acto y la tipificación de un acto no son la misma cosa. La definición consiste en una descripción de las características específicas del acto. La tipificación es algo diferente. En el derecho interno es el legislador el que define y distingue entre el homicidio involuntario, por ejemplo, que supone la comisión de un acto que ocasiona la muerte de modo no intencional; el homicidio voluntario, que supone la comisión de un acto que ocasiona la muerte intencionalmente, y el asesinato, que supone premeditación. Cuando se procesa a una persona, el tribunal tipifica el acto en cuestión y, partiendo de esa distinción, lo clasifica dentro de una de esas categorías. De este modo, la gravedad misma la determina el legislador. La situación no cambia en el caso del derecho internacional. El genocidio y el *apartheid* se definen en las convenciones y correspondería al tribunal internacional, o a cualquier otro tribunal encargado de conocer el asunto, decidir dentro de qué categorías de las convenciones está comprendido el acto. Es un asunto delicado, pero la Comisión debe tratar de establecer las distinciones necesarias.

9 Sobre la cuestión de la terminología, hay más o menos acuerdo general en que la expresión «crímenes de guerra» debe conservarse en el título del artículo 13 y la mayoría de los miembros son partidarios de la segunda variante del artículo. Algunos, entre ellos el Sr. Ogiso (2099.<sup>1</sup> sesión) y el Sr. Beesley (2100.<sup>1</sup> sesión), han sugerido que se combinen las dos variantes. Se trata también de una cuestión que la Comisión ha de decidir.

10 En cuanto al proyecto de artículo 14, relativo a los crímenes contra la humanidad, el Relator Especial había explicado en su cuarto informe<sup>8</sup> que la palabra «humanidad» debía entenderse no en el sentido de la filantropía o caridad, sino más bien del respeto a los valores humanos y de la preocupación de proteger al género humano contra la barbarie. Hay que velar para que la humanidad no caiga en la degradación moral y para defender los valores en que se funda la civilización universal. El Sr. Barsegov (2097.<sup>1</sup> sesión) se ha referido con razón a la declaración conjunta de mayo de 1915 de los Gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia en relación con las matanzas perpetradas por el Gobierno otomano contra la minoría armenia. Esa declaración es importante no sólo porque usa la expresión «crímenes contra la humanidad», sino también porque introduce en el derecho internacional por primera vez el concepto de responsabilidad criminal, incluida la de los individuos. Ahora bien, la declaración no introdujo la noción de crímenes contra la humanidad en el derecho posi-

<sup>7</sup> Véase 2096.<sup>1</sup> sesión, nota 4.  
<sup>8</sup> *Ibid.* nota 19.

<sup>9</sup> *Anuario* 1986, vol. II (primera parte), págs. 58 y 59; documento A/CN.4/398, párrs. 12 a 15.



tivo, pues en la Conferencia de Paz, de París, el Gobierno de los Estados Unidos de América se opuso a la expresión «crímenes contra la humanidad» y, en consecuencia, esa expresión fue suprimida. Sólo después de la segunda guerra mundial, y a causa de los crímenes cometidos durante esa guerra, accedieron los Estados Unidos a utilizar esa expresión en la Conferencia sobre los crímenes de guerra, de Londres.

11. El Sr. Barsegov se ha referido también (2100.ª sesión) a la distinción entre intención y motivo, distinción que, como ha sugerido el Sr. Reuter (2101.ª sesión), acaso sea principalmente una cuestión de la diferente terminología usada en los distintos sistemas jurídicos. Con arreglo al sistema con que el Relator Especial está más familiarizado, la distinción entre intención y motivo es fácil de hacer. La intención denota la realización de un acto a conciencia y con decisión, queriendo las consecuencias de los propios actos. El Relator Especial está totalmente de acuerdo en que la intención es un elemento componente de todos los crímenes, tanto si son crímenes contra la humanidad como crímenes ordinarios. Pero el motivo es una cuestión diferente. Entraña un sentimiento y, como tal, constituye un elemento de diferenciación entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes ordinarios —a diferencia de la intención, que no puede servir de base de distinción, por cuanto todos los crímenes suponen una intención criminal—. Por lo que toca al motivo, hay por ejemplo crímenes cometidos con ánimo de lucro, crímenes pasionales y crímenes cometidos por los motivos más viles: son precisamente estos últimos, los cometidos por odio racial, religioso o político, los que están comprendidos en el proyecto de código. Para que un crimen quede calificado de crimen contra la humanidad tiene que violar un sentimiento de humanidad hondamente arraigado. Ese es, a juicio del Relator Especial, el criterio para toda distinción entre intención y motivo. También aquí, no obstante, corresponderá al Comité de Redacción determinar si puede encontrarse alguna expresión que refleje los diversos ordenamientos jurídicos de que se trata.

12. Con respecto a los crímenes específicos enunciados en el artículo 14, el Relator Especial señala que el número de adhesiones a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio ha ido en aumento y que los Estados Unidos se han adherido a ese instrumento a fines de 1987. Una característica especial de la disposición propuesta sobre el genocidio es la de que contiene una lista enumerativa más que exhaustiva, lo que es un criterio prudente. Ha decidido además hacer una distinción entre el genocidio y los demás actos inhumanos, que es un aspecto en el cual, a su juicio, el proyecto de código de 1954 carecía de cierta precisión. El genocidio mismo es un acto inhumano, pero ha sido incluido como disposición aparte porque es en cierto modo el prototipo de lo que constituye un crimen contra la humanidad.

13. Algunos miembros quieren ampliar la definición del *apartheid* porque opinan que la disposición propuesta podría dar la impresión de que el *apartheid* se limita a Sudáfrica. El Relator Especial ha colocado las palabras «tal como se practican en el África meridional» entre corchetes en la segunda variante para señalar a la atención de la Comisión el hecho de que sólo Sudáfrica quedaría comprendida. Pero no quiere que el *apartheid* parezca cosa corriente. Existen, huelga decirlo, varias formas de discriminación racial que tal vez podrían quedar abarcadas con

la mención de «*apartheid* y otras formas de discriminación racial». La expresión «*apartheid* consuetudinario» es, en cambio, totalmente inaceptable y no serviría más que para ocasionar confusión, particularmente en vista de que la costumbre es una fuente del derecho internacional. La mención de *apartheid* consuetudinario no debe incluirse; habrá que encontrar otra expresión.

14. La Convención internacional sobre la represión y el castigo de crimen de *apartheid* todavía no ha sido aceptada universalmente y es importante encontrar una fórmula que no cree obstáculos para otras adhesiones de los Estados. El Sr. Reuter (2098.ª sesión) ha mencionado la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados como ejemplo de la lentitud que caracteriza el proceso de codificación. Es de esperar que no se necesitará un período tan largo —en el curso del cual muy bien podría desaparecer el *apartheid*— para ultimar y aprobar el proyecto de código: sería de lamentar que la Comisión llegara a encontrarse un día con que estaba ocupándose de «fantasmas» o «fósiles». Además, a juicio del Relator Especial, el *apartheid* es una violación del *jus cogens*.

15. Ha habido una prolongada discusión en torno a la aplicación del concepto de hechos inhumanos a los daños contra los bienes, y el Relator Especial está de acuerdo en general con los demás miembros de la Comisión. Considera, no obstante, que debe trazarse una distinción entre los daños a los bienes como crímenes de guerra, que ya están expresamente previstos en el artículo 85 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, y los ataques considerados como crímenes contra la humanidad, que constituyen materia aparte. La prohibición de los daños contra los bienes en tiempo de guerra tiene un carácter relativo por cuanto va acompañada de excepciones, por ejemplo la destrucción de bienes por razones de necesidad militar o los casos en que los bienes son contiguos a objetivos militares. Ninguna de esas limitaciones se aplica a los atentados contra los bienes como crímenes contra la humanidad: en tales casos la prohibición es absoluta.

16. La cuestión del daño al medio ambiente plantea muchas y muy complejas cuestiones, sobre todo con respecto a la intención. En relación con esta cuestión, el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados ha suscitado muchas reservas, y el Relator Especial, en consecuencia, ha procurado utilizar una fórmula diferente en el presente proyecto. El problema está en el elemento de la intención: como hay actividades lícitas de los Estados que a veces ocasionan daños al medio ambiente, ¿qué criterios deben utilizarse para distinguir entre actos intencionales y actos no intencionales que ocasionan esos daños? El proyecto de artículo 14 trata únicamente de los daños al medio ambiente que resultan de actos cometidos con intención dolosa. Hay esferas en las que los tribunales, pese a todos los elementos que tengan a su disposición, tropezarán con dificultades para determinar tal intención. No obstante, tales elementos de la culpabilidad, como el error grave o la negligencia grave, pueden quedar incluidos dentro del concepto de intención criminal. Los actos que causan daños al medio ambiente en tiempo de guerra están ya previstos en el párrafo 3 del artículo 35 del Protocolo adicional I y en cualquier caso están sujetos a las disposiciones del proyecto de artículo 13. Los actos que causan daños al medio ambiente en tiempo de paz, en cambio, deberían ser objeto de una disposición aparte. Se le ha pedido que aclare la



expresión «bien de interés vital para la humanidad» utilizada en el párrafo 6 del proyecto de artículo 14, y al Relator Especial le parece difícil definir la expresión como no sea en el sentido de «esencial para la vida», pero si esa fórmula no se considera satisfactoria está dispuesto a acoger sugerencias para mejorar la redacción.

17. El proyecto de código de 1954 incluía la esclavitud como crimen internacional, pero la esclavitud debe figurar en un lugar más destacado y el Relator Especial, en consecuencia, la ha hecho objeto de una disposición independiente. Tal vez sea apropiado distinguir entre la esclavitud como crimen de guerra y la esclavitud como crimen contra la humanidad.

18. La cuestión de las expulsiones en masa ha sido mencionada también durante el debate, sobre todo con relación a las derivaciones del término «traslado» (párr. 4 a). El Sr. Tomuschat, el Sr. Pawlak y el Sr. Reuter han mencionado todos ellos ejemplos relacionados con una región determinada que se tendrán debidamente en cuenta. En este caso también deben trazarse distinciones entre los traslados efectuados por razones humanitarias y los que están comprendidos en las disposiciones del proyecto de código. Los primeros tienen el carácter de operaciones de salvamento cuando una población, en un país que no es el suyo propio, se encuentra amenazada de torturas o de muerte. El segundo caso son los traslados forzados de población de su país de origen a otro país: estos traslados constituyen claramente actos inhumanos y deben quedar comprendidos dentro de las disposiciones del código.

19. Dice el Relator Especial que su posición respecto al tráfico internacional de drogas se ha hecho menos categórica después de los debates en la Comisión. Los motivos de los traficantes internacionales de drogas son indudablemente bajos, y sus actos, si consiguen desestabilizar Estados, podrían considerarse como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero es importante distinguir entre esos motivos y los motivos que constituyen los criterios que determinan la tipicidad de los crímenes contra la humanidad.

20. Algunos miembros han puesto de relieve la importancia de la cuestión de un tribunal penal internacional. Por su parte, el Relator Especial no ha partido del supuesto de que deba excluirse un sistema de jurisdicción universal, y no descartará la posibilidad de introducir un proyecto de artículo apropiado o una disposición pertinente en un período de sesiones posterior de la Comisión. La Asamblea General no ha dado instrucciones claras sobre este punto.

21. En conclusión, los proyectos de artículos 13 y 14 pueden remitirse al Comité de Redacción si la Comisión así lo acuerda. Como Relator Especial, él presentará una lista de crímenes de guerra para que los examine el Comité, teniendo en cuenta las sugerencias de los miembros de la Comisión.

22. El PRESIDENTE dice que ha entendido que la Comisión desea remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción y que los miembros de la Comisión transmitirán sus sugerencias con respecto a la lista de crímenes al Presidente del Comité de Redacción en los próximos días.

23. El Sr. BARBOZA dice que la recapitulación que ha hecho el Relator Especial le da la impresión de que se ha interpretado que él (el Sr. Barboza) es contrario a la inclu-

sión del criterio de la gravedad en relación con los crímenes de guerra. De ser así, tal interpretación no es correcta. Al igual que otros miembros de la Comisión, el Sr. Barboza considera importante incluir el concepto de la gravedad y también una lista de los crímenes de que se trata, sin la cual sería imposible determinar qué crímenes están comprendidos en las disposiciones del código, función que en ningún caso puede encargarse a un tribunal o a un juez.

24. Está de acuerdo en que se remita el proyecto de artículos al Comité de Redacción. Con respecto a la lista de crímenes que la Comisión debe examinar, si no se dispusiese de tiempo suficiente, sería conveniente aplazar la compilación de la lista hasta el próximo período de sesiones.

25. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que tal vez no expuso su posición con bastante claridad al poner en tela de juicio el uso sin reservas del concepto de la gravedad o la seriedad en relación con los crímenes de guerra (2097.ª sesión). Es sin duda relativamente fácil en el caso de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad circunscribir el ámbito de aplicación del código a los delitos más graves, pero con respecto a los crímenes de guerra en un sentido técnico estricto es mucho más difícil. Con respecto a los casos de perpetración de crímenes de guerra durante un conflicto armado, en algunos convenios e instrumentos se toma como base el criterio de la gravedad, pero el orador no está muy dispuesto a aceptar que el derecho o la obligación de perseguir y castigar de un beligerante se incluya en el código sólo en el caso de crímenes graves. Un Estado beligerante al cual se ha causado daño, o cuyas fuerzas armadas o población han sufrido daños por crímenes de guerra *stricto sensu*, tiene el derecho, según la legislación existente, a ejercer o no una acción penal contra los criminales aprehendidos, cualquiera que sea el grado de gravedad de la violación. El código no debería restringir de ninguna manera ese derecho introduciendo el concepto de crímenes de guerra en un sentido estrecho. Más aún, la obligación de perseguir y castigar que eventualmente se incluya en el código debe extenderse expresamente a los casos en que los criminales de que se trata sean miembros de las propias fuerzas armadas del país. No se trata de un problema meramente de forma, esto es, de determinar si se mantiene la unidad del concepto de crímenes de guerra, sino de un problema de fondo que debe remitirse al Comité de Redacción para que lo examine con más detenimiento.

26. El PRESIDENTE dice que no cree que el objeto sea cambiar el concepto de crímenes de guerra en general. Se trata más bien de la cuestión de qué crímenes de guerra considera la Comisión que deben incluirse en el proyecto de código.

27. El Sr. FRANCIS dice que acoge con agrado la amplia recapitulación que ha hecho el Relator Especial, así como el criterio flexible que ha adoptado. Se recordará que en la sesión anterior pidió que se le diera tiempo para consultar con otros miembros de la Comisión, y con el Sr. McCaffrey en particular, antes de hacer ninguna nueva declaración sobre la lista de crímenes que deba someterse a la sesión plenaria de la Comisión. Como todavía no ha completado estas consultas, el Sr. Francis querría reservar para más adelante sus observaciones.

28. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que el Relator Especial ha aludido, en relación con el crimen de *apartheid*,

a la necesidad de evitar que se utilicen conceptos que con el tiempo quedarán anticuados. Ahora bien, al redactar el artículo 14, la Comisión trata de legislar en términos globales: incluso si el *apartheid* desapareciera de Sudáfrica, eso no quiere decir que haya de desaparecer necesariamente de la faz de la Tierra. En el caso del genocidio, por ejemplo, los nazis tienen todavía discípulos y el crimen no puede considerarse extinguido. De modo semejante, aunque el proceso de descolonización está en gran parte concluido, todavía hay pueblos que no gozan plenamente de su derecho a la libre determinación. El orador cree, pues, que procede suprimir los corchetes en la segunda variante del párrafo 2, de modo que el crimen de *apartheid* pueda castigarse como es debido siempre que se manifieste en el futuro. Por último, a juicio del orador los proyectos de artículos 13 y 14 deberían remitirse al Comité de Redacción.

29. El Sr. BARSEGOV expresa su profundo agradecimiento al Relator Especial por la recapitulación tan interesante y detallada que ha hecho y con la cual está en gran parte de acuerdo.

30. El Sr. Barsegov tiene la impresión de que, en lo que se refiere al papel de la intención y el motivo, las dificultades se han reducido apreciablemente. A su juicio, hay acuerdo en general en considerar que el elemento intencional tiene que estar presente en la definición de los crímenes de que se trata. Si estuviera ausente, el crimen podría calificarse de una manera totalmente distinta. Por ejemplo, si un médico mata a un paciente involuntariamente, incurrirá de todos modos en culpa por negligencia. Por lo que se refiere al elemento intencional en la relación con los crímenes tipificados por su naturaleza masiva y sistemática, lo único que está en discusión es la cuestión de si es necesario o no probar la presencia de la intención. Hay diferencias con respecto al elemento de la motivación. La dificultad nace del hecho de que el texto francés habla frecuentemente del «mobile», que a veces se traduce al inglés por «motive», pero más a menudo por «intent».

31. Se trata de una cuestión de traducción, pero hay otra dificultad más que guarda relación con el fondo. Mientras que todo criminal tiene motivos (como, por ejemplo, los celos en el caso de un crimen pasional) y los crímenes internacionales están también motivados, establecer el motivo como elemento constitutivo de tales crímenes supondría que el autor sólo podría ser perseguido en el caso de que pudiese probarse que el crimen de que se trataba había sido cometido expresamente por los motivos aducidos. Afortunadamente, al tratar de crímenes graves como el genocidio o el *apartheid*, la comunidad internacional ha convenido en que no es necesario tener en cuenta el motivo; poco importa, pues, que el acto de genocidio haya sido cometido, por ejemplo, en interés del Estado, por motivos raciales o por otros motivos. Esta es la esencia del problema, y por eso al orador le interesa que en el proyecto de código no se introduzca un elemento subjetivo en la definición de los crímenes contra la humanidad.

32. Acoge con agrado las explicaciones del Relator Especial acerca de las expulsiones o de los traslados forzosos de poblaciones que entran dentro del ámbito del proyecto de código. La fórmula empleada por el Relator Especial es satisfactoria por cuanto se entiende que se refiere a los traslados forzosos de población desde su propio territorio, cualesquiera que sean las razones de ese traslado, y no a los traslados realizados en aplicación de tratados o acuer-

dos de paz. La fórmula empleada permite soslayar un problema espinoso, esto es, el de si el proyecto de código abarca las expulsiones de una población dentro de su propio territorio o en un territorio extranjero ocupado. El Sr. Barsegov considera que sería un ejercicio sumamente complejo limitar la cuestión a los últimos casos citados. Crímenes como el *apartheid* o el genocidio, en los que la expulsión es un elemento constitutivo, se cometen generalmente en el territorio de la población de que se trata, aunque en la primera y en la segunda guerra mundial se dieron casos en los que el genocidio contra una población se había iniciado en el territorio del Estado perpetrador y posteriormente había continuado en el territorio de los Estados contiguos. El texto presentado por el Relator Especial ofrece perspectivas prometedoras para la regulación de una cuestión sumamente compleja.

33. Con respecto a la cuestión de la campaña contra el tráfico internacional de estupefacientes, el orador está de acuerdo en que el problema del tráfico ilícito es efectivamente de suma importancia. Puede decirse con razón que si bien los traficantes actúan con ánimo de lucro, el resultado de sus crímenes constituye un atentado contra la humanidad en general. Es pertinente, pues, examinar la cuestión del narcotráfico en el contexto de los crímenes contra la humanidad.

34. Refiriéndose a los antecedentes históricos del concepto del crimen contra la humanidad, el Sr. Barsegov dice que el Relator Especial no está en lo cierto al afirmar (párr. 10 *supra*) que los Estados Unidos no aceptaron ese concepto. Es sabido que los Estados Unidos no se opusieron a la declaración sobre las masacres de armenios, de 1915. Es más, esa declaración fue transmitida al Gobierno otomano por el Gobierno de los Estados Unidos, que en aquel momento seguía una política de neutralidad.

35. El Sr. ROUCOUNAS, refiriéndose a la destrucción masiva de bienes como crímenes contra la humanidad, dice que el Relator Especial ha trazado una distinción entre la destrucción de bienes en tiempo de guerra y en tiempo de paz, con la cual él está de acuerdo. En realidad, entre los crímenes de guerra pueden contarse los crímenes contra la humanidad que se ejecutan en forma de destrucción masiva de bienes. Esos crímenes deben tener además un aspecto tanto cualitativo como cuantitativo, que abarque la destrucción de bienes que no es necesariamente en gran escala. Habida cuenta de que la conciencia que tiene la sociedad del patrimonio común de la humanidad va desarrollándose constantemente, el orador se pregunta si el Relator Especial estaría de acuerdo en que ciertos bienes, tales como los monumentos, a los que la UNESCO ha atribuido gran valor para la humanidad, deban ser objeto de protección especial.

36. El Sr. HAYES observa que el traslado forzoso de poblaciones plantea varias cuestiones graves. En vista de la explicación del Relator Especial de que no se incluyen los traslados por razones humanitarias y que se trata únicamente de la expulsión de una población de su país de origen, el orador se pregunta en qué circunstancias puede ser justificable el traslado de extranjeros. Tiene sumo interés en aclarar durante cuánto tiempo unos extranjeros conservarán el estatuto de extranjeros antes de adquirir la ciudadanía de su nuevo país de residencia. Si es posible justificar el traslado forzoso por razones humanitarias, puede muy bien ocurrir que se dirijan amenazas infundadas contra extranjeros a fin de crear una situación que justifique

supuestamente la necesidad de trasladarlos. Por otra parte, ¿podrían justificarse traslados de población fundados en situaciones de hambre, como en África en años recientes? La definición del traslado forzoso no lo aclara.

37. El Sr. KOROMA dice que todavía no está seguro de si el traslado forzoso se refiere a la expulsión de un país a otro, de un territorio a otro, o a ambas cosas. Ha habido muchos traslados de esta índole, sobre todo en el África meridional, donde millares de personas han sido expulsadas de sus fértiles tierras ancestrales y trasladadas a tierras áridas, donde han tenido que buscar su alimento en la basura para sobrevivir. Esos traslados efectuados en nombre del desarrollo económico no se limitan al África meridional. A juicio del orador, merecerían incluirse bajo los títulos de genocidio y *apartheid*. Ciertamente constituye algo peor que la denegación de la libre determinación. El orador sugiere que el Grupo de Planificación estudie la inclusión, como tema para futuro examen por la Comisión, el derecho relativo a los movimientos de población, dentro de un Estado o entre Estados.

38. El Sr. THIAM (Relator Especial), refiriéndose a las observaciones del Sr. Díaz González, dice que está convencido de que el *apartheid* desaparecerá un día. La realidad es que el *apartheid* se practica de modo sistemático solamente en un país, Sudáfrica. Esa es la práctica a la que él se refiere en el proyecto de artículo 14; los otros ejemplos aludidos son casos de discriminación racial. En respuesta al Sr. Hayes, el orador explica que el traslado forzoso de poblaciones está destinado a denotar únicamente la expulsión de poblaciones del país de origen a otro país, y no los traslados internos, por razones económicas o por otras razones. En respuesta al Sr. Barsegov, recuerda el orador que, según tiene entendido, durante la primera guerra mundial los Estados Unidos de América, debido a su tradición de derecho positivo, habían sido reacios a aceptar el concepto de crímenes contra la humanidad basándose en el principio *nullum crimen sine lege*.

39. El PRESIDENTE sugiere que los proyectos de artículos 13 y 14 se remitan al Comité de Redacción, dejando tiempo para examinar la propuesta lista de crímenes de guerra en una próxima sesión.

*Así queda acordado*<sup>9</sup>.

### **Responsabilidad de los Estados (A/CN.4/416 y Add.1<sup>10</sup>, A/CN.4/L.431, secc. G)**

[Tema 2 del programa]

### **Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos<sup>11</sup>**

#### **INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL**

#### **NUEVOS ARTÍCULOS 6 Y 7 DE LA SEGUNDA PARTE**

40. El PRESIDENTE recuerda que el Relator Especial presentó su informe preliminar sobre el tema (A/CN.4/416

y Add.1) en el período de sesiones anterior<sup>12</sup>, pero no fue examinado por falta de tiempo. Invita a la Comisión a examinar el informe, así como los nuevos artículos 6 y 7 de la segunda parte del proyecto contenidos en él, que dicen:

#### **Artículo 6.—Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo**

El Estado cuya acción u omisión constituya un hecho internacionalmente ilícito [que tenga] [de] carácter continuo está obligado, sin perjuicio de la responsabilidad en la que ya haya incurrido, a hacer que cese esa acción u omisión.

#### **Artículo 7.—Restitución en especie**

1. El Estado lesionado tiene derecho a reclamar al Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la restitución en especie por cualquier daño sufrido por razón de ese hecho, con tal que esa restitución:

- a) no sea materialmente imposible;
- b) no entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general;
- c) no sea excesivamente onerosa para el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

2. La restitución en especie no se considerará excesivamente onerosa salvo que:

- a) represente una carga desproporcionada en relación con el daño causado por el hecho ilícito;
- b) comprometa gravemente el sistema político, económico o social del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado c del párrafo 1 del presente artículo, ningún obstáculo derivado del ordenamiento jurídico interno del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito podrá impedir de por sí que el Estado lesionado ejercite su derecho a la restitución en especie.

4. El Estado lesionado podrá reclamar, a su debido tiempo, que se sustituya total o parcialmente la restitución en especie por [la reparación por equivalencia] [una indemnización pecuniaria], con tal que esa elección no dé lugar a una ventaja injusta en detrimento del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito y que no entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general.

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) recuerda a los miembros que su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1) contiene un esquema general para las partes segunda y tercera del proyecto de artículos (cap. I), seguido de un examen de la cesación del comportamiento ilícito (cap. II. B) y la restitución en especie (cap. II. C). Sugiere que se comience el examen del tema con estas dos cuestiones y luego se pase al esquema general.

42. Su próximo segundo informe, que será examinado más adelante, abarcará, junto con el informe preliminar, todas las consecuencias sustantivas de un hecho ilícito, esto es, las consecuencias que se derivan inmediatamente de la comisión de hechos internacionalmente ilícitos, en tanto que distintas de las medidas tomadas por el Estado

<sup>9</sup> Para el debate de la Comisión sobre la propuesta lista de crímenes de guerra, veanse las sesiones 2106<sup>a</sup> y 2107<sup>a</sup>.

<sup>10</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>11</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35 y 37, figuran en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), pag. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte —artículos 6 a 16— remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36<sup>a</sup> y 37<sup>a</sup>, *ibid.*, pag. 21, nota 66.

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto («Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias») fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, vease *Anuario* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

<sup>12</sup> Véase *Anuario* 1988, vol. I, págs. 280 y 284, 2081<sup>a</sup> sesión, párrs. 37 a 57, y 2082<sup>a</sup> sesión, párrs. 1 a 24.

lesionado a consecuencia de los hechos. No obstante, mientras que el informe preliminar trata sólo de la cesación y la *restitutio in integrum*, el segundo informe completará las consecuencias sustantivas al agregar la reparación por un equivalente, la indemnización pecuniaria, la satisfacción y las garantías contra la repetición.

43. El Sr. BARBOZA felicita al Relator Especial por su magistral informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1). Desgraciadamente, hay cierto número de errores en la traducción española y presentará las correcciones a la Secretaría.

44. El Relator Especial propone un plan de trabajo sobre los nuevos artículos 6 y 7 de la segunda parte del proyecto, que versan sobre la cesación y sobre la restitución en especie. El texto del artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial, considerablemente modificado, daría el material para los dos nuevos artículos. Como el Relator Especial explica en su informe (*ibid.*, párr. 24), ha considerado que toda la materia debería tratarse más a fondo e incluir, en particular, la reparación por un equivalente, la satisfacción, y la distinción entre la compensación por daños materiales y la compensación por daños morales. El Relator Especial propone además tratar separadamente las consecuencias jurídicas de los delitos y crímenes internacionales, pues no está muy claro que esas consecuencias tengan un denominador común.

45. No hay motivo para oponerse al criterio que adopta el Relator Especial. Su afirmación sobre que

no cuestiona, a los efectos de la actual labor de la Comisión, la decisión que esta adoptó sobre la noción de responsabilidad internacional y la definición de las relaciones y situaciones jurídicas creadas por un hecho internacionalmente ilícito (*ibid.*, párr. 16)

constituye una declaración importante que quiere decir que la Comisión mantiene la posición de que el Estado lesionado tiene el derecho a exigir una reparación, y que el Estado autor del comportamiento ilícito puede ser sancionado por el Estado lesionado o por un tercer Estado. Se mantiene así la idea básica de los dos tipos de relaciones jurídicas nacidas de una violación de una obligación. El Relator Especial propone asimismo tratar la forma de «hacer efectiva» la responsabilidad (*mise en œuvre*) dentro de la sección del proyecto relativa a las consecuencias que resultan de los delitos y crímenes internacionales, y paralelamente a los derechos y obligaciones sustanciales que se derivan de tales delitos y crímenes. El esquema de trabajo propuesto para la segunda parte y la tercera parte del proyecto parece prudente.

46. En la primera parte del informe se dedica gran atención a la cesación, de la que se extraen importantes conclusiones. En primer lugar, la cesación *per se* tiene una función correctora distinta de la restitución, la compensación o la satisfacción (*ibid.*, párr. 22). Difiere además de los medios correctivos comprendidos dentro del concepto de reparación en el hecho de que pertenece al hecho ilícito mismo más que a sus consecuencias jurídicas (*ibid.*, párr. 31). La cesación debe adscribirse no a los efectos de la norma secundaria que el acto ilícito hace entrar en juego, sino a la acción constante y normal de la norma primaria que ha sido violada por el comportamiento ilícito. La cesación tiene interés sólo cuando el hecho ilícito tiene carácter continuo (*ibid.*, párr. 33). La cesación tiene que distinguirse además claramente de la reparación; esta última responde a las exigencias definidas por la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*, en el sentido de que deben borrarse todas las consecuencias de la violación de

una obligación internacional en las relaciones entre el Estado autor y el Estado lesionado (*ibid.*, párr. 39). La cesación no se define, pero es evidente que no anula las consecuencias jurídicas o fácticas del hecho ilícito; su objeto es el comportamiento ilícito *per se*, es decir, el origen mismo de la responsabilidad (*ibid.*, párr. 40).

47. El Relator Especial también se refiere (*ibid.*, nota 59) a la decisión de 5 de marzo de 1955 de la Comisión de Conciliación franco-italiana en el asunto de la *SNCF*. Por lo visto, el Relator Especial considera la restitución del material ferroviario de Italia a Francia como una «cesación» del hecho ilícito. La desaparición de las consecuencias, esto es, la restitución del material en buen estado como antes, constituirá una reparación. No obstante, ¿qué interés práctico se atiende en ese caso por la distinción jurídica trazada entre el hecho y sus consecuencias? La cesación puede ser también una consecuencia jurídica del hecho ilícito, de la misma índole que las otras consecuencias, esto es, la obligación por parte de Italia de restituir el material en su anterior estado.

48. La cesación, tal como el Sr. Barboza la ve, es principalmente una consecuencia jurídica de la violación de la obligación primaria. No constituye en modo alguno un verdadero cumplimiento de esa obligación: tiene un significado totalmente diferente del de ese cumplimiento. Para ilustrar esa diferencia, se puede tomar el ejemplo hipotético de un Estado A, al que se declara responsable de tomar como rehenes a miembros de la embajada del Estado B. La responsabilidad primaria del Estado A consiste en no vulnerar la libertad personal de las personas con estatuto diplomático, y en particular las del Estado B. El Estado B exigirá entonces la cesación inmediata de la situación, de modo que el Estado A tendrá que devolver los rehenes. Ese es el contenido de la cesación: la devolución de los rehenes. Ahora bien, devolver los rehenes es algo muy distinto de abstenerse de encarcelarlos, que es el contenido de la obligación primaria. El contenido de la cesación es el comportamiento exigido de un Estado que incurre en un hecho ilícito, un comportamiento enteramente distinto del que exige la obligación primaria.

49. Huelga decir que no habría podido pedirse la cesación de no haber sido por la violación de la obligación primaria. Se trata, pues, de una consecuencia de la violación de la obligación primaria, y el cumplimiento de la demanda de cesación del hecho no quiere decir que la obligación primaria haya sido satisfecha. La obligación primaria que ha sido violada sigue hallándose infringida después de la cesación. La violación de la obligación se consuma con la iniciación del hecho ilícito. La cesación exige un comportamiento que es diferente del que exige la obligación primaria. En el ejemplo que el Sr. Barboza ha expuesto, los rehenes son devueltos a la situación de libertad de que gozaban antes de la violación, pero sería un gran error considerar su liberación como un cumplimiento de la obligación primaria.

50. Ateniéndose al criterio del Relator Especial, las consecuencias jurídicas de la violación tendrían que adscribirse a dos fuentes distintas en un asunto como el de la *SNCF* entre Francia e Italia: la restitución del material ferroviario sería una consecuencia de la obligación primaria y el restablecimiento del estado de ese material sería una consecuencia de la obligación secundaria. Este criterio, aparte de su carácter dudoso, introduciría un desdoblamiento conceptual en la distinción entre normas primarias y normas

secundarias. Por definición, el reino de la norma primaria se sitúa en el tiempo anterior a la violación y el de la secundaria en el de después de la violación. Esa es precisamente una de las consideraciones en que se basó la Comisión para hacer que el tema de la responsabilidad de los Estados sea independiente de la responsabilidad por el trato de extranjeros. En consecuencia, sería indudablemente perturbador desde el punto de vista conceptual admitir la posición del Relator Especial.

51. La cesación parece ser uno de los elementos de la reparación. Un hecho ilícito sigue siendo hecho ilícito hasta que se ha dado cumplimiento a todos los elementos de la reparación, esto es, hasta que se han borrado las demás consecuencias de la violación. En su informe, el Relator Especial considera que la cesación se aplica a las omisiones lo mismo que a los hechos positivos; de ahí que pueda haber «omisiones continuas» lo mismo que «hechos continuos». En realidad, no obstante, el incumplimiento de una obligación de hacer (*obligation de faire*) supondría una omisión continua y la cesación se aplicaría entonces a esa categoría de obligaciones. La cesación, sin embargo, es un concepto negativo que, si se superpone al otro concepto negativo de la omisión, da por resultado dos conceptos negativos. ¿Piden los Estados la cesación del incumplimiento de una obligación de no hacer, o simplemente piden el cumplimiento específico de la obligación infringida? La cesación no parece constituir un instrumento útil en esos casos, ni siquiera en el caso de un Estado que deja de aprobar una ley que tenía el deber de promulgar con arreglo a una obligación internacional.

52. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que, antes de formular sus comentarios sobre el excelente informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1), desea señalar a la atención de la Comisión algunos defectos de presentación. En particular, el método de agrupar todas las notas al final no es satisfactorio. Las notas tienen que leerse juntamente con los párrafos del texto al que se refieren y cada una de ellas debe estar colocada al pie de la página correspondiente.

53. El orador está de acuerdo en general con las propuestas del Relator Especial relativas al esquema de la segunda parte del proyecto, así como con las relativas a los proyectos de artículos. El Relator Especial tiene razón también al decir que los artículos 1 a 5 de la segunda parte, que ya han sido aprobados provisionalmente por la Comisión, deben mantenerse y constituir un capítulo preliminar de la segunda parte que llevará provisionalmente el título de «Principios generales». Es interesante advertir que el Relator Especial tiene la intención de rehacer los proyectos de artículos 10 a 16 de la segunda parte y los proyectos de artículos 1 a 5 de la tercera parte presentados por el anterior Relator Especial. Habida cuenta de que esos artículos fueron remitidos al Comité de Redacción antes de que se iniciase el mandato de la Comisión con los miembros que actualmente la constituyen, los nuevos miembros tendrán una oportunidad de expresar sus opiniones sobre el contenido, la forma y los grados de la responsabilidad internacional y sobre la cuestión de la solución pacífica de las controversias.

54. La innovación más interesante es la intención que ha anunciado el Relator Especial de preparar dos capítulos sobre las consecuencias jurídicas que lleva consigo un delito internacional y las que resultan de un crimen internacional. Al proponer por razones metodológicas y por

razones de prudencia examinar las consecuencias de los delitos separadamente de las de los crímenes, el Relator Especial se apartará del método adoptado por el anterior Relator Especial, que había enunciado en los proyectos de artículos 6 a 11 de la segunda parte diversas consecuencias de los hechos ilícitos en general, como consecuencias que se aplicaban tanto a los delitos cuanto a los crímenes. Por tanto, el Relator Especial parece haber vuelto al criterio adoptado por la Comisión en el párrafo 53 del comentario al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos, en que subrayó que «sería absolutamente erróneo creer que existe en el derecho internacional actual un solo régimen de responsabilidad que se aplica en general a todo tipo de hecho internacionalmente ilícito»<sup>13</sup>, sin distinción alguna.

55. El análisis del Relator Especial (*ibid.*, párr. 14) de la distinción entre las diversas formas de la reparación —que es una cuestión de fondo— y las medidas destinadas a obtener la reparación —cuestión de procedimiento y de forma— es muy pertinente porque puede servir para poner de relieve las diferencias entre una situación en que se trata de delitos y una situación en que se trata de crímenes; sirve también para justificar el trato separado que se da a la cuestión de la cesación y a la de la reparación, por un lado, y, por el otro, a las cuestiones relacionadas con la adopción de medidas por el Estado lesionado.

56. En lo que se refiere a la sugerencia del Relator Especial de que se considere el contenido de la tercera parte del proyecto como si tratase de la solución pacífica de controversias y no del modo de «hacer efectiva» la responsabilidad (*mise en œuvre*), ya en 1975 la Comisión consideró la cuestión de la aplicación como asunto relacionado con la solución pacífica de las controversias<sup>14</sup>. Desde entonces las dos cuestiones se han considerado inseparables. El anterior Relator Especial se limitó a la solución de las controversias en los artículos 1 a 5 y en el anexo de la tercera parte tomando como base las disposiciones de los artículos 65 y 66 del anexo a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. El actual Relator Especial está siguiendo simplemente ese ejemplo, sólo que sugiriendo un título más correcto: «Solución pacífica de las controversias». Las razones aducidas por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 19) parecen convincentes. Por su parte, el orador iría todavía más lejos, hasta el punto de señalar que la aplicación de la responsabilidad internacional no sólo corresponde a la segunda parte del proyecto, sino también a la primera parte, en el caso de una obligación internacional relacionada con el trato de extranjeros y la cuestión del agotamiento de los recursos internos (art. 22).

57. El capítulo II del informe preliminar trata de dos consecuencias jurídicas de un acto internacionalmente ilícito: la cesación y la restitución en especie. El anterior Relator Especial trató estas dos formas de corrección de la violación del derecho internacional en una sola disposición de la segunda parte, el proyecto de artículo 6, pero el Relator actual considera que ese artículo es insuficiente y que la materia debe tratarse más detenidamente y a fondo. Después de un análisis penetrante de las obras pertinentes de los autores y de la práctica judicial y arbitral

<sup>13</sup> *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), pág. 116.

<sup>14</sup> Véase *Anuario...* 1975, vol. II, pág. 61, documento A/10010/Rev.1, párr. 44.

internacional, el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que la cesación no es una forma de reparación, aunque ha sido confundida a veces con la *restitutio in integrum*. La cesación y la restitución difieren tanto en su naturaleza como en su función y objeto. La restitución va más lejos que la cesación del comportamiento ilícito y exige la restitución efectiva del objeto en el estado en que estaba antes de que su legítimo dueño hubiese sido desposeído de él, esto es, se trata del restablecimiento del *status quo ante* (*ibid.*, párr. 52).

58. Por eso el Relator Especial ha tenido razón al proponer que la cesación de un acto ilícito internacional sea objeto de una disposición aparte de la relativa a las otras formas de reparación, y particularmente la restitución en especie. El nuevo proyecto de artículo 6 lleva el título de «Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo», pero en vista de que los delitos internacionales y los crímenes internacionales han de ser tratados separadamente, sería preferible el siguiente título: «Cesación de un delito internacional de carácter continuo».

59. El nuevo proyecto de artículo 6 ha sido formulado desde el punto de vista de las obligaciones del Estado autor e independientemente de los derechos que asisten al Estado lesionado. La obligación de poner fin al hecho ilícito tiene así su origen en la norma primaria que ha sido violada y que preexistía a la reivindicación del Estado lesionado. El Sr. Razafindralambo suscribe la formulación: «El Estado está obligado a cesar», y señala que el término francés «tenu» no traduce plenamente los matices del término inglés «remains». Por otra parte, tiene dudas sobre las palabras «acción u omisión», fórmula que hasta ahora había adoptado la Comisión sólo en el caso de un hecho que consiste en una «serie de acciones u omisiones» o un «hecho complejo» constituido por una serie de «acciones u omisiones», por ejemplo las situaciones que se tratan en el artículo 18, párrafos 4 y 5, respectivamente, y en el artículo 25, párrafos 2 y 3, respectivamente, de la primera parte del proyecto.

60. Si el objeto es indicar que la cesación se aplica tanto a la violación de una obligación de hacer (omisión) como a la violación de una obligación de no hacer (acción), no basta con hablar de un hecho internacionalmente ilícito de «carácter continuo». Hay que mencionar también el hecho «compuesto» y el «hecho complejo» mencionados respectivamente en los párrafos 2 y 3 del artículo 25 de la primera parte. Ello tendría por efecto alargar considerablemente el texto del proyecto de artículo 6, y tal vez lo mejor sería utilizar la fórmula usada en el título del artículo 25 y hablar de un Estado cuya acción u omisión constituye un hecho internacionalmente ilícito «que se extiende en el tiempo».

61. Además, como la obligación relativa a la cesación cae fuera del alcance de la reparación y de las relaciones jurídicas resultantes, que el Relator Especial —a diferencia de su predecesor— tiene la intención de tratar separadamente, es útil indicar que esa obligación no afecta a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad en la que ya se ha incurrido en virtud del comportamiento ilícito. Sin embargo, la formulación utilizada al efecto en el artículo 6, esto es, «sin perjuicio de la responsabilidad en la que ya ha incurrido», no es enteramente satisfactoria. Debería ser sustituida por la siguiente: «independientemente de la responsabilidad en la que ya se ha incurrido».

62. Es, no obstante, en la cuestión de la reparación en sus diversas formas donde el Relator Especial propone las modificaciones más importantes en comparación con las disposiciones de los proyectos de artículos 6 y 7 presentados por su predecesor. Ha aducido abundante documentación, tanto de las obras de los juristas como de la práctica de los Estados, en apoyo de su conclusión, que se orienta a la primacía de la restitución en especie. Las explicaciones de la definición de la *restitutio in integrum* son aceptables y el planteamiento utilizado combina el elemento de la reparación con el de la compensación. Es congruente con el principio general del derecho que impone al autor de un hecho ilícito la obligación de reparar todas las consecuencias de su comportamiento ilícito restableciendo la situación que habría existido si la violación no hubiese ocurrido; eso justifica la restitución en especie, *stricto sensu*, y, en su caso, una indemnización pecuniaria adicional.

*Se levanta la sesión a las 13 05 horas.*

## 2103.ª SESIÓN

*Miércoles 17 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente.* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes.* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/416 y Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/L.431, secc. G)

[Tema 2 del programa]

### *Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos<sup>2</sup>*

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL  
(*continuación*)

### ARTÍCULO 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) <sup>3</sup>

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35 y 37<sup>4</sup>, figuran en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), pag. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte —artículos 6 a 16— remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36 y 37, *ibid.* pag. 21, nota 66.

<sup>3</sup> Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto («Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las

ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)<sup>3</sup> (continuación)

1. El Sr. RAZAFINDRALAMBO reanuda su intervención, iniciada en la sesión anterior, y señala que el Relator Especial rechaza la propuesta hecha por su predecesor, el Sr. Riphagen, en su proyecto de artículo 7 de la segunda parte para establecer un régimen especial en caso de violación de las normas relativas al trato de los extranjeros. A juicio del presente Relator Especial, todas las medidas adoptadas para poner fin al hecho ilícito de que pueda haber sido víctima un nacional extranjero forman parte de la reparación de un daño sufrido por el propio Estado del que éste es súbdito, y de la restitución en especie. Sin duda hay grados en la extensión del daño, y puede suceder, por ejemplo, que la violación de una norma relativa al régimen de extranjería sea al mismo tiempo un acto cometido con intención de causar un daño al Estado; es en este supuesto que, quizás, se puede hablar de «daño directo». Esto es lo que sucede a menudo en caso de violación de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales de los trabajadores inmigrados procedentes de países del tercer mundo. Pero el hecho es que, en todos los casos, no puede ni debe existir en principio más que una sola modalidad de reparación como consecuencia de un hecho o un comportamiento ilícitos. Así pues, el Relator Especial tiene razón al proponer que la restitución en especie constituya la regla general.

2. En lo que concierne a las excepciones a esa regla, el informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1) contiene interesantes consideraciones sobre los casos de imposibilidad de restitución en especie que el orador no puede por menos de hacer suyas. Al igual que el Relator Especial, estima que ningún obstáculo legal puede dimanar del ordenamiento jurídico interno. Con razón también, a su juicio, el Relator Especial prescinde de la opinión expresada por su predecesor según la cual el Estado autor no estaría sujeto a la obligación de restitución en especie si ésta constituyera una violación de su competencia nacional. El argumento (*ibid.*, párr. 89) parece totalmente convincente a este respecto. No obstante, el Relator Especial propone en el nuevo proyecto de este artículo 7 que se admita como obstáculo a la restitución el carácter excesivo de la carga impuesta al Estado autor, que rompería el justo equilibrio entre los intereses contrapuestos. Esta propuesta constituye una aplicación del principio de la proporcionalidad entre la gravedad de la violación y del daño, por una parte, y la calidad y cuantía de la reparación, por otra; por ejemplo, en el supuesto de que la restitución pudiera comprometer gravemente el sistema político, económico o social del Estado. Esa propuesta, que tiene por objeto la salvaguardia de la estabilidad y la paz internacionales, corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional y, por lo tanto, merece ser aprobada.

3. El Relator Especial propone otra innovación importante, consistente en dar al Estado lesionado la facultad de optar entre la restitución en especie y la reparación pecuniaria, elección que el Estado autor estaría obligado a aceptar, cosa que el Relator Especial justifica señalando que el daño es imputable a la culpa del Estado autor. Se

pregunta el orador si no existe en ese punto contradicción con la idea de basar la restitución en especie en la necesidad de restablecer la situación que hubiera existido de no haberse producido el hecho ilícito. El asunto de la *Fábrica de Chorzow*, citado por el Relator Especial en apoyo de su propuesta (*ibid.*, párr. 110), no es totalmente concluyente, dado que, en ese caso, había dejado de haber identidad entre el estado de la fábrica en el momento de la toma de posesión y su estado en el momento de la demanda de reparación; así pues, puede considerarse como un caso de imposibilidad material de restitución en vez de voluntad real del Estado demandante de renunciar a la restitución.

4. Sea como fuere, la libertad de elección del Estado lesionado puede dar pie a abusos, y la condición a la que el Relator Especial propone que quede sujeta, a saber, que no dé lugar a una ventaja injusta en detrimento del Estado autor, parece difícil de aplicar. ¿No sería preferible establecer que el Estado lesionado y el Estado autor pueden llegar a un acuerdo sobre una indemnización pecuniaria en sustitución de la restitución en especie? Bastaría para ello modificar el comienzo del párrafo 4 del proyecto de artículo 7, sustituyendo «demandar» por «aceptar» y «en forma oportuna» por «en su caso» o «en todos los casos».

5. En su opinión, los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 pueden ser remitidos al Comité de Redacción.

6. El Sr. CALERO RODRIGUES aprueba en general las modificaciones que el Relator Especial propone en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1) al esquema de las partes segunda y tercera del proyecto de artículos. En particular, el Relator Especial tiene razón al proponer que se examinen separadamente las consecuencias de los delitos internacionales y las de los crímenes internacionales; en vez de buscar el más pequeño común denominador entre esas dos categorías, más vale aprobar primero las disposiciones relativas a los delitos y ver después en qué medida se aplican también a los crímenes.

7. Asimismo, él cree que, por lo menos por ahora, es preciso hacer lo que propone el Relator Especial y considerar la tercera parte del proyecto desde el punto de vista de la solución pacífica de las controversias dimanantes de la responsabilidad de los Estados y no desde el punto de vista del modo de «hacer efectiva» esa responsabilidad (*ibid.*, párr. 19), lo que supone retirar de esta tercera parte algunos de los artículos propuestos por el anterior Relator Especial, en especial los artículos 1, 2 y 3, y colocarlos en la segunda parte.

8. Respecto al esquema propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 20), se han presentado dos nuevos artículos para la sección I (Derechos sustanciales del Estado lesionado y obligaciones correspondientes del Estado «autor») del capítulo II (Consecuencias jurídicas de los delitos internacionales) de la segunda parte del proyecto.

9. El texto del artículo 6, sobre la cesación, propuesto por el Relator Especial es más conciso y más satisfactorio que el del apartado a del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial, del que sin embargo no se aparta en cuanto al fondo. Los argumentos expuestos en el informe (*ibid.*, párrs. 39 a 62), que demuestran que la cesación tiene características propias por las que se distingue de la reparación, le han convencido plenamente, y no comparte, sobre este punto, la opinión del Sr. Barboza (2102.ª sesión). La consideración esencial, como dice el Relator Especial, es que la obligación prima-

controversias») fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

<sup>3</sup> Para el texto, véase 2102.ª sesión, párr. 40.



ria —aquella cuya violación constituye el hecho ilícito— sigue existiendo, y que la cesación del hecho ilícito es una consecuencia de esa obligación primaria. Por el contrario, opina que el proyecto de artículo 6 no tiene cabida en el capítulo II de la segunda parte, sobre las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales, y que hay que incluirlo más bien en el capítulo I, dedicado a los principios generales. Esta sugerencia se apoya en argumentos teóricos, que son los que el propio Relator Especial da en su informe (A/CN.4/416 y Add.1, especialmente párrs. 31 y 40). Pero el argumento decisivo es de orden práctico. El Relator Especial dice que, en lo que se refiere a la reparación, «el mecanismo jurídico secundario se pone en marcha por una decisión del Estado lesionado. Si éste no exigiera una reparación, podría no surgir la relación jurídica secundaria» (*ibid.*, párr. 55). Cabe deducir que, en tal caso, no se aplicarían las disposiciones del capítulo II, mientras que la obligación de cesación, siempre según el Relator Especial, debe considerarse «no sólo existente, sino realmente vigente, por la simple fuerza de la norma primaria, independientemente de que haya una reclamación o denuncia por parte del Estado lesionado» (*ibid.*). Así pues, la disposición sobre la cesación debe figurar efectivamente en el capítulo I.

10. Pasando a examinar el proyecto de artículo 7, sobre Restitución en especie, opina, como dice el Relator Especial (*ibid.*, párr. 114), que la restitución en especie se destaca entre todas las otras formas de reparación porque permite reparar el daño de manera «natural», «directa» e «integral». Sin embargo, el concepto de restitución en especie no se define de manera uniforme; para algunos, se entiende por tal el restablecimiento de la situación que existía en el momento de haberse cometido el acto ilícito; otros la interpretan como el restablecimiento de la situación que habría existido si el acto ilícito no se hubiera cometido. Prefiere esta segunda interpretación, como parecen hacerlo también el Relator Especial y los miembros de la Comisión que han escrito sobre el tema, en particular el Sr. Reuter y el Sr. Graefrath. Ahora bien, y eso constituye una laguna, el Relator Especial no aclara en el proyecto de artículo 7 cuál de esas dos interpretaciones debe adoptarse. Sea como fuere, el Sr. Calero Rodríguez estima que sería preferible evitar la expresión «restitución en especie», que no es bastante explícita. La fórmula del apartado c del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial, que se refiere a la obligación de restablecer «la situación que existía antes del hecho», aunque preferible, presenta un doble efecto: sirve en el caso de que el hecho ilícito esté constituido por una acción, pero no si consiste en una omisión; y consagra la primera interpretación del término «restitución». Sería mejor decir, por ejemplo, «el restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido el acto ilícito».

11. Al igual que el Relator Especial, opina que la restitución es un modo de reparación que se debe aplicar del modo más amplio y universal que sea posible, y que no cabe prever un régimen especial para las violaciones de las normas sobre el trato de los extranjeros, como hacía el anterior Relator Especial en su proyecto de artículo 7. Los argumentos expuestos en el informe (*ibid.*, párrs. 104 a 108 y 121) son, a este respecto, totalmente convincentes. Ahora bien, la restitución, aunque deba aplicarse a todos los actos ilícitos, no puede por ello aplicarse en todos los supuestos. Cabría decir, simplificando al máximo, que no

se debe aplicar cuando es imposible hacerlo; ésta es la fórmula empleada por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 85). Ello es evidente en los casos en que la naturaleza del hecho y sus efectos nocivos hacen que la restitución sea físicamente imposible; la imposibilidad material entraña en ese caso una imposibilidad jurídica. Mas lo que hay que preguntarse es si puede haber imposibilidad jurídica cuando la restitución es materialmente posible. El Relator Especial reconoce esa imposibilidad en el nuevo proyecto de artículo 7 (párr. 1 b) cuando la restitución sería contraria a una norma imperativa de derecho internacional general, y en particular a la Carta de las Naciones Unidas. No se puede dejar de aprobarlo, aunque parezca poco probable que se dé una situación de esta índole. No se alcanza a ver, en efecto, cómo la restitución podría ser contraria a una norma imperativa, a no ser que la obligación primaria de la que dimana lo fuera también, en cuyo caso carecería de efectos jurídicos y no se plantearía la cuestión.

12. Por el contrario, el Relator Especial se niega a considerar como casos de imposibilidad jurídica el supuesto en que la restitución sería contraria a una obligación del Estado autor para con un tercer Estado y el supuesto en que sería contraria al derecho interno del Estado autor. El orador lo aprueba sin reservas. En cambio, está en contra de la excepción establecida en el apartado c del párrafo 1 y en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, que excluiría la restitución cuando ésta es «excesivamente onerosa» para el Estado autor, «represente una carga desproporcionada» en relación con el daño o «menoscabe gravemente el ordenamiento político, económico o social» del Estado autor. Dado que la restitución en especie es, en cierto modo, la ejecución tardía de una obligación, los argumentos doctrinales citados por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 99 y 100) carecen de fuerza para convencer. En cuanto al principio de la proporcionalidad entre la gravedad del daño y el alcance de la reparación (*ibid.*, párr. 103), sólo puede aplicarse en la relación secundaria entre el Estado lesionado y el Estado autor, pero no se puede hacer depender de él la restitución considerada como la ejecución tardía de la obligación primaria. Si, por otra parte, la restitución parece excesivamente onerosa es sin duda porque la ejecución de la obligación primaria también lo hubiera sido, y que una reparación pecuniaria lo sería igualmente.

13. No hay que olvidar, además, que la Comisión ha aprobado provisionalmente el artículo 33 de la primera parte del proyecto, que permite al Estado autor invocar el estado de necesidad cuando el hecho ilícito constituya para él «el único medio de salvaguardar un interés esencial... contra un peligro grave e inminente» (párr. 1 a). Cabe pensar que el Estado que se encontrase en la situación a que se refiere el apartado b del párrafo 2 del proyecto de artículo 7 estaría autorizado para invocar las disposiciones del artículo 33, lo que tendría por efecto excluir la ilicitud del hecho, sin perjuicio de las cuestiones que pudiera plantear la indemnización de los daños (art. 35 de la primera parte). Así pues, no es partidario de mantener el carácter excesivamente oneroso de la restitución como excepción a la obligación de restituir.

14. Por último, en relación con la cuestión de si hay que dejar o no al Estado lesionado la facultad de optar entre la restitución en especie y la reparación pecuniaria (*ibid.*, párrs. 109 a 113), el orador es partidario de adoptar por el momento la postura del Relator Especial y volver a examinar la cuestión cuando éste presente un proyecto de



artículo sobre la reparación pecuniaria. Por el contrario, no cree que haya que dar al Estado lesionado la posibilidad de exigir que una parte de la reparación se preste en forma de reparación pecuniaria cuando la restitución íntegra en especie sea posible.

15. El Sr. MAHIOU dice que los miembros de la Comisión sólo han salido beneficiados del plazo que ha transcurrido entre la presentación y el examen del excelente informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1).

16. A modo de observaciones de orden general, antes de pasar a los artículos mismos, señala en primer lugar que el planteamiento adoptado por el Relator Especial en relación con las partes segunda y tercera del proyecto se ciñe, salvo en algunos aspectos, al de su predecesor y al plan general de la materia aprobado por la Comisión en su 37.º período de sesiones, en 1975<sup>4</sup>. No obstante, el Relator Especial propone correcciones de orden metodológico que entrañan una nueva articulación de la segunda parte. La primera de esas correcciones es la que se refiere a la distinción entre las consecuencias de los crímenes internacionales y las consecuencias de los delitos internacionales. El orador aprueba esta manera de abordar la cuestión tanto más cuanto que el Relator Especial señala que será posible renunciar a ella si se demuestra que tiene escasa utilidad. El informe (*ibid.*, párr. 18) es, por otra parte, claro; en él se subraya que el aspecto metodológico del trabajo de la Comisión no debe influir en sus opciones de fondo. La otra corrección es la que concierne a la cuestión del arreglo de controversias. A este respecto, el Relator Especial se aleja hasta cierto punto de su predecesor, que trataba conjuntamente dos cosas que son quizás diferentes: las condiciones que deben darse para que un Estado lesionado pueda proceder legalmente contra el Estado autor y los procedimientos de solución de controversias propiamente dichos. Es mejor, en efecto, tratar ambos aspectos por separado, puesto que las condiciones que se han de reunir corresponden a la segunda parte del proyecto, mientras que los procedimientos de solución de controversias pertenecen a la tercera.

17. Pasando a examinar los proyectos de artículos, el Sr. Mahiou señala que el Relator Especial opina, no sin razón, que las dificultades con que han tropezado la Comisión y el Comité de Redacción en relación con el proyecto de artículo 6 de la segunda parte, presentado por el anterior Relator Especial, son consecuencia del problema relacionado con la distinción entre la cesación y las otras formas de reparación. Tras examinar la doctrina y la práctica, el Relator Especial llega a las siguientes conclusiones: primera, hay que establecer expresamente en el proyecto la obligación de cesación; segunda, es preciso definir su alcance, y tercera, hay que dedicarle un proyecto de artículo distinto de los relativos a las demás formas de reparación. No tiene nada que objetar ni a la primera ni a la tercera conclusión. Pero el problema del alcance de la cesación es más delicado. El Relator Especial desarrolla a este respecto una argumentación en la que indica las semejanzas y, a veces, las confusiones que existen entre cesación y restitución, señalando especialmente (*ibid.*, párr. 31) lo difícil que es deslindar el concepto de cesación, que guarda relación más bien con las normas primarias que con las normas secundarias. De ser así, no habría que referirse a

él en la segunda parte. Sin embargo, el Relator Especial reconoce asimismo que si bien «la cesación queda fuera del ámbito de la reparación y de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito en sentido estricto, es, no obstante, una de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito en sentido amplio» (*ibid.*, párr. 32), de suerte que, desde este punto de vista, la cesación tendría cabida entre los proyectos de artículos de la segunda parte. El Sr. Barboza (2102.ª sesión) ha esbozado a este respecto un interesante debate doctrinal, en el que, sin embargo, el orador evitará intervenir por temor de alejar a la Comisión de sus preocupaciones inmediatas, que consisten, a su parecer, en la elaboración de una disposición sobre la cesación, aunque luego haya que preguntarse dónde incluirla.

18. Vale la pena detenerse, no obstante, en un aspecto del análisis del Relator Especial. En efecto, introduce (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 38 al final) la idea de una acción o una omisión con una fase inicial que puede llevar al hecho ilícito mismo, fase inicial que autorizaría al Estado que pudiera salir perjudicado a adoptar determinadas medidas y, en particular, a advertir al Estado potencialmente autor que debe renunciar a esa fase inicial si no quiere incurrir en responsabilidad. Aunque comprende la preocupación del Relator Especial, el orador estima difícil darle cabida en el proyecto, ya que se trata más bien de un problema de prevención. En resumen, en la medida en que se sitúa en el umbral de la responsabilidad internacional, la cuestión correspondería más bien al tema confiado al Sr. Barboza. En definitiva, el concepto de fase inicial puede plantear más problemas de los que resuelve, y se muestra tanto más renuente a aceptarlo cuanto que le parece muy difícil identificar al Estado potencialmente lesionado; incluso la identificación del Estado efectivamente lesionado no es tan fácil en ciertos casos.

19. En lo que concierne a la *restitutio in integrum*, los trabajos del Relator Especial ayudan a poner en claro los elementos básicos que deben orientar la labor de la Comisión, y el orador suscribe en general su razonamiento, incluso cuando rectifica ciertos análisis de su predecesor o algunos comentarios de la propia Comisión. Es lógico, por ejemplo, considerar que la restitución en especie tiene primacía sobre cualquier otra forma de reparación (*ibid.*, párr. 116). Es normal también prever los supuestos en que esa restitución en especie no es posible, como el Relator Especial lo hace en el párrafo 1 del nuevo proyecto de artículo 7. Pero subsisten algunos aspectos acerca de los cuales sus dudas no han sido totalmente disipadas.

20. Así, según el Relator Especial, la obligación de restitución no puede resultar afectada por un obstáculo jurídico dimanante del ordenamiento jurídico interno del Estado autor ni por la existencia de otra obligación internacional, salvo si ésta nace de una norma imperativa. El Relator Especial, para ilustrar el segundo caso, cita el ejemplo de un Estado A que, obligado a efectuar una restitución en favor del Estado B, se abstiene de hacerlo para conformarse a una obligación para con un Estado C, y añade que se trata de «un obstáculo fáctico y no legal» (*ibid.*, párr. 87). Ahora bien: ¿por qué calificar la primera situación de jurídica y la segunda de fáctica? ¿En qué se basaría el Estado A, ante dos obligaciones, para reconocer la primacía de una de ellas? En realidad, parece que en este caso las dos obligaciones son equivalentes y que en nada se opone a la libertad de elección del Estado A. Lo que sucede quizás es que, en este caso ilustrativo, el Re-

<sup>4</sup> *Anuario* 1975, vol. II, págs. 60 y 61, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 44.

lador Especial no toma en consideración la naturaleza ni el objeto de la obligación, cuando habría que tenerlos en cuenta para determinar cuál de esas dos obligaciones internacionales y equivalentes debe prevalecer. Si, por ejemplo, la acción del Estado A que causa un perjuicio al Estado B adolece simplemente de un vicio de forma, y si la restitución puede infringir una obligación igualmente importante del Estado A para con el Estado C, ¿dará ese simple vicio de forma lugar a la *restitutio in integrum*? Hay supuestos, pues, en los que la regla de la *restitutio in integrum*, invocada con rigidez, podría tener consecuencias paradójicas.

21. Por lo que hace a la regla denominada de la competencia nacional, que plantea en especial el problema de las nacionalizaciones, el Relator Especial, adoptando una posición diferente a la de su predecesor, dice que el concepto de competencia nacional no constituye para él una excepción posible a la obligación de restitución. Rechaza, pues, la excepción que había previsto su predecesor en materia de extranjería, negándose a aceptar la distinción entre daños directos e indirectos. El orador comparte este análisis; la distinción entre daños directos e indirectos no constituye una base lo bastante sólida para que se pueda deducir de ella una excepción a la obligación de restitución. Por otra parte, el anterior Relator Especial no parecía estar él mismo totalmente convencido. En cambio, el otro problema que planteaba el anterior Relator Especial, si hay que permitir la restitución en caso de nacionalización efectuada en violación de una norma de derecho internacional, es muy real y no es posible eludirlo. El actual Relator Especial es consciente de este escollo y, para no dejarse encerrar dentro de los rígidos límites de la regla de la *restitutio in integrum*, sugiere una solución basada en el carácter excesivo de la carga impuesta; ese criterio, a su juicio, permitiría salvaguardar la libertad de los Estados para proceder a las reformas económicas y sociales que juzgan necesarias. En realidad, sin embargo, hay que constatar que aquello de lo que se trata es menos del aspecto excesivo de la carga que del respeto a las opciones políticas, económicas y sociales de los Estados. Hay, pues, algo de artificial en el establecimiento de un vínculo entre la excepción a la restitución y la carga excesiva, y sería mejor fundar esa excepción en el respeto del sistema político, económico y social de los Estados. Esto es, por lo demás, lo que hace el Relator Especial en el mismo nuevo proyecto de artículo 7, en el que figuran ambas fórmulas. En definitiva, el orador aprueba este texto, aunque el razonamiento que le sirve de base no le parece expuesto con suficiente claridad en las explicaciones del Relator Especial. Por otra parte, en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo, no le parece que el término «menos-cabe» sea el adecuado, sino que sería más normal referirse a la «incompatibilidad» entre la restitución y el sistema político, económico y social del Estado autor.

22. En su opinión, los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 pueden remitirse al Comité de Redacción.

23. El Sr. ROUCOUNAS felicita al Relator Especial por la notable labor de síntesis de su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1). Aprueba su opción metodológica fundada en la distinción aprobada por la Comisión en el artículo 19 de la primera parte del proyecto entre «crímenes internacionales» y «delitos internacionales», que consiste en examinar por separado las consecuencias de esas dos categorías de hechos ilícitos, a fin de poner claramente de

manifiesto los derechos y obligaciones de las partes con respecto a las diversas formas de reparación y a la cesación del hecho ilícito, por un lado, y los derechos y facultades del Estado lesionado para obtener reparación o imponer una sanción, por otro. Este planteamiento intelectual y práctico, que corresponde a la evolución del derecho internacional contemporáneo, está justificado, a pesar de las dudas expresadas en ciertos círculos, en un intento de aclarar el asunto.

24. Pasando a la cuestión de la cesación del hecho internacionalmente ilícito, el orador dice que el Relator Especial hace una exposición muy pertinente de la doctrina y la práctica internacionales en esta materia, a fin de deducir de ellas, a pesar de las divergencias a veces fundamentales que existen, la norma que proponen que se enuncie en el nuevo proyecto de artículo 6. Aprueba *a priori* esta propuesta, y acepta la idea de que la cesación como tal cumple una función correctiva que corresponde a una esfera diferente de la de la reparación, por lo que merece ser objeto de una disposición distinta. Subraya, a este respecto, el vivo interés que suscita el análisis que hizo el Sr. Barboza (2102.ª sesión) de la «obligación primaria» y la «obligación secundaria». Señala asimismo que, en su informe (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 61), el Relator Especial indica que la cuestión de la cesación no guarda relación necesariamente con una obligación primaria ni con una obligación secundaria. Según Combacau y Alland, la obligación de cesación es un sucedáneo de la obligación primaria<sup>5</sup>, por lo que no sería ni una obligación primaria ni una obligación secundaria. De eso deduce el orador que sería preferible incluir el proyecto de artículo 6 en la parte del proyecto dedicada a los principios generales en vez de colocarlo en la parte reservada a las consecuencias jurídicas propiamente dichas del hecho internacionalmente ilícito.

25. Toma nota de que el Relator Especial distingue entre el hecho continuo y el hecho de efectos continuos, y señala que la demanda de cesación es admisible desde el momento en que se franquea el umbral de ilicitud, por lo que, al igual que el Sr. Mahiou, teme que surjan dificultades inherentes a la acción que cabe esperar del Estado culpable cuando éste venga a cobrar conciencia de que su comportamiento degenerará en hecho internacionalmente ilícito. Suponer que la legislación interna, tal como existe en un momento determinado, puede crear las circunstancias propicias para la comisión de un acto ilícito equivale, efectivamente, a aventurarse por un terreno algo peligroso. Este planteamiento, que cabría calificar de monismo «avanzado», quizás sea el adoptado en el ámbito de la CEE, pero ésta constituye un caso aparte, ya que su propio ordenamiento jurídico es un caso aparte. Cabe preguntarse si, en la presente situación, la comunidad internacional está dispuesta a llegar tan lejos.

26. Es interesante señalar que el Relator Especial establece asimismo una distinción fundamental entre el derecho a exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito —derecho que existe mientras dura la violación, pero que se extingue con la cesación— y el derecho a la reparación, que subsiste aunque la violación haya cesado y mientras no haya sido atendido.

<sup>5</sup> J. Combacau y D. Alland, «“Primary” and “secondary” rules in the law of State responsibility: Categorizing international obligations», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haya, vol. XVI, pág. 97

27. Como reacción a las observaciones del Relator Especial sobre la diferencia de función entre las medidas cautelares y la cesación del hecho internacionalmente ilícito, reconoce efectivamente que tales medidas tienen por objeto hacer que cese el hecho ilícito para preservar los derechos de las partes cuando hay peligro de perjuicio irreparable, pero que dependen de la competencia del órgano a que se ha sometido la cuestión, por ejemplo, la CIJ o el Consejo de Seguridad. Ahora bien, aunque el Estado lesionado siempre puede reclamar la cesación del hecho internacionalmente ilícito mediante la solicitud de medidas cautelares, cabe asimismo que el órgano a que se haya sometido la cuestión no acepte ese criterio. El hecho es que el derecho del Estado lesionado a exigir la cesación y la obligación del Estado autor de hacer que cese el hecho internacionalmente ilícito subsisten aun a falta de medidas cautelares.

28. Hay otra razón por la que el orador estima justificada la inclusión de una norma distinta sobre la cesación del hecho internacionalmente ilícito, y es la que se refiere al interés legítimo afectado. En efecto, basándose en un esbozo de jurisprudencia de la CIJ, en el párrafo 3 del artículo 5 de la segunda parte aprobada provisionalmente, la Comisión ha opuesto a las obligaciones *erga omnes* de un Estado un derecho correspondiente de todos los «Estados perjudicados» si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional. De este modo, la determinación de quién tiene capacidad para intervenir en caso de hecho internacionalmente ilícito depende de la tipificación del hecho ilícito mismo: delito internacional o crimen internacional. Si tal hecho es un crimen, todos los Estados tienen capacidad para exigir su cesación, pero no todos gozan del derecho de reparación.

29. Señala finalmente que el Relator Especial ha colocado la disposición sobre la cesación en la parte del proyecto que trata de las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales (cap. II de la segunda parte) (*ibid.*, párr. 20), y hace observar que si esa disposición no se transfiere a la parte dedicada a los principios generales (cap. I), deberá ser recogida en la misma forma en la parte que versa sobre las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales (cap. III).

*Se levanta la sesión a las 11.30 horas.*

## 2104.ª SESIÓN

*Jueves 18 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tude-la, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

## Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/416 y Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/L.431, secc. G)

[Tema 2 del programa]

### *Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos<sup>2</sup>*

#### INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

ARTÍCULO 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y

ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)<sup>3</sup> (*continuación*)

1. El Sr. TOMUSCHAT dice que posiblemente la principal innovación introducida por el Relator Especial sea la mayor claridad y el carácter más concreto. Las normas propuestas por el anterior Relator Especial en el anterior proyecto de artículo 6 de la segunda parte trataban demasiado brevemente las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos y el artículo podía así haberse convertido en una mera lista que no llegaba a ofrecer a la comunidad de las naciones la orientación que se esperaba del proyecto de la Comisión. El actual Relator Especial ha visto acertadamente la necesidad de introducir un detalle mucho mayor.

2. En cuanto a la estructura que se sugiere, parece haber una ligera discrepancia. En el esquema presentado en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20), el Relator Especial establece las subdivisiones propuestas provisionalmente para las partes segunda y tercera del proyecto, pero los títulos de esas subdivisiones no aparecen en la parte del informe que contiene los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 (*ibid.*, párr. 132). En realidad, los títulos de que se trata son útiles y deben conservarse.

3. La intención es separar el régimen jurídico de los delitos internacionales del régimen aplicable a los crímenes internacionales, pero el acierto de este planteamiento es discutible. En primer lugar, el artículo 6 —redactado para los delitos— no ofrecería ninguna diferencia si estuviese redactado para los crímenes internacionales. Es evidente que un deber de cesación existe para los crímenes, en realidad todavía más que para los delitos. Las mismas consideraciones se aplican en gran parte al proyecto de artículo 7. En relación con este punto, el Sr. Tomuschat disiente del carácter un tanto polémico de los argumentos del Relator Especial (*ibid.*, párrs. 10 y ss.), que presenta

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario...* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35.º y 37.º, figuran en *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), pág. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte —artículos 6 a 16— remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36.º y 37.º, *ibid.*, pág. 21, nota 66.

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto («Modo de “hacer efectiva” la responsabilidad internacional y solución de las controversias») fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario...* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

<sup>3</sup> Para el texto, véase 2102.ª sesión, párr. 40.

el concepto del mínimo común denominador como algo un tanto negativo. Un común denominador no es forzosamente un bajo denominador. El Sr. Tomuschat está convencido de que sí existe un amplio régimen aplicable a todos los hechos internacionalmente ilícitos y que los crímenes internacionales entrañan algunas consecuencias adicionales —consecuencias que la Comisión habría de determinar como cuestión de política jurídica.

4. Otra desventaja proviene del hecho de disociar el régimen de los crímenes internacionales del de los delitos internacionales. Dejar a un lado por ahora las infracciones más graves sería desconocer deliberadamente el hecho de que hay ciertas limitaciones a la responsabilidad internacional. Los Estados no son meras entidades abstractas; son comunidades de seres humanos. Por ejemplo, el artículo 20 de la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos<sup>4</sup> dice: «Todos los pueblos tendrán derecho a la existencia [...]». Las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito no deben definirse de modo que nieguen a un pueblo el derecho a la existencia. Tomando como ejemplo el reciente conflicto armado entre Irán e Iraq, incluso si pudiera determinarse con certeza quién ha sido el agresor, no es de imaginar que las consecuencias resultantes pudieran conducir a una situación equivalente al caos financiero para el pueblo declarado agresor.

5. Por lo que se refiere a la jurisprudencia internacional, las decisiones de los tribunales de justicia y tribunales arbitrales internacionales sólo abarcan un ámbito circunscrito, principalmente el de daños a extranjeros, cuyo carácter específico no desea reconocer el Relator Especial. La mayoría de los asuntos juzgados por esos tribunales se refieren a situaciones en las que se han producido daños materiales, pues sólo en ese tipo de casos acuden los Estados ante los tribunales internacionales. Sin embargo, los departamentos jurídicos de los ministerios de asuntos exteriores se ocupan de otros muchos asuntos que no entrañan daños materiales. Sobre este punto, el anterior Relator Especial del presente tema, Sr. Ago, afirmó que los daños no eran una condición previa de la responsabilidad, criterio que es el punto de partida de la Comisión en su intento de codificar el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional. Casi cada día se cometen violaciones de obligaciones internacionales tales como el deber de consultar o el deber de cooperar. Es importante recordar que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados abarca también esas infracciones. Se han de tener en cuenta desde el principio de los trabajos de la Comisión.

6. En lo que se refiere al proyecto de artículo 7, el Sr. Tomuschat no está muy seguro de que toda violación de una obligación internacional dé lugar a una responsabilidad internacional en sentido estricto y haga entrar en juego todos los proyectos de artículos que se han de preparar. El derecho relativo al medio ambiente ofrece un buen ejemplo que explica sus dudas. Las normas internacionales sobre la materia han proliferado en el curso del último decenio, pero hasta ahora los Estados han aceptado esencialmente obligaciones primarias de prevención: muestran poco o ningún entusiasmo por las normas secundarias que disponen la restitución en especie o la indemnización pecuniaria cuando no se ha procedido con la debida diligen-

cia. Así lo demuestran los Principios 21 y 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)<sup>5</sup>. El Sr. Tomuschat no sostiene, naturalmente, que no deba haber ninguna responsabilidad en ese campo; simplemente desea expresar sus dudas acerca de que exista un vínculo automático entre la responsabilidad y el deber de reparación, ya sea en especie o de carácter pecuniario.

7. En realidad, ya hay un defecto en la estrategia del Relator Especial de dejar a un lado el régimen de crímenes internacionales. El proyecto de artículo 7 habla del «Estado lesionado» que, con arreglo al párrafo 1, tiene derecho a reclamar la sustitución y, en virtud del párrafo 4, tiene derecho a exigir una compensación pecuniaria en lugar de la restitución en especie. Se plantea la cuestión de cuál es el Estado lesionado. El artículo 5 de la segunda parte del proyecto no establece ninguna distinción entre el Estado directamente lesionado y un Estado que sólo ha sido lesionado «jurídicamente». En realidad, las disposiciones del artículo 5 tendrán una fuerte influencia en todas las disposiciones que siguen. Así, en el caso de un tratado multilateral para la protección de los derechos humanos, todos los demás Estados participantes pueden sostener que han sido lesionados por una violación. Por consiguiente, desde el principio mismo la relación de que se trata no es sólo de carácter bilateral, cosa que introduce grandes dificultades en el tema. En todo caso, es evidente que un Estado que no ha sufrido ningún daño material no puede tener los mismos derechos que el Estado que es víctima material. El artículo 5 debería haber desarrollado esa distinción.

8. Una cuestión es la de si el Relator Especial propondrá un artículo sobre la cuestión de los intereses. En algunos laudos arbitrales se han concedido intereses, tratándolos como parte integral de las reclamaciones pecuniarias, mientras que en otro no se ha hecho tal cosa. La Comisión podría, naturalmente, llegar a la conclusión de que la materia no está madura para la codificación, pero el Sr. Tomuschat considera que esta cuestión debería examinarse.

9. Con respecto a la cesación, tal vez pueda parecer una ingenuidad preguntar si la obligación primaria infringida caduca en virtud de la violación, pero la respuesta debe ser categóricamente negativa. Se pondría en tela de juicio todo el sistema del derecho internacional si de ese modo pudieran eludirse tan fácilmente las obligaciones internacionales. Salvo en algunos casos marginales en que el cumplimiento de la obligación original es imposible al cabo de un determinado período de tiempo, la obligación primaria sigue existiendo.

10. El Relator Especial relaciona el deber de cesación con dos tipos de comportamiento de los Estados: las acciones y las omisiones. En lo que se refiere a las omisiones, se trata simplemente de que el Estado lesionado reivindica su derecho a la ejecución exigiendo que el Estado que ha faltado a su obligación cumpla con su deber. No se trata de ninguna obligación nueva. Si se requiere el cumplimiento por medio de un procedimiento judicial, el Estado lesionado no reivindicará un derecho distinto del que el Estado demandado ha dejado de respetar. Es dudoso que pueda hablarse a este propósito de «cesación». Lo que el

<sup>4</sup> Aprobada en Nairobi el 26 de junio de 1981 (véase OUA, documento CAB/LEG/67/3/Rev 5)

<sup>5</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 73 II A 14 y corrección), primera parte, cap I

Estado lesionado espera es simplemente la ejecución de la obligación original. El orador está de acuerdo en este punto con las observaciones del Sr. Barboza (2102.ª sesión).

11. La obligación de hacer cesar unos actos que infringen los derechos de otros Estados debe contemplarse con una luz ligeramente distinta. En particular, una obligación de ese tipo se encuentra en los casos en que, por haberse infringido la prohibición del uso de la fuerza o de la intervención, han sido vulnerados los derechos soberanos de otro Estado. En un caso de esa naturaleza, el deber de la cesación tiene características específicas que le distinguen de la norma primaria de que se trata. El respeto a los derechos soberanos de otro Estado podría denominarse obligación general que es correlativa al derecho soberano de todo Estado. La soberanía como tal, sin embargo, no da lugar a ningún derecho respecto de otros Estados mientras es respetada. Sólo en el caso de que sea infringida nacen derechos específicos, concretos, a saber, el derecho del Estado lesionado a pedir que se ponga fin a la injerencia ilícita y que se reparen los daños indirectos.

12. El famoso asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*<sup>6</sup> constituye un ejemplo útil. Canadá ha tenido siempre la obligación de respetar la integridad territorial de los Estados Unidos de América. Ahora bien, antes de que la fundición de Trail diese comienzo a sus nocivas actividades industriales, los Estados Unidos no tenían ninguna reivindicación específica contra Canadá a ese respecto. Esa reivindicación fue originada por el humo perjudicial que pasaba a través de la frontera entre los dos países. Otro ejemplo es el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, en el cual la obligación general del Irán derivada del artículo 29 de la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas de 1961 se convirtió en un deber específico de «poner fin inmediatamente a la detención ilegal»<sup>7</sup> de los miembros del personal de los Estados Unidos. Un ejemplo más es el asunto de *Nicaragua*: al decidir que los Estados Unidos tenían el deber «de poner fin inmediatamente a todos esos actos [contra Nicaragua] y abstenerse de ellos»<sup>8</sup>, actos que habían sido declarados violaciones de obligaciones jurídicas, la CIJ se refirió exclusivamente a acciones y no a ninguna omisión por parte del Gobierno de los Estados Unidos. Por consiguiente, estaría plenamente justificado clasificar el derecho a pedir la cesación como un «nuevo derecho», comprendido bajo el título de las normas secundarias.

13. En relación con este punto, el Sr. Tomuschat desea señalar a la atención de la Comisión la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con arreglo a lo previsto en el artículo 169 del Tratado de la CEE<sup>9</sup>, que es una abundante fuente de inspiración. En el caso de que un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea falte a su obligación de aplicar las directrices señaladas por la Comunidad, y de que la Corte de las Comunidades llegue a la conclusión de que ha habido una

violación del Tratado, pedirá al Estado interesado que adopte las medidas pertinentes para la ejecución del fallo. En este caso se crea una nueva obligación.

14. El proyecto de artículo 7 parece tratar exclusivamente de una situación en la que se ha producido un daño material. El esquema propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20) sugiere que los casos de lesión puramente jurídica se traten en la segunda parte del proyecto, bajo el epígrafe de «satisfacción» [inciso iii), apartado b, secc. 1, cap. II]. Este punto, no obstante, sería conveniente enunciarlo expresamente en el propio artículo.

15. Con respecto a la cuestión de la imposibilidad material de restitución, el orador no está en modo alguno convencido de que deba prescindirse enteramente del derecho interno por no ser pertinente. Naturalmente, el derecho interno no puede excluir la responsabilidad internacional, pero la obligación de restitución no se extiende a ciertas categorías de actos. Las sentencias nacionales, de acuerdo con el artículo 50 del Convenio europeo de derechos humanos<sup>10</sup>, son un caso en cuestión. El Relator Especial se ha referido a ese problema en su informe (*ibid.*, párr. 94), pero considera que no debe afectar la norma general de la restitución. Ese criterio significa que las sentencias de los tribunales nacionales que impliquen una violación del derecho internacional tienen que ser anuladas o revocadas. Con arreglo al artículo 50 del Convenio europeo de derechos humanos, no obstante, si el derecho interno no permite tal acción, debe concederse justa reparación a la parte afectada. Las razones aducidas por el Relator Especial sobre este punto no son del todo convincentes. El problema no estriba en si el Estado puede sustraerse a su responsabilidad internacional invocando el derecho interno. La cuestión se circunscribe a las consecuencias que lleva consigo el hecho internacionalmente ilícito. En el caso de un fallo incompatible con el derecho internacional, el Estado interesado puede tener la obligación de hacer cumplir la obligación internacional, pero puede no tener el deber de revocar la sentencia misma; sí tiene el deber de conceder a la parte lesionada una satisfacción equitativa. Toda esta cuestión, huelga decirlo, debe examinarse más detenidamente.

16. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que se une a los demás miembros para felicitar al Relator Especial por su excelente y bien documentado informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), que dará nuevo ímpetu al trabajo de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. Dada la creciente importancia del tema, sería útil que, en los futuros informes, el Relator Especial pudiera preparar capítulos enteros, o por lo menos secciones, del esquema que propone para el proyecto y que, además, presentara sus informes algunas semanas antes del comienzo del período de sesiones de la Comisión.

17. El Relator Especial se ha referido a tres puntos con respecto a los cuales se propone apartarse del esquema anteriormente considerado por la Comisión. En primer lugar, el Relator Especial se propone hacer una distinción más marcada entre delitos y crímenes, a fin de poner de relieve las consecuencias jurídicas específicas de los crí-

<sup>6</sup> Para los laudos arbitrales de 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, véase Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

<sup>7</sup> Fallo de 24 de mayo de 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 44, párr. 95.3 a.

<sup>8</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, fallo de 27 de junio de 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 149, párr. 292(12).

<sup>9</sup> Véase *Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales, 1987, pág. 207.

<sup>10</sup> Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, pág. 221). En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, N.º 243, 10 de octubre de 1979.

menes internacionales, y dedicar un capítulo aparte a las consecuencias jurídicas que lleva consigo un crimen internacional. Este planteamiento, que el Presidente suscribe, sería útil para modificar los artículos 14 y 15 de la segunda parte, que la Asamblea General ha criticado con razón por considerarlos insuficientes. El orador reconoce que se necesita un capítulo formulado más detenidamente sobre las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales, pero debe redactarse de tal modo que esas consecuencias no se identifiquen con la imposición de un castigo, puesto que sería peligroso considerar el régimen especial de la responsabilidad de los Estados por las violaciones más graves de las obligaciones internacionales como una especie de responsabilidad criminal. En efecto, la Comisión ha evitado deliberadamente esa expresión desde el principio, y sería conveniente atenerse a ese criterio. También sería aconsejable no considerar la cuestión de las contramedidas o represalias como la imposición de un castigo y no aceptar la indemnización a título de sanción como una forma de reparación. Una de las ventajas del método adoptado por el anterior Relator Especial fue que consiguió evitar estas aguas turbias, lugar predilecto para la política de las Potencias.

18. Estudiar las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales en un capítulo aparte plantearía problemas cuando llegase el momento de la redacción de los artículos, ya que muchas consecuencias podrían muy bien ser adicionales a las ya definidas en relación con los delitos internacionales. La inserción de la palabra «además» podría ser, pues, un instrumento útil para evitar repeticiones innecesarias que de otro modo son inevitables. Esta cuestión de forma podría resolverse de todos modos cuando hayan quedado determinadas las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales.

19. En segundo lugar, el Relator Especial propone que se distinga entre las consecuencias sustantivas y las consecuencias que él califica de procesales o instrumentales, por considerar al parecer que las medidas de aplicación, tal como las ha entendido hasta ahora la Comisión, pueden identificarse como medidas de procedimiento o instrumentales, y que deben estudiarse en la segunda parte del proyecto. El Relator Especial considera además que la tercera parte podría quedar circunscrita a la solución de controversias.

20. El orador coincide con el Relator Especial en considerar que la distinción entre consecuencias sustantivas y consecuencias instrumentales no es absoluta. No puede aceptar, por ejemplo, la idea de que la reparación deba considerarse como una consecuencia sustantiva y que el derecho a las represalias, por ejemplo, deba considerarse como meramente procesal porque sirve para obtener la cesación, la reparación y establece una garantía contra la repetición. Hay que evitar esta clasificación tan controvertible que es innecesaria en el proyecto.

21. Además, la reparación y las contramedidas, que son derechos accesorios y tienen muchos rasgos en común, están subordinadas a una violación comprobada de una obligación internacional, y en ambos casos tienen que aplicarse normas de procedimiento. La reparación no es la única consecuencia jurídica de un hecho ilícito, ni es el único contenido de la relación denominada responsabilidad de los Estados. El Estado lesionado tiene además un derecho, aunque no es un derecho ilimitado, de adoptar contramedidas, que son también la consecuencia jurídica de un hecho ilícito y cuya aplicación depende principal,

si no totalmente, del incumplimiento de la demanda de reparación. Las contramedidas pueden también utilizarse para imponer la cesación de un hecho ilícito, para evitar un daño irreparable, para inducir a la otra parte a aceptar un procedimiento convenido de solución de la controversia, etc.

22. El Presidente tiene que hacer, pues, serias reservas en cuanto a la idea de tratar la reparación como la única consecuencia jurídica sustantiva de un hecho ilícito, y las contramedidas como consecuencias meramente instrumentales o de procedimiento para exigir la reparación. Eso volvería a introducir el antiguo criterio de derecho civil a la responsabilidad de los Estados y, al mismo tiempo, conduciría a la incriminación de las violaciones graves del derecho internacional. La estructura especial del derecho internacional, en el cual las obligaciones y las normas son el producto de acuerdos entre Estados, supone que la responsabilidad debe tener un contenido específico que lleva consigo la reparación y el derecho a las contramedidas, una y otra dirigidos a garantizar la obligación original y asegurar el cumplimiento de la obligación en caso de que sea infringida.

23. El tercer punto respecto del cual el Relator Especial tiene la intención de apartarse del esquema anterior se refiere a las normas de procedimiento, que son de dos clases diferentes: una relacionada con la puesta en práctica de la demanda de reparación y la aplicación de las contramedidas, y la otra con la solución de controversias. No sólo en el caso de las contramedidas, sino también con respecto a la demanda de reparación, tiene que haber disposiciones específicas para definir las condiciones de su aplicación. El anterior Relator Especial había establecido acertadamente una condición de procedimiento para poder invocar la reparación con arreglo a la cual el Estado que pide la reparación tiene que notificar el derecho que reivindica al Estado al cual se atribuye la comisión del hecho internacionalmente ilícito y la notificación tiene que indicar las medidas cuya adopción se requiere y las razones de ello (proyecto de artículo 1 de la tercera parte). Esas normas de procedimiento pueden combinarse, no obstante, con las normas relacionadas con la solución de controversias de la tercera parte del proyecto, ya que toda controversia presupone una reglamentación, y puede ser necesario que se agoten los procedimientos de solución de controversias en todas las fases del proceso con arreglo al cual se invoca la responsabilidad del Estado.

24. En consecuencia, para aclarar el proceso en virtud del cual se hacen efectivas las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito, puede ser conveniente definir las consecuencias jurídicas en la segunda parte, y el procedimiento para darles aplicación y resolver las controversias que puedan suscitarse sobre cualquier cuestión durante el proceso en la tercera parte. Este método es el que se había seguido en el proyecto del Relator Especial anterior y el que observó la propia Comisión al remitir los artículos de que se trata al Comité de Redacción. Un método análogo es el que se adoptó en las secciones 3 y 4 de la parte V de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. En cambio, se ha utilizado un método diferente en otros tratados, como en la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos<sup>11</sup>, que contiene una descripción deta-

<sup>11</sup> *Revue Générale de Droit International Public*, A. Pedone, Paris, t. 93, 1989, N.º 1, pág. 182.



llada de las medidas de procedimiento relacionadas con la puesta en práctica de los derechos de que se trata y enuncia normas sobre la solución de controversias en un capítulo separado. Hay un aspecto sustantivo y un aspecto de procedimiento en el derecho a exigir la reparación y en el derecho a aplicar contramedidas que difiere de las normas relativas a la solución de controversias. Por eso el orador no está totalmente satisfecho con la distinción esbozada por el Relator Especial entre consecuencias sustantivas y consecuencias jurídicas procesales y con su intención de limitar a la tercera parte las normas sobre la solución de controversias. El orador preferiría seguir el criterio adoptado hasta ahora por la Comisión y concentrar en la segunda parte la determinación de los derechos y los deberes que nacen como consecuencia jurídica de un hecho internacionalmente ilícito y combinar en la segunda parte las normas para dar efectividad a esas consecuencias con normas sobre la solución de controversias que puedan producirse durante el proceso.

25. En su informe (*ibid.*, párr. 62), el Relator Especial solicita el parecer de la Comisión sobre el nuevo proyecto de artículo 6 de la segunda parte, sobre la cesación, y acerca del lugar del proyecto en que debería figurar. Según el Relator Especial, la cesación no puede considerarse como parte de una demanda de reparación, porque la obligación de poner fin al comportamiento ilícito no forma parte del contenido de la responsabilidad internacional derivada de la llamada norma «secundaria», y la disposición sobre la cesación debe subrayar meramente que el Estado autor del hecho ilícito sigue sujeto a la obligación primaria.

26. Es cierto que el derecho a exigir la cesación puede dimanar de la continuación de la obligación infringida, pero eso es cierto en un sentido de toda la relación establecida en virtud de la responsabilidad del Estado: además de la obligación violada, se crean derechos dirigidos a obtener el cumplimiento. En su opinión, sin embargo, hay una buena razón para estudiar el derecho a exigir la cesación de los hechos internacionalmente ilícitos como parte del derecho a exigir la reparación, o por lo menos en estrecha relación con ella. Como el propio Relator Especial ha indicado: «lo cierto parece ser que en muchos casos existe una combinación de recursos, en particular la cesación y la restitución en especie» (*ibid.*, párr. 49), y muy a menudo las medidas tomadas para llevar a efecto la reparación, y particularmente la restitución, comprenden forzosamente la cesación del comportamiento ilícito.

27. Según se desprende de diversos casos en que el Consejo de Seguridad y la CIJ han ordenado la cesación, muchas veces sería sumamente artificial trazar una separación estricta entre la cesación y la restitución. Las decisiones a que el orador alude, guardan relación, por ejemplo, con las demandas de retirada de las tropas sudafricanas de Angola y de las tropas israelíes del Líbano, la liberación de los presos políticos en Sudáfrica y Namibia, la terminación del régimen de *apartheid* y de ocupación en Namibia, la liberación inmediata del personal diplomático de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán, y con la terminación de las actividades militares y paramilitares contra Nicaragua. De esas decisiones se desprende claramente que, cuando una violación se prolonga a lo largo de un período de tiempo y la cesación implica, por lo menos en parte, el restablecimiento de la situación jurídica, el derecho a exigir para que se ponga fin a la violación coincide en gran parte con el derecho a exigir la restitución. Eso, no obstante, deja la puerta abierta a otras acciones

de indemnización por daños que suelen estar en juego cuando la orden judicial para que se ponga fin al comportamiento ilícito va acompañada de una referencia a la obligación de reparar. Ejemplos típicos son las conclusiones de la CIJ en el asunto de *Nicaragua*<sup>12</sup> y en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*<sup>13</sup>.

28. El hecho de que el derecho a exigir la cesación y también a exigir la restitución se funde en la continuidad de la existencia de la obligación violada no justifica la conclusión de que la esencia misma de la disposición sobre la cesación consiste en subrayar la subsistencia de la obligación original pese a la violación. Adoptar una posición tan extrema supone desconocer los nuevos aspectos contenidos en el derecho a exigir la cesación. De las decisiones del Consejo de Seguridad y de la CIJ resulta claramente que hay una diferencia entre un derecho general a reivindicar el respeto de ciertos derechos y un derecho a exigir que se ponga fin a un comportamiento específico considerado como violatorio de esos derechos. Un derecho a exigir la cesación es más que una simple afirmación de que continúa existiendo la obligación original, ya que implica nuevos elementos que dependen de la forma en que el derecho ha sido violado. Esa reivindicación va dirigida contra cierto comportamiento y supone que ese comportamiento constituye un hecho internacionalmente ilícito, como lo confirma la circunstancia de que se pueda hacer aplicar la cesación por medio de sanciones. No hay que subestimar la importancia de los nuevos elementos en el derecho a exigir la cesación, que derivan del tipo particular de comportamiento ilícito y que tienen por objeto poner término a una determinada actividad violatoria de una obligación internacional.

29. Un artículo separado sobre la cesación está ciertamente justificado por las características especiales del derecho a exigir la cesación. A juicio del orador, el proyecto de artículo 6 debe mantenerse donde está y no debe trasladarse al capítulo relativo a los principios generales. Ese derecho forma parte del derecho a la reparación o por lo menos constituye un preludio de ese derecho; de ahí que sea prudente no separarlo indebidamente de la reparación y tener en cuenta los elementos comunes. Eso estaría en consonancia con una vasta práctica internacional.

30. No basta con que el artículo 6 disponga solamente que el Estado autor queda sujeto a la obligación de la cesación. El orador preferiría acentuar el nuevo aspecto que dimana de la continuación y la forma específica de la obligación. Eso puede hacerse mediante una referencia al derecho del Estado o los Estados lesionados a exigir la cesación inmediata del comportamiento ilícito. Hay que reconocer, en el caso de la violación de una obligación *erga omnes*, que podría ser una obligación convencional: todas las partes pueden exigir la cesación de la violación, salvo que en el tratado se haya estipulado otra cosa. El orador no sostiene que no puedan exigir reparación en el sentido de restitución jurídica, pero el derecho a exigir una mayor indemnización por daños materiales se limitará al Estado víctima que ha sufrido un daño particular además de la violación general.

31. Otra observación se refiere al carácter circunscrito del artículo 6 a los hechos ilícitos de «carácter continuo».

<sup>12</sup> Véase nota 8 *supra*.

<sup>13</sup> Véase nota 7 *supra*.

El Relator Especial utiliza cierto número de expresiones diferentes, que van desde los «hechos ilícitos caracterizados por su duración en el tiempo» hasta los «hechos ilícitos que se extienden en el tiempo». La Comisión, en el comentario al artículo 18 de la primera parte del proyecto, utilizó la expresión «hechos que se prolongan durante un período de tiempo» para referirse a tres diferentes tipos de hechos: hechos de carácter continuo, hechos compuestos de una serie de acciones y hechos complejos<sup>14</sup>. Para abarcar estas tres categorías de hechos, en el título del artículo 25 de la primera parte se utiliza la expresión «hecho del Estado que se extienda en el tiempo». Duda de la necesidad de mantener una distinción tan sutil entre actos que tienen toda una duración en la primera parte del proyecto. Sin embargo, circunscribir el derecho a exigir la cesación a una sola categoría, la de los actos continuos, daría al proyecto de artículo 6 un carácter demasiado restringido. En las decisiones de la CIJ y en la práctica de los Estados se ha reconocido también el derecho a exigir la cesación en el caso de una serie de acciones y de hechos complejos. Por ejemplo, la Corte no se ocupó de si la siembra de minas en aguas interiores o territoriales de Nicaragua durante los primeros meses de 1984, y ciertos ataques al territorio nicaragüense en 1983 y 1984, eran un hecho continuo o bien una serie de acciones: la Corte declaró que había el deber de poner fin inmediatamente a todos esos actos y de abstenerse de ellos. Puesto que puede haber en muchos casos una situación en la que una serie de acciones o un hecho complejo tenga que tratarse simplemente como un hecho continuo, sería preferible redactar nuevamente el artículo 6 a fin de que abarque todo comportamiento ilícito que se extienda durante un período de tiempo, en los siguientes términos:

«El Estado lesionado tiene derecho a exigir del Estado cuya acción constituye un hecho internacionalmente ilícito que se extiende en el tiempo la cesación inmediata del comportamiento ilícito.»

32. El nuevo proyecto de artículo 7, sobre la restitución en especie, ofrece una buena base para la labor del Comité de Redacción, pero debería dar respuesta además a la cuestión de si la reclamación está dirigida al restablecimiento del *statu quo ante* o bien al restablecimiento de un estado hipotético que habría existido de no haber mediado la violación. En la medida en que el objeto del derecho a exigir la reparación es borrar todas las consecuencias del hecho ilícito, el término «restitución» tal vez no debería interpretarse en sentido tan amplio. Por razones prácticas, y siguiendo el ejemplo de los apartados *a* y *d* del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos<sup>15</sup>, el derecho a exigir la restitución debería circunscribirse al restablecimiento del *statu quo ante*, que podría determinarse claramente sin perjuicio de cualquier indemnización por concepto de *lucrum cessans*.

33. Aunque el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que no debería invocarse el derecho interno como tal para excluir la restitución, hace falta establecer algunas limitaciones para que el derecho a exigir la restitución no pueda utilizarse por extranjeros para restringir el derecho de un pueblo a la libre determinación. El orador

suscribe el criterio adoptado en el apartado *c* del párrafo 1 y en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, aunque podría mejorarse la formulación.

34. Por último, el párrafo 4 del artículo 7, con arreglo al cual se restringiría la libertad del Estado lesionado para escoger la compensación en lugar de la restitución si esa elección llevara consigo la violación de una obligación nacida de una norma imperativa, debería referirse además a los casos en que lleva consigo una violación de una obligación *erga omnes* dimanante de un tratado multilateral que afecte, por consiguiente, a los derechos de otros Estados participantes en el tratado. Este punto, al cual el Relator Especial se ha referido en su informe (*ibid.*, párr. 113), no debería mantenerse en el capítulo relativo a las consecuencias jurídicas de los crímenes.

35. El Sr. BARSEGOV da las gracias al Relator Especial por su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), tan interesante como detallado, que revela un alto nivel de profesionalismo y de complejo pensamiento jurídico. Como es la primera vez que el orador se dirige a la Comisión sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, considera que debe señalar que su criterio, y el de la doctrina soviética, con respecto a la cuestión de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos se basa en la política de fortalecer la legalidad internacional y el imperio del derecho, política que se ha puesto más de relieve desde que la Unión Soviética ha emprendido su programa de *perestroika*. Este interés es el que explica que el Sr. Barsegov se sienta defraudado por la lentitud con que se progresa en el examen de esta materia dentro de la Comisión: es poco lo que se ha conseguido en el curso de los dos últimos años y no cabe esperar ningún progreso considerable en el actual período de sesiones.

36. Al presentar los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 sobre la cesación y la restitución en especie de la segunda parte del proyecto, el Relator Especial ha pedido a la Comisión que sus deliberaciones se concreten a los delitos internacionales, a pesar de que los artículos están formulados de modo que son aplicables a todos los hechos internacionalmente ilícitos. Ese criterio, ha explicado, es meramente un *modus operandi* basado en el hecho de que las consecuencias jurídicas de los delitos son menos problemáticas y constituyen un tema más familiar. En el informe se alude a las ventajas de este método —que, naturalmente, el Relator Especial tiene perfecto derecho a adoptar—, pero se pasan en silencio los aspectos negativos obvios, y el Sr. Barsegov participa de las dudas del Sr. Roucouas (2103.ª sesión) en cuanto a la pertinencia de establecer una división artificial en el estudio de los proyectos de artículos examinando los delitos solamente, sin mencionar los crímenes. Los delitos se definen por referencia a los crímenes: según el párrafo 4 del artículo 19 de la primera parte del proyecto, ya aprobado en primera lectura, los delitos internacionales son los hechos internacionalmente ilícitos que no constituyen crímenes internacionales. Las consecuencias de un crimen, por otra parte, han de definirse en función de las consecuencias de los delitos, utilizando la fórmula en virtud de la cual las consecuencias de un crimen son las consecuencias de un delito más la norma jurídica aplicable.

37. Cada tipo de hecho ilícito tiene sus consecuencias específicas, que, según los casos, pueden distinguirse no sólo atendiendo a su gravedad, sino además, y primordialmente, atendiendo a su naturaleza y objeto. Si no se tienen

<sup>14</sup> Véase *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), pág. 86, párr. 5 del comentario.

<sup>15</sup> Véase nota 11 *supra*.



en cuenta estas diferencias, se plantearán dificultades para la selección de las medidas correctivas y, lo que es más importante, para definir la esencia de tales medidas a la vista de las situaciones reales.

38. El criterio adoptado puede tener por consecuencia alargar el trabajo de la Comisión sobre el tema, cosa que sería de lamentar en un momento en que la situación internacional ofrece una oportunidad para fortalecer más la legalidad internacional y el imperio del derecho.

39. A juicio del Sr. Barsegov, no debe trazarse una distinción entre delitos y crímenes, puesto que ambos constituyen transgresiones de la norma de derecho internacional y difieren únicamente en su escala o gravedad. Circunscribir el examen a los delitos, sin tratar de los problemas comunes a todos los hechos ilícitos, sería tarea difícil, si no imposible.

40. En la práctica, todos los códigos penales internacionales están estructurados de la siguiente manera: primero se indican los elementos constitutivos de la infracción penal y luego, según el grado de gravedad, se señala la pena. Este procedimiento, en el presente contexto, sería difícil y exigiría tiempo, pero estaría en fin de cuentas justificado. No obstante, como todos los métodos tienen sus ventajas e inconvenientes, corresponde a la Comisión sacar el mejor partido del método adoptado por el Relator Especial.

41. Refiriéndose a las cuestiones concretas planteadas por los nuevos proyectos de artículos, el Sr. Barsegov dice que a su juicio la cesación de un hecho ilícito presupone la necesidad de determinar la trascendencia jurídica de la cesación y de distinguirla en cuanto recurso legal. El Sr. Barsegov quiere subrayar la obligación de un Estado que ha cometido un hecho ilícito y el derecho del Estado lesionado y la comunidad internacional de los Estados a exigir que se ponga fin al hecho.

42. El concepto de responsabilidad en derecho internacional se basa en la aparición de una nueva obligación secundaria, que consiste en la corrección por el Estado autor del hecho ilícito de la situación resultante de ese hecho, esto es, la eliminación de sus consecuencias. Esa obligación implica que se dé pleno cumplimiento a la obligación primaria, esto es, no entraña la desaparición de la relación jurídica primaria, consistente en el derecho específico de una parte y la obligación específica de la otra, que existía antes de la comisión del hecho ilícito. Una transgresión del derecho no da lugar a la extinción del derecho mismo. Ese derecho subjetivo y las normas que le sirven de fundamento son precisamente los que imponen la necesidad de retrotraerse a la obligación primaria a fin de eliminar la situación violatoria. Sin ese fundamento jurídico mal podría hablarse de una obligación de poner fin al comportamiento ilícito.

43. La cesación de un hecho ilícito o de un crimen en cuanto medida correctiva distinta está ligada muy de cerca a la posibilidad de restitución, castigo o sanción subsiguientes. La relación entre la cesación, la restitución y otras medidas correctivas sería más clara si se trazara una distinción entre la cesación real del hecho ilícito mismo y la cesación jurídica de la transgresión, el delito o el crimen que sólo interviene cuando la cuestión ha recibido plena solución, que puede incluir la restitución y otros remedios legales.

44. La distinción entre la cesación del hecho ilícito y otras medidas correctivas es relativa, pero el Sr. Barsegov

está de acuerdo con el Relator Especial en que tiene un aspecto positivo, que consiste sobre todo en interrumpir las consecuencias nocivas del hecho y aminorar su amplitud. Evidentemente, cuanto más grave sea el hecho ilícito o el crimen, más importante será conseguir sin tardanza su interrupción.

45. La necesidad de hacer cesar un hecho ilícito, especialmente un hecho ilícito de carácter continuo, reside, a juicio del Relator Especial, en el hecho de que un comportamiento ilícito, aparte de tener consecuencias perjudiciales evidentes en detrimento del Estado o los Estados lesionados, constituye una amenaza para la norma misma que ha sido infringida por el comportamiento ilícito. En otras palabras, las normas de derecho internacional elaboradas por los propios Estados son más vulnerables, por estar expuestas a la destrucción a consecuencia de las transgresiones de esas normas por los Estados. Por eso son tan importantes las medidas correctivas que se estudian y por eso la importancia de la cesación de un hecho ilícito rebasa el ámbito de las relaciones bilaterales para entrar en el ámbito de las relaciones entre el Estado transgresor y todos los demás Estados en tanto que miembros de la comunidad internacional.

46. El Relator Especial parece situar la obligación de poner fin a un hecho ilícito en algún lugar «entre» las normas primarias y las secundarias. Según el Relator Especial, la cesación del hecho ilícito debe guardar relación, lo mismo como obligación que como remedio del derecho internacional, no con el efecto de la llamada norma secundaria que adquiere fuerza jurídica en virtud de la comisión del hecho ilícito, sino con el efecto continuo y normal de la norma primaria respecto de la cual el precedente comportamiento ilícito constituyó una transgresión. Es una postura que cabe suscribir a condición de que se reconozca que los procesos de que se trata no están ligados y que discurren paralelamente. La obligación de poner fin al hecho ilícito es correlativa a la obligación de observar un determinado comportamiento. En otras palabras, la norma «pórtate bien» puede expresarse diciendo «no te portes mal».

47. La conclusión natural es que, con el fin de acrecentar la eficacia de los recursos legales que pueden ejercerse contra un hecho ilícito, sería conveniente mantener la cesación de la violación y la *restitutio in integrum* como dos categorías de remedios distintos pero interrelacionados en caso de violación de las normas de derecho internacional o de las obligaciones internacionales.

48. Las disposiciones del proyecto de artículo 6, sobre la cesación, podrían incluirse en el capítulo I (Principios generales) del esquema propuesto para la segunda parte del proyecto (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20), pero tal vez sería mejor dejarlo en el capítulo II. Al mismo tiempo, hace falta especificar el sentido jurídico de cesación. El artículo 6 parece limitarse al aspecto fáctico de la cesación.

49. El Relator Especial ha vinculado la cuestión del restablecimiento de una situación jurídica a la restitución, y señala en el párrafo 3 del proyecto de artículo 7 que ningún obstáculo dimanante del ordenamiento jurídico interno del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito podrá impedir de por sí el que el Estado lesionado ejercite su derecho a la restitución en especie.

50. Cuestiones tan elementales como la de la naturaleza de la cesación no deben pasarse por alto. Los proyectos

de artículos deben contener una disposición en el sentido de que el restablecimiento de la situación que ha sido objeto de la violación presupone no sólo la interrupción real del hecho, sino también la abrogación de los actos formales ilegales, tanto internacionales como nacionales, que se han basado en la violación del derecho internacional. Esos actos deben considerarse como desprovistos de validez jurídica *ab initio*. Las leyes, reglamentaciones administrativas y decisiones de los tribunales nacionales que infrinjan las normas de derecho internacional están sujetas a abrogación, anulación o modificación. Esta manera de plantear la cuestión se basa en el reconocimiento del primado del derecho internacional sobre el derecho interno y en la premisa de que las obligaciones internacionales de los Estados tienen precedencia. Desde este punto de vista, además, las disposiciones del párrafo 3 del proyecto de artículo 7, aunque de por sí son incuestionables, no bastan.

51. Si bien la cuestión de la cesación parece relativamente sencilla, no puede decirse lo mismo de la restitución. El carácter de derecho privado que tiene esta institución da lugar a problemas específicos, que a juicio del Sr. Barsegov ocasionan cierta confusión entre las nociones e instituciones pertenecientes a relaciones jurídicas de carácter público y a las comprendidas dentro del ámbito del derecho privado. El Sr. Barsegov, aunque venera el genio jurídico de Roma y tiene en la más alta estima al derecho civil romano, opina que la posibilidad de importar los conceptos de ese derecho al ámbito totalmente diferente de las relaciones interestatales tiene sus límites, pues se suscitarían dificultades considerables con respecto al contenido de esos conceptos.

52. No está claro si la restitución se aplicaría también a los crímenes internacionales. Si la restitución significa en un sentido amplio el restablecimiento de la situación anterior a la violación, ¿se plantea la cuestión de si sus consecuencias son puramente materiales, financieras o vinculadas a los bienes, o pueden revestir dimensiones de derecho público o dimensiones político-jurídicas? De ahí que sea importante aclarar qué tipos de responsabilidad de los Estados están implicados y cuál es el objeto de la restitución. Hay que tener en cuenta que en la doctrina se hace una distinción entre dos formas de responsabilidad: material y no material. La Comisión tendrá que reconocer que, en situaciones reales, la reparación de una violación supondrá tener en cuenta una diversidad en circunstancias específicas que no tienen una expresión material en el sentido estricto del término.

53. Una solución sería distinguir entre restitución material y restitución jurídica, pero es importante comprender el objeto de esa distinción y cuál es el objeto del concepto de restitución jurídica. Para resolver estas cuestiones tiene que haber un concepto unificado basado en el hecho de que las formas de responsabilidad constituyen un medio que sirve para restablecer la situación jurídica vulnerada por un hecho ilícito, y que la forma de esa responsabilidad está determinada por la naturaleza del hecho ilícito.

54. En el caso de la anexión, por ejemplo, ¿constituiría la devolución del territorio del Estado al Estado lesionado una restitución en especie? ¿Y cuáles son las implicaciones del concepto en caso de un hecho internacionalmente ilícito como el genocidio, el traslado forzoso de una población o los cambios en la composición demográfica de un territorio extranjero? ¿Cabrá en tales casos considerar la reparación pecuniaria como una forma adecuada de resti-

tución en especie? ¿Un Estado que ha cometido el crimen de genocidio debería recibir en premio el territorio del pueblo que ha sido reducido a la condición de minoría a consecuencia de la comisión de ese crimen? El derecho suele guardar silencio sobre estas cuestiones porque no se han formulado todavía normas aplicables. La finalidad de la Comisión debe ser establecer normas que puedan invocarse en situaciones de esta naturaleza.

55. Problemas parecidos se plantean con respecto a los delitos internacionales. Todo depende de qué tipos de obligaciones internacionales han sido violadas y si lo que está en juego son situaciones tales como el embargo de un buque o la detención de un ciudadano extranjero, o los problemas jurídicos sumamente complejos derivados de las relaciones político-jurídicas entre Estados. Estos problemas merecen un estudio particular y deben tenerse en cuenta cuando se formule la regla general.

56. Se ha decidido no considerar cuestiones relacionadas con los crímenes internacionales, pero el hecho de prescindir de ellos podría dar a este ejercicio un carácter abstracto, alejado de la realidad y propenso a desfigurarla.

57. Sobre la cuestión del alcance de la restitución, el orador dice que sería partidario de atribuirle una función más amplia y completa en cuanto remedio jurídico. Hay a este respecto muchas posibilidades de adoptar nuevos planteamientos, a condición de que la cuestión no quede circunscrita dentro de los límites de las normas e instituciones de derecho civil o de derecho romano. Además, hay que tener en cuenta también la necesidad de una relación recíproca entre la restitución y una violación real del derecho que excluya la posibilidad de recurso a la institución de la restitución como medio de presión política. Ello, sin embargo, no debe significar que un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito quede en condiciones de eludir su responsabilidad fundándose en que el recurso a las instituciones plantearía una grave amenaza para su sistema político, económico o social.

58. El Sr. PAWLAK, refiriéndose al plan general del tema que la Comisión aprobó en su 27.º período de sesiones, en 1975<sup>16</sup>, dice que los resultados de los trabajos de la Comisión sobre la primera parte del proyecto, que trata del origen de la responsabilidad internacional, son muy positivos, y él suscribe los principios definidos en el capítulo I de la primera parte. Los artículos 1, 3 y 4 representan un progreso apreciable en la codificación de las normas básicas de la responsabilidad de los Estados.

59. No obstante, los principios de la primera parte en modo alguno agotan el abundante acervo del derecho internacional consuetudinario que se deriva de la práctica de los Estados y de las decisiones de los tribunales internacionales. Todo Estado tiene sus propios derechos y obligaciones, y una violación de una obligación entraña responsabilidades para ese Estado. Análogamente, todo Estado tiene el deber de respetar los derechos de los demás Estados y un derecho correlativo a exigir que los demás Estados respeten sus derechos. En su opinión consultiva de 11 de abril de 1949, sobre *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, la CIJ recordó la decisión de la CPJI de que «es principio de derecho internacional que la violación de un compromiso lleva consigo una obli-

<sup>16</sup> *Anuario...* 1975, vol. II, págs. 60 y ss., documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

gación de dar reparación en forma adecuada»<sup>17</sup>. En consecuencia, puede deducirse incluso que esa primera parte tan estimable del proyecto exige un detenido examen de la Comisión en segunda lectura, a fin de asegurarse de que los artículos reflejan los principios y normas que actualmente se aplican tanto en el derecho internacional consuetudinario, incluidas la práctica contemporánea de los Estados y la práctica de las Naciones Unidas, cuanto en el derecho de los tratados internacionales, tales como las convenciones de Viena aprobadas después del desastre de Chernobil.

60. Con referencia a la segunda parte del proyecto relativa al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional, el orador está de acuerdo con el planteamiento general del Relator Especial; en general, las innovaciones y cambios al método seguido por el anterior Relator Especial parecen lógicos. El Sr. Pawlak no está enteramente de acuerdo con la propuesta de tratar las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales separadamente de las de los delitos internacionales, aunque pueda contribuir a acelerar la labor de la Comisión sobre el proyecto de artículos. La distinción propuesta por el Relator Especial entre los derechos y las obligaciones de los Estados propios de la cesación y las diversas formas de reparación podría adoptarse como hipótesis de trabajo por el momento. El Sr. Pawlak puede también aceptar los argumentos aducidos por el Relator Especial en favor de dedicar toda la tercera parte del proyecto a la solución de controversias.

61. Los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 constituyen la primera etapa del nuevo esquema de la segunda parte propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20). Estos artículos exigen un análisis detenido, tanto desde el punto de vista conceptual como en interés de la uniformidad de la redacción. Es de lamentar, no obstante, que hasta la fecha solamente se hayan presentado dos artículos a la Comisión.

62. Si se compara el nuevo artículo 6 con el párrafo 1 del artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial, puede verse que la cesación aparece ahora como un concepto jurídico aparte. El anterior Relator Especial había propuesto, en efecto, que la decisión y competencia en cuanto a la interrupción del hecho internacionalmente ilícito quedasen en manos del Estado lesionado; en cambio, el actual Relator Especial trata de establecer una obligación general por parte de los Estados de poner fin a una acción u omisión que constituye un hecho internacionalmente ilícito. Este modo de plantear la cuestión puede llevar a la conclusión de que la obligación de cesación no es una consecuencia jurídica de un delito o crimen internacional, sino que debe tratarse como un principio general de la responsabilidad de los Estados. Si es así, debe figurar en la primera parte del proyecto, con una formulación apropiada. La norma de la cesación es importante tanto para el Estado lesionado como para los otros Estados interesados en contar con la norma primaria pertinente de derecho internacional y en preservar esa norma.

63. El Sr. Pawlak reconoce, en general, que la cesación debe abarcar todo hecho ilícito que se extienda en el tiempo, no sólo los delitos. De ahí que no pueda estar enteramente de acuerdo con el Relator Especial en el sentido de que en la práctica pueda haber una norma separada de la

cesación para los delitos internacionales y otra para los crímenes internacionales. Debería adoptarse el mismo criterio para la cesación de ambos tipos de hechos ilícitos internacionales.

64. El Relator Especial parece ocuparse en el nuevo proyecto de artículo 7 únicamente del aspecto material de la responsabilidad del Estado. Es menester adoptar un criterio mucho más amplio. La práctica de los Estados establece una viva distinción entre la responsabilidad política, material y moral por los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los Estados. Desde un punto de vista político, el Estado que ha sido perjudicado por un hecho internacionalmente ilícito puede adoptar disposiciones no materiales, tales como la ruptura de relaciones diplomáticas con el Estado autor. Las violaciones del derecho internacional pueden tener en sí mismas dimensiones políticas, materiales o morales. Durante la segunda guerra mundial, millones de personas fueron trasladadas por la fuerza a Alemania desde territorios ocupados para ser utilizadas como mano de obra forzada. La compensación material por esos crímenes todavía no se ha llevado a efecto enteramente ni siquiera hoy, y, sin embargo, limitar la restitución por esos actos a sus dimensiones materiales sería de todo punto insuficiente. Los actos de agresión, por ser las más graves violaciones del derecho internacional, tienen consecuencias de mucho más alcance que las reparaciones materiales. Los Estados victoriosos en un conflicto armado pueden imponer limitaciones a la soberanía del Estado derrotado, por ejemplo, ocupando su territorio, imponiendo reparaciones e introduciendo medidas destinadas a eliminar las fuerzas agresivas en ese Estado. Estas medidas pueden crear condiciones mediante las cuales el Estado derrotado pueda aplicar en lo sucesivo una política pacífica de conformidad con el derecho internacional. Todos estos aspectos no materiales deben tenerse en cuenta al redactar los artículos de la segunda parte y el problema de la *restitutio in integrum* no debe limitarse a sus aspectos materiales.

65. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) agradece a los miembros por los comentarios hechos hasta ahora. Algunos de ellos guardan relación con aspectos que no han sido tratados en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), pero que serán tratados ampliamente en su segundo informe, que tiene la intención de presentar durante el actual período de sesiones. El segundo informe contendrá capítulos sobre la reparación por un equivalente, la satisfacción y las garantías de no repetición. Confía también abordar el problema de la falta, en la medida en que tanto la falta como el daño están implicados en las cuestiones de reparación.

66. No habría razón para considerar expresamente en el nuevo proyecto de artículo 7 el daño moral. El artículo se refiere a los «daños», que comprende cualquier clase de perjuicio o pérdida, ya sea material o moral, sufrido por los nacionales del Estado lesionado. El daño moral para el propio Estado está previsto además por las disposiciones sobre la *restitutio*, y quedará destacado en su segundo informe. No es correcto, por lo tanto, decir que se ha omitido la restitución por daños morales. Tampoco es justo afirmar que los artículos sobre la cesación y la restitución excluyen al medio ambiente como objeto de protección en virtud de las normas sobre la responsabilidad de los Estados. La protección del medio ambiente es un tema que debe ciertamente proponerse para la inclusión

<sup>17</sup> C.I.J. Recueil 1949, pág. 184.

en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión y tiene que ocupar un lugar de honor entre las materias elegidas para desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional. También se ha dicho que el informe preliminar y los nuevos artículos propuestos no incluyen el problema del interés, que es claramente una materia para tratarla junto con la reparación y no en relación con la *restitutio in integrum* definida en el informe. En cuanto a la observación de un miembro sobre los derechos humanos, el orador no comprende exactamente qué significado tiene en relación al informe y los proyectos de artículos en examen.

67. Hay que reconocer que las fechas de presentación de sus informes han sido poco satisfactorias, tanto en el anterior período de sesiones como en el actual. Ahora bien, lo mismo en el desarrollo progresivo que en la codificación de los temas del derecho internacional hay dificultades consustanciales a la labor, que son bien conocidas de los miembros de la Comisión. Han transcurrido muchos años desde que dio comienzo la labor de codificación del presente tema y la aprobación de la primera parte del proyecto en primera lectura. Además, las partes del proyecto confiadas al Sr. Riphagen y al actual Relator Especial son indudablemente las más difíciles. Mientras que la primera parte aborda el aspecto «estático» del tema, que es la definición de los hechos internacionalmente ilícitos, las partes segunda y tercera tienen por objeto abarcar las consecuencias de tales hechos, es decir, el meollo esencial de las normas de la responsabilidad de los Estados y su implementación. Un ejemplo, entre muchos, es sobre todo la distinción entre delitos y crímenes. Mientras que esa distinción se formula fácilmente en el artículo 19 de la primera parte, es más complicado determinar, en las partes segunda y tercera, las normas que abarcan las consecuencias específicas de los hechos tipificados como crímenes y la implementación de tales consecuencias. La única conclusión a que han llegado su predecesor y él mismo es que los regímenes aplicables a los delitos y a los crímenes son los mismos hasta cierto punto, pero ninguno de ellos ha estado dispuesto a determinar a partir de qué punto esos regímenes difieren. La práctica de los Estados y la doctrina ofrecen poca orientación sobre las consecuencias de los crímenes internacionales.

68. Es muy improbable que, en el tercer informe (1990), pueda llegar hasta el proyecto de artículo 15 de la segunda parte y los cinco proyectos de artículos de la tercera parte. Todo intento de hacerlo adolecería inevitablemente de una insuficiencia en el estudio de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica diplomática pertinentes. La práctica es claramente escasa en lo que se refiere a la satisfacción. La decisión incumbe a la Comisión: o bien puede dejar tiempo suficiente para el estudio, o bien decidir que se acelere la redacción de los artículos, en cuyo caso poco progreso apreciable podrá hacerse en el desarrollo progresivo y la codificación del tema. Respecto del segundo informe, centrará la atención en las consecuencias sustantivas de los hechos internacionalmente ilícitos, en cuanto distintos de las medidas o contramedidas que adopte el Estado lesionado.

69. Reconoce que la definición exacta y la teoría de la cesación no son materias fáciles y que no está muy claro si la cesación debe figurar en el proyecto. Sin embargo, debe distinguirse de las cuestiones de la *restitutio in integrum*, la reparación por un equivalente, la satisfacción y las garantías de no repetición.

70. El Sr. BARSEGOV pregunta si el Relator Especial reconoce que sería más lógico no remitir los nuevos proyectos de artículos al Comité de Redacción hasta que los trabajos sobre las cuestiones relacionadas con ellos hayan pasado también a formar parte del proyecto. En segundo lugar, pregunta si el Relator Especial tiene el propósito, en su labor ulterior, de incluir ejemplos específicos de crímenes internacionales tales como los que se enumeran en el párrafo 3 del proyecto de artículo 19 de la primera parte del proyecto.

71. El Sr. EIRIKSSON pregunta si el Relator Especial se propone incluir la función de las represalias en la próxima fase de su trabajo.

72. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), en respuesta al Sr. Barsegov, dice que en vista de que los antiguos proyectos de artículos 6 y 7 están ya en el Comité de Redacción, lo mejor sería que éste se encargase también de los nuevos. Cuando el Comité esté en condiciones de ocuparse de ellos, tendrá también a la vista los proyectos de artículos presentados en el próximo segundo informe, es decir, los que tratan sobre la indemnización pecuniaria, la satisfacción y la garantía de no repetición. El Comité tendrá suficiente material con que trabajar. En segundo lugar, con respecto a la cuestión de los crímenes específicos, todavía no está claro cómo han de definirse los crímenes del Estado en relación con la responsabilidad del Estado, aunque la cesación es aún más importante para los crímenes que para los delitos. Ciertamente, tiene el propósito de incluir ejemplos de crímenes internacionales, tales como los daños deliberados al medio ambiente.

73. Refiriéndose a la pregunta del Sr. Eiriksson, dice que las represalias se tratarán en el tercer informe (1990), junto con las medidas, término que él prefiere al de «contramedidas».

74. El PRESIDENTE, haciéndose eco de la pregunta formulada por el Sr. BARSEGOV, duda de que pueda servir de algo el hecho de remitir al Comité de Redacción artículos que pueden ser modificados totalmente.

#### **Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (conclusión\*)**

[Tema 9 del programa]

75. El PRESIDENTE anuncia que los miembros del Grupo de Trabajo encargado de examinar el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión (véase 2095.<sup>a</sup> sesión, párr. 24) estará constituido por el Sr. Al-Khasawneh, el Sr. Díaz González, el Sr. Mahiou, el Sr. Pawlak y el Sr. Tomuschat. El Grupo de Trabajo elegirá su propio Presidente y presentará oportunamente un informe al Grupo de Planificación.

76. El Sr. KOROMA dice que habría preferido que le hubiesen consultado antes de decidir la composición del Grupo de Trabajo.

#### **Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación\*)**

[Tema 1 del programa]

77. El PRESIDENTE dice que la Comisión podrá volver a ocuparse la próxima semana de la cuestión de la lista de

\* Reanudación de los trabajos de la 2095.<sup>a</sup> sesión.

crímenes que deben incluirse en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (véase 2102.ª sesión, párr. 39).

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2105.ª SESIÓN

*Viernes 19 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogi-so, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/416 y Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/L.431, secc. G)

[Tema 2 del programa]

#### *Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos<sup>2</sup>*

#### INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

ARTÍCULO 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y

ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)<sup>3</sup> (*continuación*)

1. El Sr. THIAM dice que limitará su intervención a tres aspectos del tema: el daño, la distinción entre crímenes y delitos internacionales y la cesación del hecho internacionalmente ilícito.

2. Por lo que respecta al daño, cabe preguntarse cuál es el lugar que el Relator Especial le reserva en el proyecto. Los primeros artículos propuestos a este respecto suscita-

ron una vivísima controversia que, si bien luego se calmó, no está totalmente apagada. El Relator Especial, que, por así decirlo, ha cogido el tren en marcha, se encuentra en una etapa de los trabajos en que es oportuno volver a plantear el problema. Propone un esquema para la segunda parte del proyecto (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20), pero, a juicio del orador, esta parte se debería iniciar con algunas disposiciones sobre el concepto de perjuicio que entroncaran con la primera parte. La transición de la primera parte a la segunda se basa en el concepto de Estado lesionado, lo que supone la existencia de un daño, mientras que no se dedica ninguna disposición a la naturaleza, los caracteres o los límites de éste. Sería conveniente que el Relator Especial aclarase su posición sobre este punto.

3. En lo que se refiere a la distinción entre crimen internacional y delito internacional, ésta respondía, en la primera parte, a las exigencias del análisis y la clasificación. Sin embargo, estos dos conceptos no constituyen compartimientos estancos, sobre todo desde el punto de vista de las consecuencias. Existen consecuencias que son comunes a los crímenes y a los delitos, así como las hay también que son propias de los crímenes. Así pues, habría que referirse primero a las consecuencias comunes: obligación de poner término al hecho ilícito, en la hipótesis de una infracción continua o de una infracción de carácter repetitivo o complejo; obligación de reparar, con sus diversas modalidades (*restitutio in integrum*, compensación, incluso satisfacción). En cuanto a las consecuencias propias de los crímenes, están sobre todo los efectos *erga omnes*: la obligación de no reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen (ocupación, anexión, etc.), la obligación de no prestar asistencia al Estado autor del crimen, y la obligación de prestar ayuda al Estado lesionado. Están también, en materia de agresión, todos los derechos y obligaciones establecidos en la Carta de las Naciones Unidas. Si el Relator Especial mantiene su planteamiento, basado en la separación entre las dos esferas, se darán sin duda coincidencias parciales o repeticiones.

4. Por consiguiente, el Sr. Thiam propone que se apruebe el esquema siguiente para la segunda parte: 1) consecuencias comunes a los crímenes y a los delitos: cesación, *restitutio*, medidas de reciprocidad, represalias, etc.; 2) consecuencias propias de los crímenes internacionales: efectos *erga omnes*. Esto es, por otra parte, lo que proponía el anterior Relator Especial en el artículo 2 de la segunda parte, aprobado provisionalmente por la Comisión, que dice:

[...] las consecuencias jurídicas de todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado se rigen por las disposiciones de la presente parte, salvo en los casos y en la medida en que esas consecuencias jurídicas hayan sido determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente al hecho internacionalmente ilícito de que se trate.

En consecuencia, los proyectos de artículos 14 y 15 de la segunda parte se dedicaban especialmente al crimen internacional. Se reserva, pues, su posición sobre el método propuesto por el actual Relator Especial, en espera de conocer el contenido de los artículos que quedan por redactar.

5. Pasando, por último, a analizar el nuevo proyecto de artículo 6, relativo a la cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo, el Sr. Thiam señala que la Comisión ha celebrado debates muy sutiles sobre la naturaleza de este concepto: ¿obligación primaria?, ¿obligación secundaria?, ¿forma jurídica *sui generis*...

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35.º y 37.º, figuran en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte —artículos 6 a 16— remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36.º y 37.º, *ibid.*, pág. 21, nota 66.

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto («Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias») fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

<sup>3</sup> Para el texto, véase 2102.ª sesión, párr. 40.

En cualquier caso, queda en pie la cuestión del lugar que debe corresponder al artículo en cuestión en la estructura del proyecto. A su juicio, el lugar apropiado es la segunda parte; ante todo, porque la cesación tiene lugar después de la comisión del hecho causativo y que, por lo tanto, es consecutiva a éste; seguidamente, porque puede ser difícil establecer una línea divisoria entre la cesación y algunos otros conceptos como la *restitutio in integrum*. Si, por ejemplo, el crimen de que se trata es la ocupación o la anexión de un territorio, la terminación de esa ocupación o de esa anexión es una forma de *restitutio*. Se advierte, por lo tanto, que la cesación corresponde más bien a la parte dedicada a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad.

6. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 7, que sienta los principios básicos de la restitución y enumera diversas excepciones, se trata de una aplicación directa del derecho existente. Se puede aceptar en la forma propuesta, sin perjuicio de posibles modificaciones de forma.

7. El Sr. SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ se felicita del grado de precisión y detalle del informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1) examinado, calidades indispensables, dada la dificultad de la materia, para la elaboración de disposiciones que puedan ser aceptadas por la comunidad internacional. La Comisión está en condiciones ahora de elaborar un conjunto de principios fundamentales sobre las formas modernas de la responsabilidad de los Estados.

8. El plan de trabajo de las partes segunda y tercera del proyecto que el Relator Especial propone provisionalmente (*ibid.*, párr. 20) es aceptable en general, a pesar de la distinción que en él se hace entre las consecuencias jurídicas de los delitos y las de los crímenes. Dicho esquema por lo menos permitirá avanzar a la Comisión, sin perjuicio de que se prescinda más tarde de esta distinción.

9. En su informe (*ibid.*, párr. 3), el Relator Especial menciona la posibilidad de mejorar los proyectos de artículos 6 y 7 de la segunda parte presentados por su predecesor, habida cuenta en especial de la excesiva importancia que el anterior Relator Especial atribuía al régimen de extranjería (art. 7). Recuerda, a este respecto, la polémica que suscitó esta cuestión del régimen de extranjería, y dice que el funcionamiento de las comisiones mixtas ha dejado amargos recuerdos.

10. No aprueba la distinción entre obligación «primaria» y obligación «secundaria», que a su juicio oscurece la materia que se pretende elucidar, como han señalado ya el Sr. Barboza (2102.ª sesión) y otros miembros.

11. Los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 son aceptables, con algunas reservas. Por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 6, el concepto de «carácter continuo» no es convincente; en cualquier caso es mucho más tajante de lo que piensa el Relator Especial, como señaló con razón el Sr. Graefrath (2104.ª sesión). El artículo 6 plantea asimismo el problema del lugar que debe ocupar en el proyecto. El Sr. Calero Rodríguez (2103.ª sesión) ha propuesto colocarlo entre los «Principios generales» del capítulo I de la segunda parte, lo que sería una solución excelente, ya que vincularlo con las disposiciones relativas a la reparación sólo complica la cuestión.

12. En lo que se refiere al proyecto de artículo 7, el Relator Especial ha hecho esfuerzos meritorios para respetar un equilibrio razonable entre los intereses del Estado

autor y los del Estado lesionado. Por consiguiente, el artículo es aceptable en el plano de los principios, pero se podría mencionar más concretamente el problema de la nacionalización de los bienes extranjeros, fenómeno muy frecuente en la época contemporánea.

13. El apartado *b* del párrafo 2 del artículo 7, en el que se dice que la restitución en especie se reputará excesivamente onerosa si compromete gravemente el sistema político, económico o social del Estado que esté obligado a reparar, no es bastante explícito. Cuando un Estado se ve obligado a nacionalizar bienes extranjeros para velar por el bienestar de su población, o incluso su supervivencia, esta circunstancia también debe formar parte de las que atenúan la responsabilidad o eximen de ella, como ha dicho muy bien el Sr. Mahiou (*ibid.*).

14. El párrafo 3 va más lejos, puesto que dispone que ningún elemento del derecho interno podrá impedir que el Estado lesionado ejercite su derecho a la restitución en especie. Sin embargo, existen principios de derecho interno irrefragables que la naturaleza misma de las cosas induce a respetar. Además, una norma tan perentoria haría el proyecto difícilmente aceptable para ciertos Estados. Sin duda se establecerán algunas excepciones, pero se reserva el derecho a volver a plantear esta cuestión.

15. El Relator Especial tiene razón en querer dedicar la tercera parte del proyecto al arreglo pacífico de las controversias. Esta esfera del derecho, que a menudo complican las consideraciones políticas, requiere efectivamente un método de análisis innovador, apto para llegar a una solución rápida y aceptable, que no sirva sólo para reducir la duración de los litigios, sino que proteja también los intereses de la parte más débil y vaya en el sentido de unas relaciones internacionales pacíficas y constructivas.

16. No le convence totalmente la distinción que hace el Relator Especial entre la «responsabilidad directa» y la «responsabilidad indirecta», ni lo que dice acerca del momento en que nace realmente la responsabilidad del Estado y en que el otro Estado puede legítimamente hacer valer sus derechos a la reparación. También tiene el propósito de volver a tratar en su momento estas cuestiones.

17. Por último, manifiesta la opinión de que los proyectos de artículos 6 y 7 se pueden remitir al Comité de Redacción.

18. El Sr. HAYES dice que los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 presentados por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1) representan un bienvenido progreso con respecto a los artículos anteriores, por ser mucho más detallados y elaborados, pero que plantean una cuestión de método. Aunque es conveniente estudiar por separado las consecuencias de un delito internacional y las de un crimen internacional, no debería tomarse todavía una decisión definitiva sobre la manera de presentar unas y otras en el conjunto del proyecto, es decir, ya sea en disposiciones distintas o según el criterio de disposiciones cumulativas, propiciado por el anterior Relator Especial.

19. El problema de la cesación, sobre el que versa el proyecto de artículo 6, ha dado pie a un cambio de impresiones muy fructífero sobre la cuestión de si la cesación se distingue de la reparación, como sostiene el Relator Especial, ya que la primera se considera que corresponde a la esfera de la norma «primaria», mientras que la segunda pertenece a la norma «secundaria» (*ibid.*, párr. 31). Este

debate ha puesto de manifiesto varias cuestiones. En primer lugar, es difícil encerrar ese tipo de conceptos en compartimientos herméticos, como se desearía hacer para salvaguardar la lógica del texto. En segundo lugar, la práctica de los Estados no facilita la clasificación por categorías: el Estado lesionado trata de utilizar una serie de mecanismos procesales más bien que un recurso concreto, definido de manera específica. En tercer lugar, incluso los tribunales se preocupan más de fijar la reparación que de interrogarse sobre sus causas. Por último, como además señala el Relator Especial (*ibid.*, párr. 48), ciertas acciones pueden constituir a la vez una forma de cesación y una forma de restitución en especie, como sucedió en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*<sup>4</sup>.

20. Ahora bien, es preciso a pesar de todo salvar el obstáculo, por lo menos en parte. Los argumentos del Relator Especial no carecen de base, sobre todo cuando lo llevan a concluir que la regla de la cesación podría considerarse como una disposición que se sitúa en un punto equidistante entre las normas «primarias» y las normas «secundarias» (*ibid.*, párr. 61). Tanto desde un punto de vista como del otro, una norma específica sobre la cesación es indispensable en el proyecto de artículos, independientemente de las disposiciones relativas a la reparación. Eso no quiere decir que haya que incluirla en la primera parte del proyecto, como algunos quisieran, ya que en tal caso se encontraría demasiado lejos de la sección dedicada a la reparación. Sería mejor seguir en este punto al Relator Especial e incluirla en un epígrafe particular de la segunda parte.

21. La restitución en especie (*restitutio in integrum*) constituye efectivamente, como se dijo en el informe, una obligación «secundaria». Además, le corresponde la primacía con respecto a las demás formas de reparación (*ibid.*, párrs. 114 y ss.). Es cierto que esa primacía, que deriva de la naturaleza misma de la *restitutio*, no es fácil de respetar en la práctica y la doctrina está dividida sobre si se trata de restablecer el *statu quo ante* o de restaurar la situación que habría existido si no se hubiera producido el hecho ilícito. El orador recomienda que la Comisión apruebe una definición de la restitución que sea conforme a esta segunda posición, aun si implica desarrollo progresivo. Como dice el Relator Especial (*ibid.*, párr. 67), de ese modo se dispondría de una definición «integrada» de la reparación en especie, que combine el elemento «reparación» y el elemento «compensación».

22. El Relator Especial prevé tres supuestos en los que el Estado autor se halla en la imposibilidad jurídica de reparar, de los que rechaza dos. Cabe, en efecto, aceptar que una norma de *jus cogens* constituiría una imposibilidad. Una obligación para con un tercer Estado o el derecho interno en principio no pueden justificar que un Estado se sustraiga a la obligación de restitución, pero sería preciso examinar esas situaciones con más detalle. En el primero de estos dos casos, un Estado debe procurar no contraer obligaciones contradictorias respecto de otros dos Estados. Ninguno de éstos aceptará renunciar a la reparación a pretexto de que compite con el otro. Mas supongamos que un Estado A no pueda proceder a la *restitutio in integrum* con respecto a un Estado B sin violar una obligación para con un Estado C que origina a la vez un segundo y conflictivo derecho del Estado C a la *restitutio in integrum*;

ésta es una situación de imposibilidad en un sentido práctico. Si tal situación puede llegar a producirse en la práctica, debe ser considerada.

23. El Relator Especial señala otro obstáculo a la *restitutio* cuando hace observar (*ibid.*, párr. 90) que, a pesar del principio según el cual el derecho interno no puede influir en las obligaciones internacionales de un Estado, cabe que un gobierno se encuentre obligado por una norma nacional (disposición constitucional, decisión del Tribunal Supremo, etc.) que no pueda modificar por lo menos retroactivamente. También en este caso se podría decir que incumbe al Estado no colocarse en esa situación; no obstante, hay que tomar en consideración esta hipótesis.

24. Esas dos situaciones remiten al principio, totalmente defendible, según el cual la elección de los remedios jurídicos corresponde al Estado lesionado, salvo evidentemente en el caso de imposibilidad o restitución excesivamente onerosa. Sin embargo, cabe preguntarse si esta fórmula es una solución. Si el factor determinante del carácter excesivamente oneroso es la gravedad de la violación o del daño, se correrá bastante a menudo el riesgo de excluirla como una solución a esos problemas, y si, por el contrario, las circunstancias constitutivas de las dos situaciones antes mencionadas reemplazarán el concepto de gravedad, llevarían de hecho a una situación de imposibilidad de reparar. Son problemas que complican la tarea, pero que habrá que resolver.

25. No cree que sea preciso separar ciertas categorías de actos ilícitos. Es partidario, por lo tanto, de eliminar el proyecto de artículo 7 presentado por el anterior Relator Especial, sobre el caso de los extranjeros.

26. Con respecto al nuevo esquema para las partes segunda y tercera del proyecto propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 20), el orador dice que de una manera general no se puede por menos de plegarse a los deseos que le inspiran las necesidades metodológicas de su labor de investigación y de su presentación a la Comisión. Por otra parte, el esquema constituye una base razonable para la continuación de los trabajos, sin perjuicio de la estructura que finalmente se adopte para el proyecto de artículos. Con todo, mantiene la reserva que ha hecho sobre el tratamiento separado de las consecuencias de los delitos internacionales y las de los crímenes internacionales. Expresa reservas del mismo género sobre la colocación de las disposiciones de aplicación, problema que no es sólo de método. Pregunta si esas disposiciones están destinadas a ser incluidas en el capítulo IV (Disposiciones finales) del esquema para la segunda parte.

27. Espera expresarse más generalmente sobre el tema en otra oportunidad.

28. El Sr. YANKOV agradece al Relator Especial que haya llamado a la atención en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20) el esquema que tiene previsto para las partes segunda y tercera del proyecto. En una materia tan compleja, es importante tener de antemano una idea de lo que será el conjunto del proyecto. Por otra parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General pidió a la CDI que procediera de ese modo en todos los temas que examina.

29. Ahora bien, como se trata de un tema del que la Comisión se ocupa desde hace más de 30 años, cabía esperar quizás un poco más de detalles. Además, al esquema le falta equilibrio: algunos elementos se presentan de

<sup>4</sup> Véase 2104.ª sesión, nota 7.



manera bastante precisa, mientras que otros apenas se esbozan. Hay también diferencias en algunos de los títulos de la segunda parte; por ejemplo, en el capítulo II, sección 1, se habla de «derechos sustantivos», mientras que en el capítulo III, sección 1, se habla simplemente de «derechos». ¿Son éstas diferencias voluntarias? Por último, si la distinción entre crímenes y delitos internacionales parece estar hasta cierto punto justificada, es lícito preguntarse si las consecuencias jurídicas dimanantes de unos y otros son suficientemente diferentes para ser tratadas en dos capítulos separados. Incluso si se decidiera mantener esa distinción, quizás sería posible contentarse con regularlas en artículos distintos dentro de un mismo capítulo. El esquema propuesto no es en sí criticable, pero no habría que dar pie a que se conciban esperanzas desmesuradas sobre lo que constituirá el contenido del capítulo III.

30. En relación con el nuevo proyecto de artículo 6 de la segunda parte se plantea una doble cuestión: ¿tiene la cesación del hecho ilícito una función que la distingue de todas las demás formas de reparación y que justifica que se le dedique un artículo separado? Y, en caso afirmativo, ¿en qué parte del proyecto debe figurar ese artículo? Conviene con el Relator Especial en que la cesación, aunque tenga en común con las demás formas de reparación una función correctiva, posee también características que le son propias. Sin embargo, no hay que llegar demasiado lejos y establecer entre la cesación y las otras formas de reparación diferencias que, como acaba de señalar el Sr. Hayes, desconocen casi siempre la práctica de los Estados y la jurisprudencia. En el informe (*ibid.*, párr. 49) se dice acertadamente que, en la práctica, la cesación acompaña a veces otras formas de reparación, pero tal vez convendría insistir más en ello. Otro punto sobre el que habría que insistir es que, en el carácter continuo del hecho ilícito, la duración en sí misma no es determinante, y que la obligación de cesación puede nacer inmediatamente después de la comisión del acto; por ejemplo, cuando el Consejo de Seguridad decide, como medida preliminar, que se ponga fin a un conflicto armado.

31. En lo que concierne al texto mismo del artículo 6, varios miembros de la Comisión han propuesto que se refuerce inspirándose en el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial. El orador, por su parte, opina que el texto anterior ponía más claramente de manifiesto que el Estado lesionado tiene ciertos derechos, y que a esos derechos corresponden ciertas obligaciones del Estado autor del acto ilícito. El nuevo texto insiste más bien en el carácter continuo de la obligación (*remains ... under the obligation*). Con estas salvedades, aprueba el nuevo proyecto de artículo 6 y, aunque estima interesantes los argumentos aducidos a favor de su inclusión en el capítulo I de la segunda parte, sobre principios generales, es partidario de colocarlo en el capítulo II, sobre las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales.

32. Por lo que hace al nuevo proyecto de artículo 7, está de acuerdo con la idea de que la restitución en especie es una de las formas de la reparación, y también en que la obligación de restitución dimana de una norma secundaria. El Relator Especial ha realizado a este respecto un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia que es digno de elogio, aunque muchos de los pasajes citados sean definiciones y presenten, por ello, un interés más teórico que práctico. En efecto, tanto si se define la restitución en especie como

el restablecimiento de la situación que existía antes del hecho ilícito o como el restablecimiento de la situación que habría existido si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar, cabe pensar que, en el plano de la reparación, el resultado final será el mismo. Sin subestimar la importancia de las teorías jurídicas, no hay que perder de vista que la labor de la Comisión es establecer normas de derecho internacional público destinadas a regir las relaciones entre los Estados.

33. Además, el proyecto de artículos no versa sólo sobre los delitos internacionales, sino también sobre los crímenes internacionales, tal como se definen en el párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte del proyecto, es decir, sobre las violaciones graves de obligaciones internacionales de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, para la salvaguardia del ser humano y para la salvaguardia y la protección del medio humano. En todos esos casos, la restitución tendrá indudablemente un alcance y un contenido muy amplios, por lo que no es suficiente contemplarla bajo sus aspectos materiales. Ciertamente, el Relator Especial ha indicado que los artículos siguientes establecerían otras modalidades de reparación; pero, incluso en el marco de la restitución en especie, habría que profundizar en el análisis. Por otra parte, el Relator Especial tiene razón cuando dice que, a pesar de ciertas características jurídicas particulares, la restitución en especie es una de las modalidades de ejecución de la obligación secundaria de reparación, en sentido amplio, y que, si es preciso distinguirla de los demás modos de reparación, y especialmente de la cesación, no hay que descuidar por ello los vínculos que existen entre todos esos elementos.

34. El proyecto de artículo 7 constituye una buena base de trabajo, pero no se podrá decidir si sus disposiciones son bastante completas hasta que se conozca el tenor de los proyectos de artículos dedicados a los otros modos de reparación. Sin embargo, puede indicar desde ahora que atribuye una gran importancia a las disposiciones del párrafo 2, y en especial al apartado *b*, que, a su juicio, podría revestir el carácter de una disposición de orden público en virtud de la cual es legalmente imposible la restitución en especie cuando ésta compromete gravemente el sistema político, económico y social del Estado autor.

35. El Sr. Sreenivasa RAO dice que, siendo un miembro relativamente nuevo de la Comisión, y tratándose de una materia tan compleja como la responsabilidad de los Estados, estima útil, antes de abordar ciertos aspectos particulares de la cuestión, enunciar claramente los grandes problemas que se plantean.

36. El primero de ellos es el de cómo determinar la responsabilidad de un Estado en derecho internacional; se trata de la primera etapa del proceso de conjunto, que culmina en la determinación de las medidas apropiadas para remediar el daño sufrido como resultado de un hecho ilícito. La determinación de la responsabilidad del Estado es el aspecto más difícil del derecho internacional, ya que los derechos y obligaciones de los Estados están sujetos a una amplia gama de interpretaciones y, en diferentes contextos, es necesario ponderar consideraciones y factores diferentes. Es cierto, sin embargo, que los proyectos de artículos en examen no tienen que tratar este aspecto, que aparecerá después de que la responsabilidad haya sido establecida.



37. Los hechos que ponen directa y gravemente en peligro la paz y la seguridad internacionales o las relaciones de amistad entre los Estados tienen que distinguirse de los demás, naturalmente, y la Comisión ha hecho esa distinción al definir los crímenes y los delitos internacionales en el artículo 19 de la primera parte del proyecto. Está sin duda justificado tratar de manera diferente esas dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, aunque sólo sea porque es más difícil determinar la existencia de un crimen que la de un delito. Mas, tanto en un caso como en el otro, pueden pasar años antes de que se pueda determinar si ha habido o no hecho ilícito. En ese contexto, sería bueno que los proyectos de artículos en preparación trataran de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito y de las medidas pertinentes con cierta flexibilidad. Así, a fin de mejorar los proyectos de artículos y de proporcionar una base sólida para las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito, es menester conocer las dificultades que se han encontrado en la práctica para determinar la existencia de un hecho ilícito, así como la gran variedad de posibilidades a que pueden acogerse los Estados para encontrar una base común y definir las responsabilidades.

38. En segundo lugar, la jerarquización de las normas de derecho internacional a que ha procedido el Relator Especial le causa algún desconcierto. No alcanza a comprender la necesidad de categorizar principios de derecho internacional en normas primarias, normas secundarias y principios generales, y la relación entre estas categorías. Es preferible un criterio menos teórico y más formalista del tema a fin de apreciar los principios básicos de que se trata.

39. En relación con los argumentos aducidos por el Relator Especial en apoyo de un proyecto de artículo distinto sobre la cesación y, en particular, la necesidad de evitar que se ponga en peligro el orden internacional, comparte la preocupación del Relator Especial, pero opina que éste insiste demasiado sobre este aspecto de la cuestión. La cesación a veces plantea otros problemas; por ejemplo, un hecho considerado internacionalmente lícito en un momento dado puede no serlo en otro.

40. Para acelerar sus trabajos sobre la cuestión y cumplir la tarea que le ha sido confiada, la Comisión debe inspirarse en la labor ya realizada. El Relator Especial avanza indudablemente en esa dirección. Sin embargo, habría que evitar redactar los proyectos de artículos de manera que puedan suscitar problemas de interpretación. Estima, por ejemplo, que el Relator Especial insiste demasiado en el «carácter duradero o persistente» del hecho internacionalmente ilícito.

41. Como ha dicho antes, el Relator Especial tiene razón en querer tratar la cesación separadamente de las demás obligaciones dimanantes del hecho ilícito. Ahora bien, no habría ninguna dificultad tampoco en aceptar el método adoptado por el anterior Relator Especial. Se pregunta, sin embargo, si el concepto de cesación es completo y el apropiado para cada caso, ya que la cesación, si responde efectivamente a las consecuencias negativas de un hecho ilícito, puede que no responda tan bien a la necesidad de medidas positivas que origina el mismo hecho. Se pregunta asimismo si procede hacer de la cesación una norma previa a cualquier otro remedio jurídico. E incluso, ¿se puede siempre distinguir la cesación de esos otros remedios? Por último, esta norma, ¿se puede invocar en todos los casos? Desearía obtener aclaraciones sobre todos esos extremos.

42. Por lo que hace a la restitución en especie, de la que habría dos definiciones posibles, vale decir, la restitución pura y simple y la vuelta de *status quo ante* acompañado de una indemnización, opina que esos matices, pese a su interés, no son de primera importancia. Es preciso, evidentemente, restablecer en la medida de lo posible la situación que existía antes del hecho ilícito. Pero, en la realidad, puede ser difícil restablecerla completamente, y, siendo irrealizable la restitución propiamente dicha, la indemnización resulta ser siempre necesaria. Por otra parte, el Relator Especial, después de haber establecido el principio de la restitución y su primacía, somete su aplicación a determinadas condiciones, lo que origina cierta confusión. Cabe preguntarse si no habría que concebir el nuevo proyecto de artículo 7 de otra manera que no sea la de enunciar un principio absoluto, seguido de unas excepciones.

43. En cuanto a las limitaciones que el Relator Especial propone que se impongan a la restitución en especie, puede aceptar la imposibilidad material. Pero es más difícil aceptar otras excepciones sin aclaraciones y argumentos acompañados de ejemplos, tales como las imposibilidades «legales», en particular la relativa a la necesidad de no violar una obligación nacida de una norma de derecho internacional general —salvo que se trate realmente de una norma de *jus cogens* propiamente dicha, única norma «superior» a su juicio—, ni la relativa al carácter excesivamente oneroso de la restitución para el Estado autor. Igualmente, otras excepciones que se refieren a las circunstancias atenuantes requieren un cauteloso y cuidadoso tratamiento antes de que puedan ser aceptadas: piensa en aquellas que conciernen a la competencia nacional o al derecho interno o, en nombre del principio de la igualdad de los Estados ante el derecho, las referentes al sistema político, económico o social del Estado autor, aunque quizá sea posible tomar en consideración su nivel de desarrollo económico. La cosa es que el Estado que comete un acto internacionalmente ilícito tiene la obligación de reparar, de la que la restitución en especie es una de las posibles formas, y es ocioso enunciar la primacía de la obligación de restitución en especie si hay que acompañarla inmediatamente después de excepciones. Lo que se necesita es determinar las condiciones en que debe procederse a la restitución en especie, y sus modalidades.

44. El Sr. KOROMA da las gracias a su vez al Relator Especial por la calidad de su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), cuyo contenido convendría que conociera la Sexta Comisión de la Asamblea General.

45. Provisionalmente, y por razones de orden práctico, apoya la idea del Relator Especial de dedicar dos capítulos distintos en la segunda parte del proyecto a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, según que se trate de un delito o de un crimen. Queda en pie que esta cuestión merece más amplia reflexión y que más adelante habrá que estudiar si las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales difieren de las de los crímenes internacionales hasta el punto de que haya que tratarlas separadamente. Esta manera de actuar permitirá determinar los derechos y deberes de las partes en lo concerniente a las diversas formas de reparación y, de ser posible, la cesación del hecho internacionalmente ilícito, así como los medios que haya que utilizar para poner remedio a la violación original.

46. Ahora bien: hay situaciones que, aunque dan lugar a una responsabilidad internacional, no dimanan de un delito internacional ni de un crimen internacional; son, por ejemplo, los litigios territoriales o fronterizos. Sería conveniente, por lo tanto, que el Relator Especial hiciera extensivo su análisis a las situaciones que se sitúan en esta zona nebulosa, a fin de deslindar las consecuencias jurídicas a que pueden dar lugar.

47. Por lo que respecta a la propuesta del Relator Especial (*ibid.*, párr. 4) de distinguir los derechos y obligaciones de las partes en materia de cesación y reparación y de las medidas que hay que adoptar para lograr la cesación o la reparación, la considera lógica en esta fase, porque contribuirá a esclarecer el delicado problema de la determinación de las consecuencias jurídicas de fondo y las consecuencias jurídicas de forma o de procedimiento del hecho internacionalmente ilícito. Se trata de un aspecto importante, pues hay casos en que las cuestiones de procedimiento pueden ocultar cuestiones de fondo; así ocurre, por ejemplo, con la norma sobre el agotamiento de los recursos internos. De ese modo, la Comisión podrá hacerse una idea precisa del camino que toma.

48. No tiene una opinión definitiva sobre la cuestión de si la tercera parte del proyecto debe estar dedicada exclusivamente al arreglo pacífico de las controversias o incluir también el modo de «hacer efectiva» la responsabilidad; ambas soluciones tienen su fundamento.

49. A guisa de conclusión general, aprueba el esquema provisional propuesto por el Relator Especial para las partes segunda y tercera (*ibid.*, párr. 20) y está convencido de que éste sabrá responder a la urgencia de su tarea y a las expectativas de la comunidad internacional.

50. Pasando a considerar la cuestión de la cesación del hecho internacionalmente ilícito y de la restitución en especie como forma de reparación de la violación de una norma o una obligación internacional, conviene con el Relator Especial en que la cesación es la obligación de poner fin al comportamiento ilícito observado y de restablecer la función normativa de la norma primaria violada. Conviene asimismo en que la cesación no es estrictamente una forma de reparación, sino que deriva de la obligación primaria que incumbe a todo Estado de poner fin a un acto en virtud de la norma misma que le ha impuesto la obligación original que ha sido violada. Es porque la obligación de cesación a que está sujeto el Estado autor se concibe como una norma primaria por lo que la cesación debe figurar en los principios generales en el capítulo I de la segunda parte. Igualmente justificada está la idea de que la obligación de cesación no rige en caso de una violación de carácter continuo. En otras palabras, no faltan motivos para convertir la cesación en una forma de reparación distinta en caso de violación de una violación primaria, pero eso no significa que la cesación no pueda combinarse con otras formas de reparación. Es, por otra parte, lo que ha sucedido ya muchas veces, como han señalado el Relator Especial y los miembros de la Comisión.

51. Pasando al nuevo proyecto de artículo 6 de la segunda parte, señala que deberá ser modificado por el Relator Especial o por el Comité de Redacción si esa disposición tiende a constituir una «norma imperativa» —expresión que no se toma aquí en su sentido formal—. Cabría decir, por ejemplo, que todo Estado cuya acción u omisión constituye una violación del derecho internacional o de una obligación internacional está obligado, sin perjuicio de la

responsabilidad en que ya haya incurrido, a hacer que cese sin dilación esa acción o esa omisión. Por otra parte, el Relator Especial había pensado en un texto de esa índole, aunque renunció a él por los motivos que expone en su informe. A juicio del orador, se trata, en efecto, de subrayar que la obligación consiste en poner fin inmediatamente a la violación o al comportamiento ilícito y a salvaguardar la norma primaria más bien que hacer hincapié en el carácter continuo del hecho ilícito. En otras palabras, la cesación tiene por objeto poner fin de inmediato al hecho ilícito, tenga o no carácter continuo. Sin embargo, el texto propuesto por el Relator Especial no destaca suficientemente esa idea de urgencia. En cambio, la fórmula que sugiere el orador tendría la ventaja de prever la cesación inmediata del comportamiento ilícito y, por lo tanto, el restablecimiento de la norma primaria, dejando abierto el camino a la aplicación de la obligación secundaria nacida de la violación.

52. Por lo que hace al nuevo proyecto de artículo 7, existe una apreciable diferencia entre la restitución en derecho interno y la restitución en derecho internacional. En derecho interno, por ejemplo, en el *common law*, la demanda de restitución propiamente dicha no es equivalente a una demanda de indemnización de daños y perjuicios: no tiene por objeto reparar un perjuicio, sino privar al autor del perjuicio de una ventaja, es decir, tiende a colocar las dos partes en la situación en que se habrían encontrado si no hubiera habido contrato entre ellas. En derecho internacional, la *restitutio in integrum* parece tener como finalidad principal el restablecimiento del *status quo ante*. O dicho de otro modo, en derecho interno, por lo menos en el *common law*, la restitución tiene por efecto la falta de relaciones contractuales, mientras que en derecho internacional, como muestra el fallo de la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*<sup>5</sup>, tiende a borrar las consecuencias del hecho ilícito y a restablecer la situación que habría existido si no hubiera habido violación. A este respecto, dice que no comparte la observación de F. A. Mann citada por el Relator Especial (*ibid.*, nota 70): la reparación en especie no es «esencialmente desconocida en el *common law*», sino que simplemente apunta a otro objetivo.

53. Señala, por otra parte, que el Relator Especial ha optado por la función de la restitución tal como aparece en derecho internacional, pero suavizándola: no se debe exigir al Estado culpable que proceda a una restitución materialmente imposible o de carácter irreversible; no se puede decretar la sustitución cuando ésta entrañaría la violación de una norma de *jus cogens*; finalmente, la restitución no debe constituir una carga excesivamente onerosa para el Estado culpable ni ir contra su voluntad. Todas esas condiciones parecen ser aplicables, en particular, en caso de que el acto de que se trate concierna a concesiones o nacionalizaciones, supuestos en los que la parte lesionada no está facultada, salvo excepciones, a presentar una demanda de restitución, sino que la reparación consiste en la indemnización de daños y perjuicios. El Relator Especial tiene razón en adoptar esta posición porque, en realidad, la restitución como forma de reparación se invoca sobre todo en los casos en que es material o políticamente posible; ateniéndose a la práctica de los Estados, e incluso teniendo en cuenta el fallo dictado en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*, la restitución, no obstante los ejem-

<sup>5</sup> Fallo N.º 13 de 13 de septiembre de 1928 (fondo), *C.P.J.I.*, serie A, N.º 17.

plos citados por el Relator Especial en su informe (*ibid.*, nota 120), se considera normalmente como una simple cuestión previa a la evaluación de la indemnización pecuniaria. Con todo, opina que el Relator Especial, en el proyecto de artículo 7, ha logrado en conjunto un justo equilibrio.

54. Finalmente, le habría gustado que en un documento de este género, en el que las notas a pie de página son a veces más instructivas que el texto mismo, las notas figuren realmente al pie de la página y no al final del documento.

55. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión por sus observaciones. Juzga preferible recapitular el debate y responder a las cuestiones planteadas en el marco de su próximo segundo informe, que versará, en particular, sobre las otras formas de reparación, sus modalidades y su correlación con la cesación y la *restitutio in integrum*. Es sin duda cierto que los jueces no siempre distinguen entre cesación y restitución, restitución y compensación, compensación y satisfacción, satisfacción y garantías contra la repetición de la violación. Todas esas formas de reparación aparecen mutuamente relacionadas en algún momento y, en su segundo informe, el Relator Especial analizará los fallos judiciales que ilustran ese estado de cosas.

56. El PRESIDENTE, en respuesta a una pregunta formulada por el Sr. AL-KHASAWNEH y el Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, dice que, si se dispone de tiempo suficiente, los miembros de la Comisión que no hayan hecho todavía uso de la palabra sobre el tema podrán hacerlo antes del final del presente período de sesiones.

*Se levanta la sesión a las 13.15 horas.*

## 2106.ª SESIÓN

*Martes 23 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (*continuación*\*) [A/CN.4/

\* Reanudación de los trabajos de la 2102.ª sesión.

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

411<sup>2</sup>, A/CN.4/419 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 5 del programa]

### SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

#### ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra)<sup>4</sup> (*continuación*)

1. El PRESIDENTE dice que el Relator Especial ha preparado una lista indicativa de crímenes de guerra para su inclusión en el proyecto de artículo 13. La mayoría de los miembros de la Comisión que han hecho uso de la palabra en relación con este tema han expresado su preferencia por la segunda variante del artículo, y se ha señalado que la adición de una lista de crímenes contribuiría de manera importante a orientar la labor del Comité de Redacción.

2. Invita al Relator Especial a presentar el apartado *c* de la segunda variante del artículo 13 (A/CN.4/419 y Add.1), que dice:

*c)* Constituyen crímenes de guerra, en particular:

- i) los atentados graves contra las personas y los bienes y, en especial, el homicidio intencional, la tortura, la toma de rehenes, la deportación o el traslado de poblaciones civiles de un territorio ocupado, los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción o la apropiación de bienes no justificadas por las necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita o arbitraria;
- ii) el uso ilícito de medios y métodos de guerra y, en especial, de armas que, por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares, de armas de efectos incontrolados y de armas de destrucción en masa.

3. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que al elaborar la lista de crímenes en el apartado *c* ha tenido que optar entre varias posibilidades. Podía haber reproducido en su totalidad el artículo 85 del Protocolo I<sup>5</sup> adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que contiene una lista de todas las «infracciones graves», como núcleo de un primer apartado en el que se enumeraran los actos contra las personas y los bienes protegidos. En ese caso se habría dedicado un segundo apartado al uso ilícito de armas. Sin embargo, dadas las reservas formuladas por algunos Estados, el Relator Especial no ha considerado oportuno reproducir el artículo 85 en su totalidad. Además, algunos Estados no han aceptado los Protocolos adicionales I y II. Por consiguiente, la lista propuesta deriva de varias fuentes, entre ellas el Protocolo adicional I, la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado<sup>6</sup>, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>7</sup>, el proyecto de código de 1954 y las sugerencias formuladas por los miembros de la Comisión. La lista es meramente indicativa, y su función es la de un documento de trabajo. Como es natural, pueden añadirse o suprimirse crímenes.

4. En el inciso i) del apartado *c* se enumeran los atentados contra las personas o los bienes que gozan de protección con arreglo a las leyes de la guerra, aun en el caso de que

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2096.ª sesión, párr. 2.

<sup>5</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 11.

<sup>6</sup> *Ibid.*, nota 9.

<sup>7</sup> *Ibid.*, nota 7.

no estén mencionadas en el artículo 85 del Protocolo adicional I. Podría añadirse el calificativo «protegidos» a las palabras «las personas y los bienes», así como hacerse referencia al uso inadecuado de signos protectores.

5. En el inciso ii) del apartado *c* se hace referencia al uso ilícito de medios y métodos de guerra, noción tradicional ya utilizada en los Convenios de Ginebra y de La Haya. El Relator Especial no ha intentado incluir tipos concretos de armas, habida cuenta de la dificultad que plantea su definición. La Comisión tendrá que decidir si deben prohibirse expresamente algunas categorías de armas.

6. El Sr. BARBOZA señala que la lista del Relator Especial es básicamente la de su cuarto informe de 1986 (art. 13, segunda variante)<sup>8</sup>. La lista seguiría a los apartados *a* y *b* de la segunda variante actual y estaría precedida por «Constituyen, en particular, crímenes de guerra...». O sea, el texto del apartado *a* no cambiaría, y la palabra «graves» calificando las violaciones quedaría sin corchetes. El artículo tendría así una parte general y luego ejemplos concretos en una lista no exhaustiva. Habría por ende otras infracciones no pertenecientes a la lista que formarían parte del código, siempre que fueran «graves». La gravedad de esas infracciones, para merecer integrar el código, sería entonces apreciada por los jueces.

7. Al exponer en su séptimo informe (A/CN.4/419 y Add.1) las dos variantes del proyecto de artículo 13, el Relator Especial ha distinguido entre «infracciones» y «violaciones». Los crímenes en sí mismos son «infracciones», mientras que el término «violaciones» se utiliza para poner de relieve la diferencia entre la conducta exigida por la norma jurídica y la conducta que de hecho ha tenido lugar. El concepto de «gravedad» es igualmente diferente según se aplique a las «infracciones» o a las «violaciones»: una infracción como el homicidio es más grave que una infracción como el robo, porque es más importante proteger la vida humana que el patrimonio. Dentro de una misma infracción, hay violaciones que son más graves que otras, según la conducta real se aleje más de aquella requerida por la norma jurídica. Por ejemplo, si se comparan el homicidio común con el homicidio con circunstancias agravantes, o el robo de una gran suma de dinero con el robo de una suma pequeña. Cuando se habla de «gravedad» se quiere decir que sólo pertenecerán al código aquellos actos que por su trascendencia atacan contra la paz y la seguridad de la humanidad, porque tal es el objeto de su protección. Es fácil ver que la determinación de la gravedad de las violaciones es esencialmente una función judicial, mientras que la determinación de la gravedad de las infracciones es una función legislativa. Por consiguiente, sería mejor que en el artículo 13 se hiciera referencia no a las «violaciones», sino a las «infracciones». El apartado *a* podría entonces redactarse aproximadamente en la forma siguiente: «... son crímenes de guerra las siguientes infracciones de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados». Vendrían a continuación el actual apartado *b* y la lista de crímenes. La lista no debería ser indicativa, por lo que habría que omitir las palabras «en particular».

8. Se ha aducido que una definición general, seguida de ejemplos concretos, sería suficiente. Esa ha sido la fórmula utilizada para definir la agresión. No obstante, si un acto particular no figura en la lista, es fácil determinar si dicho

acto está comprendido en el ámbito de la definición general de la agresión. En contraste, la lista de crímenes de guerra propuesta no está precedida por definición general alguna, sino simplemente por una remisión a otros instrumentos internacionales o a la costumbre, que no dan una definición general de los crímenes de guerra, sino que establecen simplemente que ciertas conductas configuran específicos crímenes de guerra. Una definición de esa naturaleza no puede ser sustituida por una remisión a figuras penales específicas. Un tribunal que hubiera de determinar si una forma particular de conducta no comprendida en la lista es un crimen de guerra tendría que decidir por analogía con crímenes de parecida gravedad, lo que no es un enfoque admisible en un sistema liberal de derecho penal. Se ha dicho que el código debe ser elástico para abarcar todas las infracciones que puedan existir en el futuro. Los códigos penales nacionales, sin embargo, no definen todas las transgresiones posibles, ni pretenden abarcar las futuras a través de un razonamiento por analogía con las existentes, que está prohibido en el derecho penal. En cuanto a la «elasticidad» que se busca, no se pueden tener las ventajas de un código sin sus inconvenientes.

9. El orador estima que una lista exhaustiva no es necesariamente un problema insuperable. Después de todo, hay muy pocas probabilidades de que queden excluidas infracciones graves ya existentes, y las que se produjeran en el futuro estarían en gran medida reguladas por la costumbre —como ocurre actualmente— hasta el momento en que se acordara incluirlas en el código. La lista propuesta tiene un inconveniente que no se plantea en los Convenios de Ginebra de 1949: no especifica qué categorías de personas están protegidas. Puede, por ello, dar lugar a confusión, dado que la guerra se dirige inevitablemente contra personas y bienes, entendidos como objetivos militares. Los atentados graves contra las personas y los bienes y el homicidio intencional no pueden prohibirse a menos que se erradique la guerra misma. El Sr. Malek propuso una lista de crímenes de guerra en el 38.º período de sesiones, en 1986<sup>9</sup>; esa lista, en la que se hacía referencia a las personas protegidas, podría quizá utilizarse como base para la nueva.

10. El Sr. SHI dice que reconoce sin reservas que la elaboración de una lista exhaustiva de crímenes de guerra sería una tarea enormemente difícil, cuando no imposible. La lista propuesta por el Relator Especial en el apartado *c* es indicativa o ilustrativa, y fundamentalmente una versión levemente modificada de la que presentó en el cuarto informe en 1986.

11. En opinión del orador, los crímenes deberían exponerse en párrafos separados, por coherencia con el estilo de redacción utilizado para otras categorías de crímenes. En segundo lugar, el orador no está convencido de que la toma de rehenes en combate deba tipificarse como crimen de guerra. El artículo 6 *b* del estatuto del Tribunal de Nuremberg define como crimen de guerra el asesinato de rehenes, mas no la toma de rehenes. En tercer lugar, el concepto de «la deportación o el traslado de poblaciones civiles de un territorio ocupado» es demasiado impreciso. En el artículo 6 del estatuto de Nuremberg, el motivo de la deportación es un elemento importante del crimen. El traslado de poblaciones civiles para garantizar su seguridad durante las hostilidades no puede considerarse un crimen

<sup>8</sup> *Ibid.*, nota 4.

<sup>9</sup> *Anuario...* 1986, vol. I, pág. 101, 1958.ª sesión, párr. 6.

de guerra. Lo que prohíbe el estatuto de Nuremberg es la deportación para realizar trabajos en régimen de esclavitud o con propósitos análogos. Las palabras «la destrucción o la apropiación de bienes» deben, por su parte, sustituirse por las palabras «destrucción arbitraria» y «pillaje de bienes públicos o privados», en consonancia con el artículo 6 del estatuto de Nuremberg. Así se establece claramente que, según el presente código, lo que hace de la destrucción un crimen de guerra es su gravedad.

12. El inciso ii) del apartado c puede suprimirse. El uso ilícito de armas es una cuestión difícil de codificar. Además, está parcialmente regulado en convenios internacionales y será objeto de ulterior atención en las conferencias de desarme.

13. En opinión del orador, la lista de crímenes propuesta puede remitirse al Comité de Redacción.

14. El Sr. OGISO dice que comparte las dudas iniciales del Relator Especial sobre la inclusión de una lista de crímenes. Sigue opinando que una lista indicativa planteará necesariamente problemas. Por ejemplo, en el inciso ii) del apartado c se hace referencia al «uso ilícito de medios y métodos de guerra», lo que entraña determinar qué constituye «uso ilícito». Además, la referencia a los medios y métodos de guerra plantea la cuestión de las armas de destrucción en masa. Es evidente que la lista originará más dificultades de las que trata de resolver.

15. Sin embargo, en el caso de que se añada una lista a la definición de los crímenes de guerra en el proyecto de artículo 13, algunas cuestiones merecen un breve comentario. En primer lugar, en el inciso i) del apartado c no se hace referencia alguna a los atentados contra la población civil, lo que está previsto en el apartado a del párrafo 3 del artículo 85 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Aunque en el inciso i) del apartado c se hace referencia indirecta a la cuestión, es fundamental establecer expresamente la prohibición de atacar contra la población civil.

16. El mismo problema se plantea en el inciso ii) del apartado c en lo tocante al uso ilícito de armas de destrucción en masa. Se refiere a las armas que, «por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares»; sin embargo, un arma usada contra un objetivo militar puede también afectar a la población civil. Deben prohibirse expresamente las armas utilizadas para atacar y destruir ciudades enteras.

17. El orador señala que le ha llamado la atención la ausencia de toda referencia al maltrato o trato inhumano de los prisioneros de guerra. Es imprescindible introducir una referencia a esa transgresión, ya sea en el inciso i) del apartado c o en el inciso ii) del mismo párrafo, o quizá en un inciso independiente. El trato inhumano de los prisioneros de guerra, incluida la utilización de prisioneros de guerra para trabajos forzados, durante las hostilidades o después de ellas, debe, sin duda alguna, tipificarse como crimen de guerra.

18. Cabe preguntarse si la lista de crímenes ayudará a dar impulso a la labor sobre el tema objeto de debate. El Sr. Shi ha sugerido que se suprima el inciso ii) del apartado c, pero las disposiciones contenidas en dicho inciso son un elemento importante de los crímenes de guerra y constituyen un ejemplo de los progresos realizados desde el final de la segunda guerra mundial. Debe, por tanto, mantenerse, pese a lo cual el orador insta a la Comisión

ponderar prudentemente la inclusión de una lista detallada de crímenes de guerra.

19. El Sr. CALERO RODRIGUES agradece al Relator Especial que haya presentado una lista de crímenes de guerra atendiendo a los deseos de algunos miembros, pues dicha lista será útil no sólo para ellos, sino también para otros que, como el orador, no aprueban la idea de incluir una lista en el proyecto de artículo 13. Todos los miembros convienen, sin embargo, en que es prácticamente imposible elaborar una lista exhaustiva, en buena medida debido a los muchos instrumentos aplicables. Por ejemplo, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales a dichos Convenios regulan las infracciones graves que constituyen crímenes de guerra. La prohibición de algunas armas se deriva de un gran número de acuerdos internacionales, en algunos casos concertados hace más de un siglo. Evidentemente, podrían añadirse nuevos crímenes en consonancia con la evolución de la legislación internacional.

20. Todo ello conlleva una desventaja más de la lista de crímenes de guerra: ésta tendría el efecto de congelar el concepto de crimen de guerra en un momento particular de la historia, y habría que enmendarla cada vez que se declarara ilícito un nuevo acto. El Sr. Boutros-Ghali (2096.ª sesión) ha sugerido que la inclusión de una lista contribuiría de manera importante a movilizar la opinión pública mundial. Lo importante, sin embargo, es que una lista ilustrativa no tiene gran valor a efectos jurídicos, que son los que la Comisión debe tener fundamentalmente presentes. Las relaciones públicas son un asunto secundario.

21. Las dos variantes presentadas por el Relator Especial para el proyecto de artículo 13 sólo difieren en la forma; en la segunda se utiliza la expresión «conflicto armado» en lugar del término «guerra». El fondo de ambas disposiciones es idéntico. El adjetivo «grave» es aceptable porque corresponde a la distinción establecida en los Convenios de Ginebra entre infracciones comunes e «infracciones graves». El Sr. Barboza ha establecido, en su notable intervención, una distinción valiosa entre violaciones graves e infracciones graves.

22. Lo mejor sería que la Comisión se inspirara en los términos del artículo 147 del IV Convenio de Ginebra, importante disposición que ha citado en la 2099.ª sesión (párr. 48) y que ayudaría a la Comisión a resolver el problema que tiene actualmente ante sí. En los Convenios de Ginebra se establece una importante distinción entre infracciones graves y otras infracciones. Sobre esa base, en el artículo 147 del IV Convenio, así como en los artículos correspondientes de los demás convenios, se especifica que «las infracciones graves [...] son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes [...]». A continuación figura una lista exhaustiva de los actos de que se trata.

23. La lista de actos exhaustiva en el artículo 147 no es una lista de crímenes de guerra en sí, sino de actos que, relacionados con una conducta concreta, hacen de esa conducta una «infracción grave». Cabe señalar que en el artículo 147 se recurre con frecuencia al uso de términos como «intencional» e «ilegal». En el caso del homicidio intencional, se hace hincapié en el homicidio de una persona protegida, ya sea un prisionero o un civil, en tanto que violación de las leyes o usos de la guerra. Claramente, la expresión general «homicidio intencional» sólo es apli-

cable a la cuestión en la medida en que está calificada por las palabras «si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio».

24. El orador no se opone al mantenimiento o supresión del inciso ii) del apartado *c* de la lista propuesta por el Relator Especial, pero señala que se refiere al «uso ilícito» de determinados medios y métodos de guerra. Por consiguiente, la disposición engloba actos ya prohibidos por el derecho internacional existente. No se refiere al problema de la primera utilización de tales medios.

25. Como ha señalado acertadamente el Sr. Barboza, el proyecto de artículo 13 no contiene una verdadera definición de los crímenes de guerra, sino sólo una indicación. Naturalmente, sólo las violaciones graves pueden constituir crímenes de guerra.

26. El orador sugiere que el artículo 13 se ajuste al esquema siguiente: en primer lugar, el apartado *a* de la segunda variante propuesta por el Relator Especial; en segundo lugar, si se considera oportuno, un párrafo en consonancia con el apartado *b* de la segunda variante, aunque la disposición no es esencial, dado que expresa meramente un hecho de por sí evidente. Seguiría a esos párrafos un nuevo apartado *c* del siguiente tenor: «a los efectos del apartado *c supra*, son violaciones graves las que implican uno cualquiera de los actos siguientes...», seguido de la lista de actos del artículo 147 del IV Convenio de Ginebra. De esa forma se combinaría el enfoque propuesto por el Sr. Barboza con el sistema utilizado en los Convenios de Ginebra.

27. Es evidente que la Comisión tendrá dificultades para llegar a un acuerdo incluso sobre una lista indicativa. También se plantearán problemas terminológicos. Por ejemplo, la lista actualmente objeto de debate utiliza, en el texto inglés, la expresión «intentional homicide», que es, evidentemente, traducción del original francés «homicide intentionnel». Sin embargo, la expresión utilizada en el texto oficial inglés de los Convenios de Ginebra es «wilful killing». Ese tipo de diferencias no dejará de plantear dificultades.

28. El Sr. FRANCIS dice que le ha impresionado la intervención del Sr. Barboza, que ha demostrado la evidente necesidad de una lista, aunque sólo sea porque de otra forma el código no podría ser aplicado eficazmente por los tribunales nacionales. Si la aplicación del código correspondiera a un tribunal internacional, no haría falta una lista ilustrativa de crímenes de guerra. Los tribunales nacionales, por su parte, necesitan orientación, por estar poco familiarizados con el derecho internacional. El orador apoya también firmemente la petición del Sr. Barboza de que se formule una definición.

29. Propone, por último, que el tráfico de estupefacientes se tipifique como uno de los crímenes contra la humanidad que son objeto del proyecto de artículo 14. Esta cuestión ya fue planteada en 1985 por el Sr. Reuter, eminente autoridad en los instrumentos internacionales relativos al control de los narcóticos y la lucha contra el tráfico de estupefacientes.

30. El PRESIDENTE sugiere que la propuesta se formule al finalizar el actual debate.

31. El Sr. BARSEGOV dice que, evidentemente, no es nada fácil elaborar una lista precisa de crímenes de guerra, pese a lo cual dicha lista es absolutamente necesaria. Por

tanto, debe iniciarse la labor al respecto. El Relator Especial ha hecho una gran aportación a ella al presentar el apartado *c* del proyecto de artículo 13, que constituye una buena base para que la Comisión considere las cuestiones pertinentes, sobre las cuales, como ha demostrado el debate, habrá sin duda opiniones divergentes.

32. En lo tocante al propósito de la lista, se ha interpretado, en virtud de algunas de las declaraciones formuladas en el curso del debate, que dicha lista sólo tendrá valor como forma de influir en la opinión pública y que carece de significado jurídico. El orador no comparte esa opinión. La Comisión debe tener muy presente la función preventiva de las normas, que es uno de los fundamentos del derecho y la justicia.

33. Evidentemente, la lista propuesta por el Relator Especial puede mejorarse. El Comité de Redacción, a la luz de las deliberaciones de la Comisión, la modificará e introducirá adiciones. Llevado de ese espíritu constructivo, el orador desea hacer algunas observaciones.

34. En anteriores intervenciones, el orador ha manifestado su preferencia por una definición precisa con una lista lo más amplia posible de los actos que constituyen crímenes de guerra con arreglo al código. En su opinión, ese enfoque es requisito previo para el éxito y la eficacia del código. Probablemente, muchos miembros están de acuerdo con él. Las dificultades que la cuestión conlleva, y a las que el Relator Especial ha hecho referencia, se derivan de los complejos problemas políticos conexos. Cabe preguntarse, por tanto, qué medidas debe tomar la Comisión. Naturalmente, ésta podría hacer caso omiso de los citados problemas y abandonar la idea de elaborar una lista, o formular una lista que constituyera reflejo de las condiciones que imperaban a finales del siglo XIX y a principios del XX, cuando los principales problemas eran evitar que se utilizaran armas como las balas explosivas, que causaban sufrimientos innecesarios, y otras cuestiones análogas. El mundo actual tiene que hacer frente a problemas completamente distintos. Se han desarrollado nuevos métodos de guerra y se han creado armas de destrucción en masa. Concretamente, muchos juristas estiman que el uso de armas nucleares no es sólo un crimen de guerra, sino también una forma de genocidio. Con las armas de destrucción en masa actualmente disponibles, es posible acabar con la humanidad entera. En la literatura jurídica especializada han aparecido términos como «genocidio tecnológico» y «omnicidio». Con ayuda de la tecnología, esos crímenes pueden cometerse «de guante blanco».

35. La inclusión del uso de armas nucleares en la lista de crímenes ha figurado en el programa desde hace muchos años. La dificultad, sin embargo, es decidir si sólo debe tipificarse como crimen el primer uso, considerándose la respuesta como una manifestación de legítima defensa, o si debe prohibirse todo uso de armas nucleares. Los miembros de la Comisión están familiarizados con los argumentos a favor y en contra de esas posiciones, y el hecho es que la Comisión no ha zanjado la cuestión. El Relator Especial ha señalado que la palabra «primer» podría figurar entre corchetes, dejando así la cuestión abierta, pero ello, según el Relator Especial, prolongaría el debate indefinidamente e impediría la aprobación del código. Por consiguiente, el Relator Especial ha sugerido una fórmula más amplia que abarque todas las armas de destrucción en masa que afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares. Se trata de un enfoque diplo-

mático al que es difícil objetar, pues permitiría salir del punto muerto y progresar en el trabajo. Su inconveniente es que le falta concreción y podría originar controversias sobre lo que constituye «uso ilícito» de las armas citadas. Muchos considerarán que la utilización de un arma como represalia no es ilícita. Sin embargo, entonces habría que determinar si el primer uso era lícito, lo que entrañaría volver a la cuestión inicial.

36. Lo más importante no son las posibles diferencias *post facto*, como por ejemplo una vez que se ha utilizado un arma nuclear, sino el hecho de que al no tipificarse el uso de dichas armas como acto ilícito con arreglo al código, la función preventiva de éste se debilitaría. Sin duda, el Relator Especial habría preferido una redacción más específica que sirviera para evitar los crímenes objeto de debate, pero ha adoptado un criterio realista, teniendo en cuenta los resultados de muchos años de deliberaciones sobre la cuestión.

37. Sin embargo, los tiempos han cambiado, y las nuevas formas de pensar calan cada vez más hondo en esferas de las relaciones internacionales donde antes no parecía haber perspectivas de mejora. Anteriormente, al abordar estas cuestiones, los Estados, y también los tratadistas y los especialistas en derecho, trabajaban sobre un trasfondo de sospechas y desconfianza; actualmente, la confianza está sustituyendo, cada vez más marcadamente, a la sospecha y la desconfianza. Hoy en día ninguna persona sensata consideraría razonable el uso de armas nucleares. Es necesario abordar la cuestión desde esa perspectiva y adoptar el punto de vista más amplio posible.

38. En el caso de que algunos miembros estimen que la fórmula del «primer uso» es un obstáculo para proscribir el uso de armas nucleares y tipificarlo como transgresión punible con arreglo al código, el orador, en consonancia con el espíritu de creciente confianza, sugiere que se incluya en la lista el uso de armas nucleares sin restringirlo a la noción del primer uso. De esa forma, la Comisión estaría tomando medidas prácticas en interés de la humanidad y del fortalecimiento de la paz y la seguridad. El orador no olvida que existen cuestiones de importancia política que no pueden ser resueltas definitivamente por la Comisión, y que hay que tener en cuenta los resultados de las negociaciones sobre desarme. Sin embargo, opina que, tanto en esa esfera como en otras de la labor de la Comisión, nada impide que los miembros propongan innovaciones, siempre que éstas tengan por objeto fortalecer el derecho, el orden jurídico y la paz.

39. Además de esos puntos, el orador desea plantear también algunas cuestiones relativas a la aplicabilidad de normas restrictivas o prohibitivas a los movimientos anti-coloniales y de liberación nacional. La humanización de las leyes de la guerra no debe ser privilegio exclusivo de las guerras entre Estados. Es inaceptable restringir la aplicación del código a los territorios ocupados, excluyendo toda referencia, por ejemplo, a la naturaleza criminal del trato inhumano de civiles, su deportación o la destrucción de sus bienes en territorios donde viven pueblos sometidos a dominación colonial u otras formas de dominación extranjera.

40. El orador conviene en que el texto propuesto por el Relator Especial debe remitirse al Comité de Redacción, junto con las observaciones formuladas durante el debate.

41. El Sr. McCAFFREY dice que la cuestión objeto de debate ha de analizarse a la luz del método que se adopte

para la aplicación del código. Si se prevé que el código sea aplicado por un tribunal penal internacional, una definición general no plantearía dificultad alguna, pues dicho tribunal tendría experiencia suficiente para aplicarla, y sus decisiones serían coherentes. Sin embargo, no es probable que las decisiones de los tribunales nacionales, que pueden no estar familiarizados con el derecho internacional y, en particular, con las leyes y usos de la guerra, sean lo bastante coherentes para el desarrollo de una base jurídica que permita la interpretación y aplicación uniformes del código.

42. Se ha dicho que el código será aplicado e interpretado más frecuentemente por tribunales nacionales que por un tribunal penal internacional. Esto, de ser cierto, constituye motivo de grave preocupación, por las razones ya aducidas en el pasado. Sin un tribunal concreto al que los Estados partes puedan conferir autoridad para tomar decisiones relativas a cualquier violación de las disposiciones del código no será posible conocer con seguridad la forma en que dichas disposiciones, incluidas las relativas a los crímenes de guerra, se interpretarán y aplicarán.

43. En opinión del orador, intentar elaborar una lista de crímenes de guerra es como abrir la caja de Pandora. Se trata de una esfera muy especializada en la que es obligado contar con el asesoramiento de expertos en las prácticas bélicas actuales. Para elaborar una lista indicativa, la Comisión tendrá que hacer frente a dos problemas; el primero es la medida en que dicha lista se desvíe de los Convenios de Ginebra de 1949, que son los más universalmente aceptados de todos los instrumentos internacionales. Desviarse de ellos podría proyectar dudas sobre su validez, y es altamente improbable que la Comisión tenga intención de hacer tal cosa. El otro problema es que, de decidir la Comisión elaborar una lista innovadora, en lugar de remitirse meramente a los Convenios, habrá que dedicar tiempo y recursos considerables a actualizar éstos a la luz de las técnicas modernas de guerra.

44. Por consiguiente, el orador, como el Sr. Ogiso y otros miembros, no es partidario de que se intente elaborar una lista. Reconoce que su posición es algo ambigua, pues también cree que de no existir una lista, y siempre que la aplicación sea competencia de los tribunales nacionales, podría crearse una situación peligrosa. No obstante, si se elabora una lista, ésta jamás podrá ser exhaustiva; la Comisión no tiene los recursos necesarios, e incluso si los tuviera, lo probable es que la lista resultara anticuada cuando el código entrara en vigor.

45. El texto propuesto para el apartado c pone de manifiesto las dificultades que conlleva la compilación de una lista de crímenes de guerra. Se ha sugerido, por ejemplo, que se inserte la palabra «protegidas» tras la palabra «personas». Si con ello se hace referencia a la protección derivada de las normas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, probablemente sería necesario decirlo expresamente. Otra posibilidad sería definir los términos «persona protegida» y «bienes». Como también se ha señalado acertadamente, la expresión «intentional homicide», en el texto inglés, ha sido objeto de varios cambios en sus diversas traducciones. La frase «la deportación o el traslado de poblaciones civiles de un territorio ocupado» del inciso i) debe examinarse con cuidado, sin olvidar que ese crimen concreto está limitado en varias formas por las disposiciones de los Convenios de Gine-



bra, y que debe hacerse alguna referencia al motivo de la deportación. La expresión «tratos inhumanos», por su parte, puede dar lugar a diferentes interpretaciones. Por último, el significado preciso de la expresión «apropiación de bienes» plantea muchos problemas; el orador estima que la Comisión debería haber centrado su atención no tanto en la apropiación como en la destrucción de bienes.

46. También plantea dificultades el hecho de que la lista vaya más allá que los Convenios de Ginebra. De hecho, el código mismo no reproduce los términos de los Convenios, sino que trata de determinar violaciones de los Convenios que podrían amenazar y poner en peligro la paz y la seguridad de la humanidad. El orador estima que la cuestión del primer uso de armas nucleares es intrínsecamente política, por lo que en la práctica será inútil abordarla. Por el contrario, merece atención, y un análisis más detenido, la sugerencia de que la Comisión trate de determinar infracciones graves en el contexto de los Convenios de Ginebra.

47. Por todas esas razones, el orador duda mucho de que convenga remitir la lista al Comité de Redacción. Es partidario de una definición más general, para lo que podría buscarse inspiración en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos, sobre responsabilidad de los Estados<sup>10</sup>. Una definición de esa naturaleza podría quizá vincularse a los Convenios de Ginebra, con objeto de orientar de alguna manera a los tribunales nacionales que tengan que aplicar el código. En principio, el orador sugeriría, a reserva de su ulterior consideración, un texto como el siguiente: «Para los efectos del presente código, se entiende por crimen de guerra toda infracción grave y en gran escala de las leyes y usos de la guerra»; quizá debería seguir a ese texto una definición, en consonancia con la propuesta por el Sr. Calero Rodrigues (párr. 26 *supra*), de lo que constituye una infracción grave.

48. El Sr. KOROMA agradece al Relator Especial su rápida respuesta a la solicitud de la Comisión de que se elabore una lista, aunque sea indicativa, de crímenes de guerra. La complejidad del problema es proporcional a su importancia, que es tan grande como la del proyecto de código en su conjunto. Conviene con el Sr. McCaffrey en que se necesitarán tiempo y asesoramiento especializado para cumplir la labor satisfactoriamente, en especial dado el desarrollo reciente de la tecnología del armamento.

49. En comparación con la lista de crímenes establecida en los Principios de Nuremberg<sup>11</sup>, por ejemplo, la lista que la Comisión tiene ante sí es ciertamente breve. Habida cuenta del enfoque riguroso que se espera de la Comisión, no deben escatimarse esfuerzos para buscar el mayor número posible de fuentes pertinentes, además, naturalmente, de los Convenios de Ginebra de 1949, con objeto de presentar a la comunidad internacional una lista, si no exhaustiva, al menos muy bien fundamentada.

50. No debe olvidarse que los crímenes de guerra de que se trata pueden ser cometidos tanto por soldados sobre el terreno como por civiles, y que en lo tocante a la labor sobre el proyecto de código la Comisión ha decidido circunscribir su atención a la responsabilidad penal del individuo y excluir la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. Desde el punto de vista formal, quizá sea

preferible sustituir en la cláusula preliminar del apartado c las palabras «en particular» por las palabras «entre otras cosas», porque el texto actual puede muy bien dar la impresión de que los crímenes enumerados son los tipos más graves de crímenes de guerra, lo que no es el objetivo del proyecto.

51. La cuestión de la gravedad, aunque se ha examinado detenidamente, sigue siendo de importancia crucial, habida cuenta de la posibilidad de que un tribunal nacional o internacional incoe un procedimiento penal por crímenes de guerra. Introducir el criterio de la gravedad entrañaría quizá introducir un elemento de subjetividad: por ejemplo, un Estado estaría en posición de decidir por sí mismo si un crimen dado era lo suficientemente grave como para justificar un procesamiento. El orador sigue creyendo que cualquier individuo, militar o civil, que cometa un acto contrario a las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados debe ser sancionable como criminal de guerra. Ese postulado excluye el criterio de la gravedad. El Sr. Barboza ha dicho que la gravedad se refiere no al acto mismo, sino a la desviación de la norma de derecho internacional. No obstante, el orador estima que el acto mismo constituye la desviación que viola el derecho internacional, por lo que considera excesivamente sutil la distinción entre el acto y la desviación. Después de todo, en el derecho penal, por ejemplo, un robo siempre es un robo, cualquiera que sea la escala de la transgresión, y el infractor es sancionable con arreglo a ese criterio. El enfoque más satisfactorio quizá sea, como ha sugerido el Sr. Calero Rodrigues (párr. 26 *supra*), dar una definición general y especificar los actos considerados crímenes de guerra en el código. La definición misma, sin embargo, no debe establecer que una violación ha de ser «grave» para tipificarse como crimen de guerra.

52. El inciso i) del apartado c, en el texto inglés, se refiere al «intentional homicide», término no muy feliz que debería sustituirse por «wilful killing». No es necesario, sin embargo, dedicar mucho tiempo a esa cuestión, que es un problema de redacción, como también lo es la útil sugerencia ya formulada de que cada acto sea objeto de un párrafo independiente.

53. El orador no es partidario de abordar la cuestión del primer uso de las armas nucleares, que considera muy polémica. Aunque en la comunidad internacional hay una importante corriente de opinión que sostiene que el primer uso de armas nucleares sería el más grave de los crímenes, la Comisión no es el foro más adecuado para examinar esas cuestiones. No obstante, en opinión del orador, el inciso ii) del apartado c abarca con carácter general el uso de las armas prohibidas en virtud de varios instrumentos internacionales pertinentes. Debe entenderse que se refiere, entre otras cosas, a proyectiles prohibidos, como los que contienen gases asfixiantes, a las armas bacteriológicas y al bombardeo de ciudades y pueblos no defendidos.

54. Por último, el orador se pregunta si la Comisión no debería ampliar el alcance del inciso i) del apartado c de forma que englobe experimentos que no son de naturaleza estrictamente biológica. Para hacerlo, sin embargo, tendría que solicitar ayuda técnica de especialistas externos.

55. El Sr. BEESLEY agradece al Relator Especial que haya tenido en cuenta puntos de vista que no necesariamente comparte. La Comisión debería adoptar un enfoque análogo para tratar un tema de tan gran importancia como

<sup>10</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 19.

<sup>11</sup> *Ibid.*, nota 14.



el que actualmente se debate, y en particular para remitir textos al Comité de Redacción

56 Al presentar textos a la consideración de la Sexta Comisión de la Asamblea General o para su estudio por la comunidad internacional de Estados quizá sea mejor ofrecer algunas opciones, pues siempre se corre el peligro de desviarse de la función legislativa a la función cuasi judicial. En anteriores trabajos en la esfera de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, como los que condujeron a la Definición de la agresión de 1974<sup>12</sup> o 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<sup>13</sup>, quedó claramente trazado cuál era el órgano de las Naciones Unidas para la función legislativa y cuál era el órgano de las Naciones Unidas para la función cuasi judicial o judicial. No es ése el caso del proyecto del código, por lo que la Comisión tiene que tener constantemente presente qué tribunal habra de aplicarlo.

57 Aunque puede aducirse que es muy peligroso dejar la aplicación de una lista de crímenes no exhaustiva al arbitrio de los tribunales nacionales, igualmente peligroso es presentar a los tribunales nacionales una definición demasiado general o genérica de los crímenes de guerra. La complejidad y amplitud de la gama de las cuestiones planteadas —como la intención dolosa, la presunción de inocencia y la extradición— son tales, que la labor de la Comisión sería estéril si no se recibiera alguna orientación de la comunidad internacional. No debería corresponder a la Comisión decidir la forma en que debe aplicarse el código.

58 Al mismo tiempo, se está más cerca de lograr un consenso sobre el alcance del proyecto de código. Se ha acordado que regula las relaciones entre Estados e individuos y no entre los Estados mismos, y que su función principal, como ha señalado el Sr. Barsegov, es de carácter preventivo.

59 En lo tocante a la cuestión de la gravedad, el orador opina que la misma inclusión de un crimen en el proyecto de código entraña que dicho crimen es lo bastante grave como para justificar un procesamiento. Se trata, sin embargo, de una cuestión de carácter más judicial que legislativo. En ese sentido, está de acuerdo con lo señalado por el Sr. Barboza y el Sr. Calero Rodríguez, especialmente en lo relativo a la importancia de los Convenios de Ginebra de 1949 en general, y del artículo 147 del IV Convenio en particular, como criterios orientadores para la solución de los problemas planteados por el criterio de la gravedad.

60 Aunque las dificultades propias de una lista de crímenes indicativa se ponen claramente de manifiesto en la propuesta por el Relator Especial en el apartado c, lo único verdaderamente importante es determinar si se ha omitido algún crimen especialmente grave. El uso de armas químicas podría haberse mencionado expresamente, pero no parece que tenga mucho sentido prolongar el debate una vez alcanzado un acuerdo sobre el principio básico de una lista no exhaustiva.

61 La Comisión está avanzando en su labor, pese a las dificultades que afronta y a la necesidad de contar con asesoramiento especializado. Quizás sea prematuro remitir el texto propuesto al Comité de Redacción si se debe incluir una lista, pero el orador no se opone a ello y espera que haya tiempo suficiente para evaluar los resultados antes de someter las propuestas de la CDI a la consideración de la Sexta Comisión.

62 El Sr. YANKOV dice que desea sumarse a las expresiones de gratitud al Relator Especial por la lista que ha presentado en el apartado c. En su opinión, la Comisión tiene ahora que decidir si una lista complementada por una definición general es viable, y, de serlo, determinar la forma en que han de combinarse los elementos generales y específicos.

63 La definición debería contener más elementos constitutivos. Las violaciones graves concretas no deberían considerarse ejemplos de actos criminales, sino componentes esenciales de la noción jurídica del crimen de guerra como violación de las normas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados. Ese enfoque quizá parezca poco realista, pero el orador lo considera sólido, tanto por su analogía con el derecho penal local como debido al hecho de que todo tribunal debe disponer de normas básicas que se remitan no sólo a una lista indicativa, sino también a una definición jurídica del crimen de guerra consagrada en el código mismo. Para establecer esa definición vale la pena estudiar cuidadosamente las fuentes derivadas de los Principios de Nuremberg<sup>14</sup> y los Convenios de Ginebra de 1949, cuya validez perdura.

64 Quizá convenga incorporar una cláusula de salvaguardia en la que se establezca que cualquier otra violación grave de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados debe considerarse englobada en la definición, sin embargo, la definición misma debe contener todos los elementos esenciales del concepto jurídico del crimen de guerra.

65 La lista propuesta por el Relator Especial es una base útil para el debate, pero ha de ser objeto de estudio más detenido. En particular, la referencia a las personas protegidas debe incluir expresamente tanto a los combatientes como a los no combatientes. También deben incluirse la deportación y la destrucción de ciudades y pueblos no defendidos, en consonancia con el estatuto del Tribunal de Nuremberg, así como una referencia a los medios y métodos de guerra prohibidos. Aunque al parecer hay diferencias de opinión en lo tocante a las armas de destrucción en masa, el orador estima que el concepto jurídico y moral moderno de las armas de destrucción en masa debe reflejarse expresamente en el texto mediante una referencia a las «armas nucleares y otras armas de destrucción en masa». La cuestión tiene consecuencias políticas, pero el orador cree que la inclusión expresa de las armas nucleares es importante tanto por ser realista como por cumplir una función preventiva.

66 Por último, el orador estima que el texto propuesto por el Relator Especial, junto con las sugerencias formuladas en el curso del debate, deben remitirse al Comité de Redacción para su consideración.

*Se levanta la sesión a las 13 05 horas*

<sup>12</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974, anexo.

<sup>13</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

<sup>14</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 14.

## 2107.ª SESIÓN

Miércoles 24 de mayo de 1989, a las 10 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación) [A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 5 del programa]

#### SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

#### ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra)<sup>4</sup> (conclusión)

1. El Sr. Sreenivasa RAO dice que, no habiendo podido tomar parte en el debate general, hará algunas observaciones sobre la cuestión de los crímenes de guerra antes de referirse a la lista de crímenes propuesta por el Relator Especial en el apartado c.
2. En primer lugar, la Comisión podría tomar la expresión «crimen de guerra» en su acepción técnica y explicar en el comentario que esta fórmula puede designar todo conflicto armado, independientemente de que sea considerado o no como una «guerra» en el sentido tradicional del término. Habría que recordar igualmente, como ha dicho el Sr. Solari Tudela (2100.ª sesión), que la guerra en tanto que instrumento de políticas nacionales y en tanto que institución jurídica está prohibida por el derecho consuetudinario y en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.
3. En segundo lugar, el código no debería prever más que los crímenes «graves», según ha decidido ya la Comisión, pero podría también aplicarse, como han sugerido algunos miembros, a los crímenes que pueden ser calificados de graves por razón de sus consecuencias para la paz y la seguridad de la humanidad, aun cuando el acto criminal no entrañe en sí consecuencias graves inmediatas.
4. En tercer lugar, el código debería contener una lista de los crímenes de guerra, lista que se establecería a partir de los instrumentos aplicables al derecho de los conflictos armados internacionales, como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, pero teniendo

en cuenta de todos modos las opiniones y los intereses de la mayoría de los Estados, a fin de que esta lista pueda recibir la adhesión más amplia posible.

5. En cuarto lugar, una lista de esta naturaleza es indispensable para alcanzar el objetivo disuasorio del código, aun cuando sea difícil de establecer, aun cuando deba ser lo bastante flexible para que pueda extenderse ulteriormente a ciertos actos que la comunidad internacional considere ilícitos, y aunque se reconozca que nunca podrá ser completa y definitiva. Por eso el Sr. Sreenivasa Rao aceptaría una definición general de los crímenes de guerra, seguida de una lista introducida por las palabras «entre otros» en lugar de «en particular», de modo que se evite toda idea de gradación. Hay que señalar a este propósito que el texto de la segunda variante del proyecto de artículo 13 no puede ir seguido de una lista de crímenes, pues no contiene una definición: se contenta con remitir a los diversos instrumentos internacionales, y no hace más que enunciar la evidencia. Ahora bien, el código, para que tenga cierto valor en cuanto instrumento jurídico, debe bastarse a sí mismo en toda la medida de lo posible.

6. Refiriéndose a la lista de los crímenes de guerra propuesta en el apartado c, el Sr. Sreenivasa Rao considera también que habría que reemplazar, en el texto inglés, la expresión «intentional homicide» por la de «wilful killing», y que sería conveniente inspirarse en los actos enumerados en el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra<sup>5</sup> para la calificación de las «infracciones graves», aunque el Relator Especial prefiera emplear la expresión «violación grave». También habría que analizar con cuidado la enumeración que se hace en el inciso i) del apartado c, habida cuenta de los instrumentos internacionales aplicables, con objeto de actualizar esos textos y de reflejar lo más fielmente posible el consenso internacional. Esta tarea podría confiarse al Comité de Redacción. Asimismo, la doctrina de las necesidades militares debería ser objeto de un examen a fondo por parte de la Comisión, no sólo cuando se aplica a la apropiación de bienes, sino también cuando se aduce para justificar destrucciones u otros actos que de otro modo podrían considerarse como «crímenes» que entrañan daños y perjuicios excesivos y sufrimientos inútiles. Habría que revisar esta noción inspirándose en la nueva realidad de los sentimientos humanitarios y en el tenor del propio código. Esta misma observación se aplica al concepto de sufrimientos, ante todo porque hay medios y métodos de combate que pueden causar no solamente «sufrimientos» inmediatos, excesivos e inútiles a los combatientes, sino también daños duraderos al medio y a los recursos naturales, y además porque estos «sufrimientos» pueden extenderse a lo largo de cierto período, o no aparecer sino al final de un determinado período. Se trata de otros tantos elementos que podrían servir de criterio para determinar si un acto que causa grandes sufrimientos puede constituir o no un crimen de guerra.

7. Si bien es cierto que la Comisión no tiene que rehacer el derecho humanitario internacional y debe dedicarse esencialmente al trabajo de codificación, no por ello debe titubear antes de emprender un análisis creador de las tendencias y las aspiraciones actuales de la comunidad internacional. Al fin y al cabo, la Comisión tiene también el mandato de fomentar el desarrollo progresivo del derecho internacional, y faltaría a su deber si no procediera al

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véanse 2096.ª sesión, párr. 2, y 2106.ª sesión, párr. 2.

<sup>5</sup> Véase 2099.ª sesión, nota 21.

reexamen que es indispensable de los conceptos de «necesidades militares» y de «sufrimientos».

8. Por lo que se refiere al inciso ii) del apartado c, el Sr. Sreenivasa Rao considera a primera vista, como otros miembros, que habría que hacer una disposición distinta del inciso i) del apartado c. En efecto, los crímenes enumerados en el inciso ii) pertenecen a una categoría particular. Optando en este punto delicado por el camino de la prudencia, el Relator Especial ha redactado esta disposición en términos generales, si bien también habría podido referirse a las armas nucleares, químicas y bacteriológicas, cuyo empleo, como es sabido, tiene precisamente las consecuencias que aquí se describen. Por su parte, el Sr. Sreenivasa Rao estaría dispuesto a aceptar esta disposición si fuese aprobada por la mayoría de los miembros y tropezara con menos resistencia por parte de los que son contrarios a una mención expresa de las armas nucleares, químicas y bacteriológicas.

9. De todos modos, se plantea aquí una cuestión grave, que la Comisión no puede eludir sin correr el riesgo de que se la acuse de practicar la política del avestruz: se trata de la legalidad del empleo de las armas nucleares y de las otras armas de destrucción en masa. Sin duda se trata de una cuestión eminentemente política. Pero es innegable que reviste una dimensión jurídica, como lo demuestra una parte importante de la doctrina que le ha dedicado análisis profundos desde diversos ángulos: la aplicación e interpretación de las normas aplicables en los conflictos armados, el derecho humanitario, la supervivencia de la humanidad, el genocidio, la analogía con los gases tóxicos y con las armas bacteriológicas o armas que causan sufrimientos inútiles, indiscriminados y desproporcionados, los efectos duraderos en el medio ambiente, etc. Según el Sr. Sreenivasa Rao, sería legítimo ver en el empleo del arma nuclear no sólo un crimen de guerra, sino también un crimen contra la humanidad y un crimen contra la paz. La Comisión podría incluso establecerlo como crimen perteneciente a las tres categorías en vez de catalogarlo dentro de una de ellas. Por otra parte, el Sr. Sreenivasa Rao se une a los miembros de la Comisión que han insistido ya en que la Comisión se valga de la ocasión para abordar este grave tema, aprovechando el nuevo clima de comprensión y de confianza entre los Estados, la sensibilidad de la opinión pública internacional ante los peligros de accidentes nucleares —y, con mayor razón, ante los cataclismos que engendraría una guerra nuclear— y su profundo deseo de vivir en un mundo libre de armas nucleares. La antigua doctrina de la guerra nuclear limitada ha cambiado radicalmente, y la opinión pública ejerce hoy presiones sobre los dirigentes para que la abandonen. Es menester que la fabricación de armas nucleares, en tanto que instrumentos legítimos de la política nacional de defensa, sea sustituida por la prohibición de la fabricación y el empleo de esas armas y la destrucción de las que están almacenadas. Hay que evitar las catástrofes nucleares suprimiendo toda posibilidad de empleo intencional de armas nucleares y suprimiendo igualmente todo riesgo de explosión accidental gracias a la prohibición del desplazamiento de las armas nucleares a través del mundo. Los dirigentes mundiales tienen conciencia de estos imperativos. La Comisión, que ha de dar cuenta de su acción a la comunidad internacional, debe hacerse eco también de este nuevo desafío.

10. El Sr. HAYES da las gracias al Relator Especial por haber hecho lo imposible por presentar en tan poco tiempo una lista de crímenes de guerra bien redactada. El mismo es uno de los miembros que han impuesto esta tarea diciendo que el código debía suponer algo más que la definición general de los crímenes de guerra enunciada en el proyecto de artículo 13 —que por otra parte ni siquiera es una definición *stricto sensu*—. Deben darse directrices más precisas a los tribunales, cualesquiera que sean, que estén llamados a conocer de los crímenes de guerra previstos en el código, a fin de que éste sea aplicado de modo uniforme.

11. Los miembros ya han expresado su preocupación por la posibilidad de una gran variación en las interpretaciones de los tribunales nacionales con diferentes formaciones y por los jueces cuyas experiencias difieran profundamente, lo que llevaría a inconsistencias en la aplicación del código y a su consiguiente disminución. Incluso dentro del marco de una jurisdicción unitaria, sería difícil aplicar una definición general y, en particular, apreciar la gravedad del acto cometido. El orador cree que la gravedad es un elemento esencial de un crimen de guerra y la palabra «grave» debe mantenerse en el artículo 13, aun cuando se preste a interpretaciones diversas. Una lista de crímenes de guerra ayudaría a los tribunales a determinar la gravedad y a interpretar la palabra «grave», tarea que corresponde al tribunal en cada caso particular.

12. Sin embargo, parece difícil ponerse de acuerdo en una lista: ¿debe ser ésta indicativa o exhaustiva? No se divisa consenso sobre lo que debería incluirse aun en una lista indicativa. Sería conveniente, pues, considerar la sugerencia formulada por el Sr. Calero Rodrigues en la sesión anterior (párr. 26), vale decir, seguir el ejemplo del artículo 147 del IV Convenio de Ginebra de 1949, enumerando los elementos que deben estar presentes para que una violación se vuelva seria. Una lista así concebida tendría una doble ventaja. En primer lugar, ilustraría al juez acerca de la naturaleza de los actos previstos por el código; y en segundo lugar, sería exhaustiva en el sentido de que los nuevos actos reprensibles podrían quedar comprendidos en la definición general y porque su gravedad sería apreciada en función de los elementos enumerados.

13. La tarea parece más ardua de lo que podría creerse a primera vista, pero constituiría un medio de salir del estancamiento y conciliar las opiniones divergentes de los miembros de la Comisión. Para la Comisión es de sumo interés explorar ella misma esta posibilidad antes de remitir el texto al Comité de Redacción.

14. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en calidad de miembro de la Comisión, recuerda que en el curso del debate varios miembros, él mismo entre ellos, han dicho que era indispensable una lista de crímenes de guerra no exhaustiva para dar cuerpo a la definición abstracta que figura en el proyecto de artículo 13. Es indispensable, en efecto, definir con precisión el tipo de violaciones que la Comisión se propone prever en el código, independientemente de que sean los tribunales nacionales o un tribunal penal internacional los encargados de juzgarlos. Esa es además la razón por la que el estatuto del Tribunal de Nuremberg contenía una lista indicativa de los crímenes de guerra: no era posible dejarlo todo a la discreción de los jueces.

15. De todos modos, no hay que olvidar que existen ya normas aplicables a la represión de los crímenes de guerra,

como ha subrayado el Sr. Arangio-Ruiz más de una vez, y que, incluso si el código no indicara nada, sería posible, pues, aplicar el régimen vigente. Hasta el punto que los crímenes de guerra son, al mismo tiempo, infracciones graves en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I adicional a estos Convenios, esos crímenes estarían sujetos a la competencia universal que está reconocida a los tribunales nacionales dentro del marco de ese régimen.

16. Claro está que la Comisión no ha de repetir la definición de las «infracciones graves» de los Convenios de Ginebra y no puede contentarse con reproducir la lista de infracciones allí previstas, porque hay otros muchos crímenes de guerra «graves» que son de la competencia de otros instrumentos y del derecho consuetudinario. Sin embargo, tampoco puede volver a poner a discusión los actos que ya están calificados como infracciones graves en los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I, tales como la toma de rehenes (art. 147 del IV Convenio<sup>6</sup>) y la deportación o el traslado de poblaciones civiles en el interior o fuera del territorio ocupado (párr. 4 *a* del art. 85 del Protocolo adicional I<sup>7</sup>). En suma, la Comisión no está llamada ni a definir nuevos crímenes ni a determinar ahora si tal o cual acto es un crimen de guerra: eso ya se hizo. Simplemente tiene que decidir si ciertos crímenes de guerra ya calificados como tales son lo bastante graves para estar comprendidos en el código.

17. Si el artículo 13 debe empezar por una definición general, como se propone en la segunda variante, se le podría agregar, pues, una lista indicativa de actos que ilustren este tipo de violaciones, lo bastante graves para ser consideradas como crímenes de guerra en el sentido del código. Y, para dar forma a esta lista, el Presidente propone que se distinga entre tres categorías de crímenes de guerra, como se expone en un documento que él ha distribuido a los miembros.

18. Al apartado *a* de la segunda variante seguiría un apartado *b* que diría: «Las violaciones graves en el sentido del apartado *a* son, en particular, los actos siguientes:». Luego seguirían los crímenes contra las personas en un inciso que diría:

«i) el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos las experiencias biológicas, el hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la detención ilegal, la toma en rehenes de personas protegidas (enfermos, heridos, prisioneros de guerra, parlamentarios, soldados fuera de combate, mujeres, niños, etc.), la deportación y el traslado de poblaciones civiles desde territorios ocupados o en dirección de ellos.»

19. El segundo inciso reagruparía los crímenes cometidos en el campo de batalla en violación de las normas de la guerra, pero sin citar las fuentes de donde han sido recogidos. Diría lo siguiente:

«ii) los atentados contra poblaciones civiles, las personas civiles y otras personas protegidas, los ataques indiscriminados que alcancen a personas civiles, bienes civiles u otros bienes o personas protegidos, los ataques lanzados contra obras o instalaciones que contienen

fuerzas peligrosas, a sabiendas de que esos ataques causarían pérdidas de vidas humanas o heridas entre las personas protegidas, la destrucción masiva y la apropiación de bienes no justificados por las necesidades militares.»

20. Por último, el tercer inciso agruparía todos los crímenes consistentes en emplear medios de combate prohibidos. Inspirándose en el derecho existente, podría utilizarse la redacción siguiente:

«iii) el empleo ilícito de armas, medios y métodos de combate, y en particular de armas, medios y métodos de combate que, por su naturaleza, causan sufrimientos innecesarios o alcanzan sin distinción a objetivos militares y objetivos no militares, y la utilización pífida del signo distintivo de la Cruz Roja o de otros signos protectores.»

21. Se trata de una simple propuesta de método que permitiría preparar una lista fácil de corregir y abreviar, y que ofrecería la ventaja de precisar la definición general sin inventar nuevos crímenes de guerra ni injerirse en los instrumentos existentes, puesto que, como se hizo en Nuremberg, se concretaría a definir lo que el código abarca.

22. Como ya ha indicado (2101.ª sesión), el orador preferiría que se dedicase una disposición particular al uso del arma nuclear en tanto que crimen de guerra grave y crimen contra la humanidad. De este modo, se podría, por una parte, subrayar hasta qué punto es importante prohibir su empleo, de un modo general, y, por otra, completar el código, pues sería impensable que semejante crimen fuera omitido. Si los Estados no están dispuestos a aceptar esta disposición, ya lo indicarán.

23. En conclusión, el orador propone que el Comité de Redacción se encargue de ultimar la lista, teniendo en cuenta las propuestas que se han hecho en el curso del debate.

24. El Sr. RAZAFINDRALAMBO se pregunta por su parte cuál es la diferencia que hay entre «violación» e «infracción». Se ha señalado ya que el término «grave» lleva consigo un elemento de subjetividad que pertenece a la apreciación, y que no podía atribuirse sino a la «violación». En otras palabras, la «violación» pertenecería más bien al ámbito judicial, mientras que la «infracción» sería de la competencia de la función legislativa. Este punto de vista es aceptable, en la medida en que la violación es el hecho de transgredir una norma determinada por medio de una acción u omisión, mientras que la infracción es un concepto complejo, que tiene un contenido jurídico y presenta varios elementos constitutivos (se hablará de infracción delictiva, infracción criminal, etc.). En suma, violación e infracción son dos aspectos de una misma situación, pero la infracción puede aparecer más bien como el resultado o la consecuencia de una violación de la ley.

25. De ahí que sea concebible que una «violación grave» pueda convertirse en una «infracción grave», pues es difícil de concebir que una «violación grave» no llegue a ser más que una infracción benigna. En todo caso, la gravedad de la violación de las leyes de la guerra es el *sine qua non* del crimen de guerra, o, si se quiere, de la «infracción llamada crimen de guerra». El término «grave» reviste, pues, una importancia decisiva en el proyecto de código, bien porque éste no contenga una lista de infracciones o

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 11.

bien porque enuncie una lista ilustrativa o indicativa, fundada precisamente en el criterio de la gravedad.

26. El apartado c del artículo 13 propuesto por el Relator Especial tiene algunos defectos. Así, en el inciso i), se habla primeramente de «atentados graves contra las personas» y a continuación se habla de «atentar gravemente contra la integridad física o la salud»: simple problema de forma, sin duda, que el Comité de Redacción podrá ciertamente resolver.

27. En el mismo orden de ideas, cabe preguntarse si es oportuno hablar de «atentados graves» en el inciso i) y del «uso ilícito» en el inciso ii). En efecto, atendiendo al razonamiento que el Sr. Razafindralambo ha esbozado al comienzo de su intervención, la noción de gravedad está ya ligada a la de violación y, por definición, los crímenes enumerados en la lista son infracciones graves. Lógicamente, los atentados contra las personas son, pues, atentados graves. Por lo mismo, el adjetivo «ilícito» parece superfluo, pues es difícil ver cómo el uso de medios que alcancen indistintamente los objetivos militares y los objetivos civiles pueda ser considerado «lícito». Sin duda, el Relator Especial pensaba en el caso de la legítima defensa. Pero la noción de ilicitud está ya presente en la fórmula «violación grave de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados».

28. Asimismo, ¿es útil mencionar el elemento intencional a propósito de ciertos crímenes? No se ve muy bien por qué el hecho de causar grandes sufrimientos deba ser intencional, y no deba serlo, por ejemplo, el hecho de causar daños a la salud. La expresión *homicide intentionnel*, por su parte, tal vez no sea afortunada, en la medida en que hace pensar en un acto de individuo a individuo. Sería preferible hablar de *meurtre* o de *assassinat*, como en Nuremberg.

29. Por lo que se refiere al uso del arma nuclear, que algunos desean que figure en el inciso ii), dedicado a los medios y métodos de combate, el Sr. Razafindralambo opina que la disposición prevé ya implícitamente el caso. Pero si la Comisión desea mencionar expresamente el arma nuclear, el orador por su parte no se opondrá a ello.

30. El Sr. Graefrath acaba de proponer una versión de la lista de crímenes (párrs. 18 a 20 *supra*) muy elaborada y atractiva, y el Sr. Razafindralambo se reserva para exponer al Comité de Redacción las reflexiones que ese texto le inspira. En cuanto a las observaciones que acaba de hacer, son de orden puramente formal: en lo que se refiere al fondo, está enteramente de acuerdo con el Relator Especial.

31. Finalmente, sugiere que la propuesta lista de crímenes se remita al Comité de Redacción.

32. El Sr. SOLARI TUDELA dice que ve un inconveniente en la expresión «en particular», utilizada en la cláusula preliminar del apartado c. Como ha dicho el Sr. Koroma (2106.ª sesión), las palabras «entre otros» serían más adecuadas. En efecto, no se sabe con seguridad si la lista será la enumeración completa de los crímenes más graves. La expresión «en particular» ofrecería desde este punto de vista riesgos de imprecisión que la otra fórmula permitiría evitar.

33. Por lo que se refiere al contenido mismo de la lista propuesta, el Sr. Shi (*ibid.*) ha señalado acertadamente la conveniencia de preguntarse acerca de la pertinencia de

ciertos crímenes, toda vez que el código sólo debe incluir los más graves. Como hay una diferencia de grado, por ejemplo, entre la ejecución de rehenes y la toma de rehenes, la Comisión tendrá que hacer su elección.

34. En el inciso ii) del apartado c, la expresión «el uso ilícito de medios y métodos de guerra» sólo puede justificarse si se suprimen los corchetes que encierran la palabra «grave» en la definición general; de lo contrario, se corre el riesgo de incluir actos que no tienen el grado de gravedad necesario. Además, el adjetivo «ilícito» lleva a aceptar implícitamente que ciertas armas o ciertos usos que se hagan de ellas son lícitos, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa. Se trata de un problema espinoso, pero que la Comisión tiene necesariamente que encarar.

35. Para terminar, el Sr. Solari Tudela dice que está de acuerdo con la propuesta del Sr. Francis (*ibid.*) de incluir el tráfico de drogas entre los crímenes contra la humanidad. Ello sería tanto más oportuno cuanto que, en efecto, este crimen está actualmente vinculado con mucha frecuencia con el terrorismo, de que trata el proyecto de código, y que constituye un nuevo tipo de crimen que se ha dado en llamar «narcoterrorismo» en ciertos países.

36. El Sr. TOMUSCHAT considera que la labor de elaboración de la lista de crímenes es un ejemplo de las dificultades que presenta la redacción de un texto exhaustivo. Cuanto más se reflexiona sobre el problema, mayores son las dudas, tanto más cuanto que en este caso el principio *nullum crimen sine lege* exige que se proceda escrupulosamente. El problema se complica todavía más por el hecho de que hay que pensar en armonizar el futuro código con los instrumentos ya en vigor. Hay que ser bien claro a este respecto: ¿hay que mantenerse fiel a estos instrumentos —recogiendo los textos de ellos o procediendo mediante remisión global— o bien se quiere innovar con respecto a ellos, o incluso restringir el ámbito de estos instrumentos? La Comisión ha optado por ajustarse a los textos existentes. Lo ha hecho en el caso de la agresión, y el Relator Especial propone también hacerlo con respecto al genocidio y, en una de las variantes que presenta, con respecto al *apartheid*.

37. La lista de crímenes propuesta en el apartado c no es del todo clara. Los ejemplos de crímenes de guerra que contiene están todos tomados de los Convenios de Ginebra de 1949, como el Sr. Tomuschat lo muestra citando diversos artículos. Ahora bien, en el artículo 147 del IV Convenio<sup>8</sup> se habla de la «toma» de rehenes, mientras que en el estatuto del Tribunal de Nuremberg (art. 6 b) sólo se menciona la «ejecución» de rehenes, tal como ha señalado el Sr. Shi (2106.ª sesión). Por otra parte, este mismo artículo 147 habla de la «destrucción y\* de la apropiación de bienes» y no de la «destrucción o la apropiación de bienes».

38. Además, los dos incisos propuestos comienzan con expresiones que van más lejos que los Convenios de Ginebra: se habla en el inciso i) de los «atentados graves contra las personas y los bienes», y en el inciso ii), del «uso ilícito de medios y métodos de guerra». En opinión del Sr. Tomuschat, habría que suprimir los adjetivos «graves» e «ilícito».

<sup>8</sup> Véase 2099.ª sesión, nota 21.

39. El inciso ii) plantea también ciertas dificultades, pues si bien el texto se parece mucho al del artículo 51 del Protocolo I<sup>9</sup> adicional a los Convenios de Ginebra, su terminología no es totalmente idéntica. Por ejemplo, habla de «objetivos militares» y «objetivos no militares». Ahora bien, es difícil concebir en tiempo de guerra «objetivos» no militares: la expresión es contradictoria. Además, como ha puesto de relieve el Sr. Graefrath, falta en este inciso uno de los crímenes más graves que pueden concebirse y que prevé el inciso a del párrafo 3 del artículo 85 del Protocolo adicional I: «hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles».

40. Sobre la cuestión del arma nuclear, el Sr. Tomuschat aconseja proceder con prudencia. Por su parte, mientras no haya una norma de prohibición absoluta llevada a la práctica por los Estados, incluso en caso de legítima defensa, le parece imposible tipificar de crimen el uso del arma nuclear y prever a este respecto una responsabilidad penal individual.

41. Los cuatro Convenios de Ginebra ya están en vigor y constituyen un sistema que es a la vez aplicable y funcional. Estos textos disponen que los tribunales nacionales tienen competencia en materia de crímenes de guerra, tanto si los autores de estos actos son nacionales del Estado considerado como si son extranjeros. No hay que pensar en suprimir ni restringir tal sistema. Pero no hay necesidad de precipitarse. La lista de crímenes propuesta por el Relator Especial merece estudiarse, con la aclaración adicional que proporciona el texto propuesto por el Sr. Graefrath (párrs. 18 a 20 *supra*). La tarea es difícil pero no imposible.

42. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que cuando apareció la cuarta edición del libro titulado *The Legal Effects of War* en la década de los años 60, la expresión «conflicto armado» se había puesto más en boga que el término «guerra». En el prólogo de esa edición, los autores<sup>10</sup> citan las palabras de Sir John Harington:

Treason doth never prosper, what's the reason?  
For if it prosper, none dare call it Treason\*

El orador piensa también que todavía se hacen guerras, pero nadie se atreve a llamarlas guerras. Por tanto, cree que los términos de «guerra» o «conflicto armado» es una cuestión de gusto.

43. Por lo que toca a la calificación de los crímenes, considera que la solución elegida, sea cual fuere —definición o lista—, nunca agotará la materia. A su juicio, la fórmula de la lista plantea tres problemas. En primer lugar, habrá siempre desacuerdo sobre la presencia en la lista de tal o cual crimen. En segundo lugar, ninguna lista puede ser exhaustiva, lo que obliga a interrogarse sobre la finalidad de la que se está tratando de establecer. Por último, hay matices entre los crímenes, pero estos matices evolucionan, y los instrumentos que los indican son ellos mismos la expresión de su época. Si se quisiese tener en cuenta todos estos matices, habría que reproducir los textos de todos los instrumentos ya en vigor. Pero entonces el código no sería más que una recopilación de disposiciones, que no es lo que se busca.

<sup>9</sup> Véase 2096ª sesión, nota 11

<sup>10</sup> A. D. McNair y A. D. Watts, *The Legal Effects of War*, 4ª ed., Cambridge, The University Press, 1966, pág. vii

\* «La traición nunca prospera, ¿cuál es la razón? / Porque si prospera, nadie se atreve a llamarla Traición»

44. Por su parte, el Sr. Al-Khasawneh habría preferido la solución de la definición. Los métodos de redacción jurídica permiten ciertamente combinarla con la de la lista. Todos estos problemas pueden resolverse en el seno del Comité de Redacción, al cual el Sr. Al-Khasawneh propone que se remita el texto de los proyectos de artículos 13 y 14

45. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, después de felicitar al Relator Especial por haber establecido en un tiempo sin precedentes la lista de crímenes de guerra que se le pedía, dice que la Comisión no debe perder de vista el mandato que le ha confiado la Asamblea General, que es el de elaborar un *código* de crímenes. Por consiguiente, en virtud del principio de la legalidad, según el cual no hay crimen sin ley, la Comisión debe decidir cuáles son los actos que constituyen crímenes de guerra. Es evidente que no pueda hacerlo más que apoyándose en los instrumentos internacionales en vigor y entre otros —pero no únicamente— en los Convenios de Ginebra de 1949. No obstante, como acaba de decir el Sr. Al-Khasawneh, su trabajo no consiste en hacer una simple compilación de los textos existentes.

46. Al comienzo de sus trabajos sobre esta materia, el Relator Especial había aducido una serie de argumentos para mostrar que había que considerar como crímenes de guerra los actos que constituyen violaciones graves de las leyes aplicables a los conflictos armados. Este criterio de gravedad, utilizado por el Relator Especial para distinguir el crimen de guerra del crimen de derecho común, estaba tomado de los Convenios de Ginebra, donde aparecía también, por primera vez, la distinción entre violación e infracción, distinción que el Sr. Díaz González juzga excesivamente sutil, ya que ambos términos son en realidad sinónimos. Pero los Convenios de Ginebra se referían a las violaciones de obligaciones preexistentes, mientras que el trabajo de la Comisión consiste principalmente en elaborar un texto del que dimanen obligaciones para los Estados, a saber: abstenerse de cometer los hechos tipificados como crímenes. Como los crímenes de guerra han sido definidos como los crímenes más graves, la Comisión no tiene que interrogarse, pues, sobre su grado de gravedad, ni preocuparse de saber cuál es el tribunal que aplicará el texto del código. Este tribunal, sea cual fuere, no habrá de tener en cuenta el grado de gravedad del acto más que para decidir si procede considerar circunstancias atenuantes o agravantes, y no para tipificar el acto, pues es precisamente eso, la tipificación como acto criminal, lo que debe ser objeto del código.

47. Por su parte, el Sr. Díaz González no está a favor ni en contra del método de la lista. Tal vez se inclinaría en favor de una disposición que combine una definición general con una lista indicativa, a condición de que ésta no se concrete a citar los textos existentes o remitir a esos textos, sino que corresponda a un esfuerzo serio de definición. La Comisión podría, como ha sugerido el Sr. Shi (2106ª sesión), seguir el método utilizado para el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>11</sup> y dedicar un párrafo separado a cada acto tipificado como crimen. Lo importante es, en todo caso, que el código establezca cuáles son los actos que constituyen crímenes, ya que la tipificación no debe dejarse a la apreciación de los encargados de aplicar el código.

<sup>11</sup> Véase 2096ª sesión, nota 19

48. A propósito del inciso ii) de la lista propuesta por el Relator Especial en el apartado c, el Sr. Díaz González recuerda que la Comisión ya ha debatido detenidamente la cuestión del uso de las armas nucleares. Es cierto que esta cuestión reviste aspectos múltiples: se ha aludido ya al problema de las represalias; a él se podría añadir el de la legítima defensa. Es cierto igualmente que el código no está destinado a aplicarse a los Estados, sino a los individuos, y que tal vez sea difícil concebir que un individuo pueda utilizar un arma nuclear. No obstante, la comunidad internacional no comprendería que el más atroz de los medios de guerra, el más inhumano de los medios de destrucción en masa, se excluya de un código de los crímenes de guerra. El Sr. Díaz González está convencido, pues, de que la Comisión debe incluir entre los crímenes el uso de las armas nucleares. Los riesgos políticos aludidos por algunos existen, pero un órgano jurídico como la Comisión no puede dejar de afrontarlos.

49. A propósito del envío de la lista propuesta al Comité de Redacción, el Sr. Díaz González señala que la Comisión no debe, cada vez que tropieza con un problema delicado, encargárselo al Comité de Redacción, por grandes que sean los méritos que éste tenga. En una cuestión tan fundamental, los problemas deben resolverse en el pleno de la Comisión y después de un debate a fondo.

50. El Sr. THIAM (Relator Especial), respondiendo a las observaciones hechas por los miembros sobre el apartado c del proyecto de artículo 13, dice que el derecho de la guerra es uno de los temas más reglamentados y que no faltan disposiciones relativas a los crímenes de guerra. Por lo tanto, habría podido fácilmente recoger todas esas disposiciones, pero la utilidad de tal compilación le ha parecido dudosa. Es cierto que, en la parte del proyecto relativo a los crímenes contra la humanidad, él ha recogido casi íntegramente las disposiciones de los convenios existentes. Pero si bien cabe esperar que se establecerá una lista de los crímenes contra la humanidad, no puede decirse lo mismo en lo que toca a los crímenes de guerra, y los que lo han intentado después de las dos guerras mundiales han tenido que renunciar a ello. No ha recogido textualmente las disposiciones de los convenios existentes; sin embargo, ha cuidado por lo menos de no apartarse de ellas, pues sería imprudente tratar de innovar en este dominio. Los crímenes de guerra son objeto de una reglamentación tradicional, sólida, con perfiles bien definidos, que se sitúa dentro del derecho de la guerra, el cual, con sus reglas convencionales o consuetudinarias, tiene un lugar reconocido en el derecho de gentes.

51. La lista de crímenes de guerra propuesta en el apartado c se inspira sobre todo en el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra, pero también en otros artículos de los Convenios de Ginebra de 1949. El Relator Especial opina que es preferible no separarse tampoco de estas disposiciones en la forma. Por eso juzga peligrosas ciertas propuestas que han formulado los miembros, en particular la distinción hecha por el Sr. Barboza (2106.ª sesión) entre violaciones e infracciones. En derecho francés, en todo caso, los dos términos son sinónimos, y es preferible evitar innovaciones que ofrecen el riesgo de perturbar el vocabulario establecido. Como la expresión «infracciones graves» tiene un sentido técnico preciso —el que le atribuyen los Convenios de Ginebra y el Protocolo I adicional a estos Convenios—, es conveniente reservar su empleo para las infracciones limitativamente enumeradas en esos instru-

mentos. Además, el orador explica en su séptimo informe (A/CN.4/419 y Add.1, párr. 19) que la noción de «crímenes de guerra» es más amplia que la de «infracciones graves» en el sentido de los Convenios de Ginebra, puesto que abarca también las infracciones al derecho de la guerra, y proponía en consecuencia que se utilizase el término «violaciones», sin querer con ello establecer una distinción general entre violaciones e infracciones.

52. Las otras observaciones que han hecho los miembros de la Comisión se refieren más bien a la forma del texto. El Sr. Graefrath ha propuesto que se complete la lista con otros crímenes, cosa que el Comité de Redacción podrá hacer sin dificultad, puesto que el texto propuesto no pretende ser exhaustivo.

53. Algunos miembros desean que se precise cuáles son los bienes y las personas a que se refiere el inciso i) del apartado c. La respuesta es simple, se trata de todos los que están protegidos por los Convenios de Ginebra y por consiguiente, ante todo, las poblaciones civiles. Se ha criticado la expresión «homicidio intencional» de este inciso. Tal vez la fórmula empleada en el texto inglés no sea conveniente, pero el texto francés responde textualmente a los Convenios de Ginebra, más completos en este punto que el estatuto del Tribunal de Nuremberg, que sólo incluía el asesinato. En el mismo inciso, el Relator Especial considera que es preferible decir «la destrucción o la apropiación» que «la destrucción y la apropiación», pues una puede ir no acompañada de la otra. También esta cuestión podría ser resuelta por el Comité de Redacción.

54. Como se ha hecho observar, habría mucho que decir a propósito del inciso ii) del apartado c, y sobre todo de las represalias. No obstante, todas estas consideraciones corresponden más bien al comentario relativo a los artículos que al cuerpo mismo del texto.

55. La mayoría de los miembros de la Comisión es partidaria de que se remita la lista propuesta al Comité de Redacción, y el Relator Especial no querría que se remueva una vez más la cuestión de las competencias respectivas del Comité de Redacción y de la Comisión. Si hay que esperar a que la lista reciba el acuerdo unánime de todos los miembros, ésta no será transmitida nunca al Comité de Redacción, salvo que se ponga a votación, lo cual sería contrario a la práctica de la Comisión. La práctica de ésta ha sido siempre remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos sobre los cuales la Comisión no llegaba a ponerse de acuerdo. En estas condiciones, ¿cómo explicar a la Sexta Comisión de la Asamblea General por qué este texto particular no ha sido transmitido al Comité de Redacción? La Comisión debe decidir si quiere o no una lista, y el Relator Especial está perfectamente dispuesto a atenerse una vez más a su decisión, pero sería injusto invocar contra este texto solamente el argumento de la falta de acuerdo entre los miembros de la Comisión.

56. El PRESIDENTE sugiere que se remita la propuesta lista de crímenes al Comité de Redacción para que éste, teniendo en cuenta las observaciones y las propuestas que se han hecho en la sesión, trate de ultimar un texto que la Comisión pueda discutir de manera más constructiva.

57. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que no se opone a esta sugerencia. Recuerda no obstante, en respuesta a las observaciones del Relator Especial, que lo que la Comisión somete a la Sexta Comisión es el resultado de sus trabajos y no el resultado de los trabajos del Comité de Redacción.



58. El Sr. McCAFFREY dice que no se opone a que se remita la lista al Comité de Redacción, pero que por regla general es preferible que una cuestión sea examinada primero a fondo en sesión plenaria, de modo que el Comité de Redacción disponga de todos los elementos de información necesarios.

59. El Sr. FRANCIS recomienda que el tráfico ilícito de estupefacientes, cuestión que el Sr. Reuter señaló a la atención de la Comisión en 1985<sup>12</sup>, se incluya como un crimen en el proyecto de código. El Sr. Barsegov (2102.<sup>a</sup> sesión) y el Sr. Solari Tudela han señalado ya que si bien hay varios instrumentos que se aplican al tráfico de estupefacientes, éste debe quedar incluido también en el código, lo mismo que la agresión, el genocidio y los crímenes graves. El Sr. Francis es de la misma opinión y está convencido de que el Comité de Redacción debería ocuparse de la cuestión, la cual podría tratarse a la vez entre los crímenes contra la paz y entre los crímenes contra la humanidad.

60. En efecto, tal como hacía observar el Sr. Reuter en 1985, el tráfico ilícito de estupefacientes tiene un efecto desestabilizador en ciertos países, sobre todo en los pequeños países, y es un obstáculo para la buena marcha de las relaciones internacionales. Las Antillas y América Latina tienen de ello una amarga experiencia. El Sr. Francis lamenta que la cuestión no haya sido debatida hasta ahora en la Comisión por falta de interés de sus miembros. De todos modos, él ha recogido en el curso de los años informaciones que revelan toda la amplitud del problema. Así, hace algunos años, en América Latina, traficantes de estupefacientes ofrecieron, afortunadamente en vano, más de 300 millones de dólares a los responsables de la lucha contra el tráfico de estupefacientes para que renunciaran a su misión. Algo más tarde, después de que los aduaneros de un país europeo hubieran interceptado una enorme cantidad de estupefacientes, las autoridades de dicho país tuvieron que pedir a los tres cuerpos del ejército que ejercieran una vigilancia en todo momento para contrarrestar las tentativas de importación. Ejemplos de esta naturaleza abundan en los medios de información. Los miembros de la Comisión no pueden permanecer indiferentes ante el problema y deben, en tanto que ciudadanos, asumir sus responsabilidades, es decir, estudiar la inclusión en el proyecto de código de esta plaga que, además del aspecto desestabilizador que la convierte en crimen contra la paz, ha adquirido también últimamente la dimensión de un crimen contra la humanidad.

61. El Sr. Francis agrega a este propósito que, mientras que en otros tiempos los estupefacientes exportados por los traficantes de la droga iban destinados a toxicómanos que los compraban por su libre voluntad, hoy las cosas han cambiado. Los compradores potenciales ya no son solamente los compradores voluntarios. Hay una nueva estrategia dirigida a instaurar una sociedad a la que se forzaría a entregarse a los estupefacientes, y de ahí los esfuerzos de los traficantes para incitar a los niños y los jóvenes a drogarse, a fin de asegurarse más tarde una clientela adulta estable. Se atrae también a los jóvenes con el «crack», los dulces y bebidas mezclados con droga, o incluso sustancias para inhalar que les convierten en futuros toxicómanos. Según un artículo publicado en la prensa que ha llegado a conocimiento del Sr. Francis, en una

gran ciudad de Asia, uno de cada 10 habitantes es en la actualidad toxicómano. En otro lugar, un niño de ocho años acaba de ser encarcelado después de haber servido de «camello» para el transporte de drogas duras. En un país de las Antillas, dos niños de menos de siete años, que habían sido obligados a drogarse, han tenido que seguir un tratamiento psiquiátrico de desintoxicación. Salta a la vista que los caciques de la droga siguen una estrategia que consiste en perpetuar el consumo de estupefacientes tomando como blanco de sus actividades a los jóvenes, que, después de haber probado la droga y no siendo capaces de decidir por sí mismos si quieren o no caer en el vicio, seguirán siendo toxicómanos toda su vida si no se les depara la oportunidad de desintoxicarse.

62. El Sr. Francis cita para terminar el tercer apartado del preámbulo de la Convención única sobre estupefacientes de 1961<sup>13</sup>, que dice así: «... la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad». Añade que con arreglo a lo dispuesto en el inciso iv) del apartado a del párrafo 2 del artículo 36, «los [...] delitos graves cometidos [...] tanto por nacionales como por extranjeros serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente [...]». La Comisión podría inspirarse en estos textos.

63. El Sr. REUTER recuerda a los miembros que el 20 de diciembre de 1988 se firmó en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas<sup>14</sup>, concebida en torno a la idea central de instituir una jurisdicción universal con obligación para todos los Estados de conceder la extradición o procesar. La Convención, que ya ha sido firmada por 64 Estados y que debería entrar en vigor al final de 1990, no se aplica a las infracciones de que se ocupa en este caso la Comisión, esto es, las infracciones cometidas por una persona física en tanto que representante de un Estado. Pero se da una definición de la gravedad de los hechos de que se trata y se señala que se atribuye una «gravedad particular» al «hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo» (art. 3, párr. 5 e). Los artículos 4, 6, 7, 8 y 9, que tratan respectivamente de la competencia, la extradición, la asistencia judicial recíproca, la remisión de actuaciones penales y de las otras formas de cooperación y de la capacitación, pueden interesar a los miembros de la Comisión, a la cual convendría distribuir el texto de la Convención.

64. Durante mucho tiempo se ha creído que, en el caso del tráfico ilícito de estupefacientes por mar, había justificación para la competencia universal, incluido el derecho de investigación en alta mar sobre los buques que enarbolan un pabellón distinto del pabellón del Estado que practica la investigación o que no llevan ningún pabellón. Algunos contaban con la adopción de una cláusula en este sentido desde 1958, pero en la Conferencia de Viena de 1988 se decidió que los Estados no tendrán competencia universal para la investigación en alta mar: tendrán que contentarse con convenios bilaterales.

<sup>12</sup> *Anuario...* 1985, vol. I, pág. 9, 1879.<sup>a</sup> sesión, párr. 31.

<sup>13</sup> Convención única sobre estupefacientes, de 1961, enmendada por el protocolo de modificación de 25 de marzo de 1972 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 976, pág. 259).

<sup>14</sup> Para el texto, véase E/CONF.82/15 y Corr.1.



65. Personalmente, el Sr. Reuter considera que, para debatir el problema dentro del marco de la Comisión, habría que esperar a la publicación de un comentario oficial de la Convención de 1988. Le parece prematuro pronunciarse desde ahora sobre la cuestión, aun sabiendo que los participantes en la Conferencia de Viena manifestaron mucho entusiasmo por la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes.

66. Por último, como el Sr. Reuter no comparte el punto de vista del Presidente ni el del Relator Especial sobre los trabajos en curso, es posible que no pueda asociarse ni a la lista de crímenes ni al proyecto de código en general. A su juicio, la lista propuesta no responde al ideal de una convención seria.

67. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que el tráfico ilícito de estupefacientes es un problema con el que los latinoamericanos se tropiezan cada día y que ha adquirido dimensiones planetarias, pero que no es nuevo, y recuerda la guerra del opio, que una gran potencia colonial realizó contra China en el siglo XIX para imponer el uso de la droga con fines mercantiles. En la actualidad, no se trata de un crimen cometido por Estados, sino por particulares, por sociedades multinacionales o transnacionales que manejan sumas de dinero fabulosas y constituyen una amenaza para los gobiernos por esos mismos recursos de que disponen, que son a veces superiores al presupuesto de los Estados en cuyo territorio operan. Asimismo, la operación de «blanquear el dinero» obtenido de ese tráfico crea problemas en los otros países. Por estas razones, el Sr. Díaz González aprueba la inclusión del tráfico ilícito de estupefacientes como un crimen contra la paz y la humanidad, como propone el Sr. Francis.

68. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que efectivamente la cuestión del tráfico ilícito de estupefacientes se planteó con ocasión del examen de uno de sus informes precedentes. Por su parte, el Sr. Thiam no era muy favorable en esa época a la idea de incluir ese tráfico entre los crímenes, pues se tenía la idea de que se trataba de un delito de derecho común, cuyo móvil era esencialmente el afán de lucro. Pero se ha producido posteriormente una evolución que hace pensar que incluso si el objetivo de los traficantes sigue siendo el afán de lucro, puede ser también de carácter político, y que en cualquier caso las consecuencias de este crimen suelen tener de por sí este carácter. En estas condiciones, el Sr. Thiam no vería inconveniente en que se dediquen a la cuestión dos disposiciones, una en el capítulo de los crímenes contra la paz y la otra en el de los crímenes contra la humanidad. La cuestión podría remitirse al Comité de Redacción.

69. El PRESIDENTE, habida cuenta de que ningún miembro de la Comisión se opone a la idea de catalogar el tráfico ilícito de estupefacientes como crimen en el sentido del proyecto de código, se pregunta si no valdría más que la Comisión disponga primeramente de un texto sobre esta materia, para enviarlo luego al Comité de Redacción.

70. El Sr. THIAM (Relator Especial) sugiere que se invite al Sr. Francis a redactar un proyecto de texto en este sentido.

71. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que no se opone a la sugerencia del Relator Especial, pero recuerda que habitualmente, cuando la Comisión remite proyectos de artículos al Comi-

té de Redacción, le pide que tenga en cuenta todas las opiniones emitidas en el curso del debate. El Comité de Redacción podría ocuparse de la cuestión, incluso sin un texto.

72. El Sr. KOROMA querría saber si la Comisión ha llegado ya a la fase en que puede prever una disposición sobre la cuestión.

73. El PRESIDENTE dice que la Comisión puede pedir al Comité de Redacción que redacte un texto inspirándose en el debate celebrado en sesión plenaria, o bien puede esperar una propuesta del Relator Especial, que la Comisión enviaría luego al Comité de Redacción.

74. El Sr. McCAFFREY dice que piensa que sería preferible estudiar a fondo la cuestión en todos sus aspectos, teniendo en cuenta en particular los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas de 1988 en Viena, antes de encargar un trabajo al Comité de Redacción. Dicho esto, no se opondrá formalmente a que se remita la cuestión al Comité de Redacción.

75. El PRESIDENTE propone que se pida al Relator Especial que redacte un proyecto de texto sobre el tráfico ilícito de estupefacientes, que la Comisión podrá examinar antes de remitirlo al Comité de Redacción.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2108.ª SESIÓN

*Martes 30 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogo, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### **Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/413<sup>2</sup>, A/CN.4/423<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. B)<sup>4</sup>**

[Tema 7 del programa]

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1985, vol II (primera parte)/Add 1

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol II (primera parte)

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol II (primera parte)

<sup>4</sup> El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, el plan esquemático se reproduce en *Anuario* 1982, vol II (segunda parte), págs 88 a 90, párr 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol II (segunda parte), pág 93, párr 294

## QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

## ARTÍCULOS 1 A 17

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su quinto informe sobre el tema (A/CN.4/423), así como los proyectos de artículos revisados 1 a 9<sup>5</sup> y los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 contenidos, que dicen:

## CAPÍTULO I

## DISPOSICIONES GENERALES

*Artículo 1.—Ambito de aplicación de los presentes artículos*

Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que se desarrollen en el territorio de un Estado o en otros lugares bajo su jurisdicción, reconocida por el derecho internacional o a falta de ésta, bajo su control, cuando las consecuencias físicas de tales actividades causen a lo largo de su desarrollo daños transfronterizos o creen un riesgo apreciable de causarlos.

*Artículo 2.—Términos empleados*

A los efectos de los presentes artículos:

a) i) Se entiende por «riesgo» el originado por el empleo de cosas que por sus propiedades físicas, ya sean ellas consideradas intrínsecamente o bien en relación con el lugar, el medio o la forma en que se emplean ofrecen a lo largo de su desarrollo y no obstante las precauciones que pudieren adoptarse a su respecto, la probabilidad de causar un daño transfronterizo;

ii) «Riesgo apreciable» es aquel que puede advertirse de un simple examen de la actividad y de las cosas que maneja, en relación con el lugar, el medio o las formas de utilizarlas, y comprende tanto la probabilidad baja de un daño transfronterizo muy importante [desastroso] como la probabilidad elevada de daños apreciables menores;

b) Se entiende por «actividades de riesgo» aquellas mencionadas en el apartado a, en que el daño es contingente, y por «actividades de efectos nocivos» aquellas que producen daños transfronterizos apreciables a lo largo de su desarrollo;

c) Se entiende por «daño transfronterizo» el efecto producido como consecuencia física de las actividades mencionadas en el artículo 1 y que en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de otro Estado perjudique de manera apreciable a personas o cosas, al uso o disfrute de zonas o al medio ambiente, tengan o no los Estados concernidos fronteras comunes. En el régimen de los presentes artículos, «daño transfronterizo» alude siempre al «daño apreciable»;

d) Se entiende por «Estado de origen» el Estado en que ocurren las actividades a que se refiere el artículo 1, sea en su territorio, sea en lugares bajo su jurisdicción o control;

e) Se entiende por «Estado afectado» aquel en cuyo territorio o jurisdicción resulten dañados apreciablemente o corren el riesgo de serlo, personas o cosas, el uso o disfrute de zonas o el medio ambiente.

*Artículo 3.—Asignación de obligaciones*

1. El Estado de origen tendrá las obligaciones que establecen los presentes artículos siempre que conociere, o tuviere los medios de conocer, que una actividad del artículo 1 se desarrolla o está a punto de desarrollarse en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el Estado de origen tiene el conocimiento o los medios de conocer a que se refiere el párrafo 1.

*Artículo 4.—Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales*

Si los Estados Partes en los presentes artículos lo son también en otro convenio internacional relativo a actividades del artículo 1, se

<sup>5</sup> Texto revisado de los proyectos de artículos 1 a 10 presentados por el Relator Especial en su cuarto informe (A/CN.4/413) y remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en su 40.º período de sesiones [para el texto, véase *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 11, párr. 22]

aplicarán entre dichos Estados los presentes artículos, sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional.

*Artículo 5.—Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional*

## VARIANTE A

El hecho de que los presentes artículos no especifiquen los supuestos en que un daño transfronterizo se produce como consecuencia de un acto u omisión ilícitos del Estado de origen se entenderá sin perjuicio de la aplicación de cualquier otra norma de derecho internacional.

## VARIANTE B

Los presentes artículos no perjudican la operación de cualquier otra norma de derecho internacional que establezca responsabilidad por daños transfronterizos resultantes de un hecho ilícito.

## CAPÍTULO II

## PRINCIPIOS

*Artículo 6.—La libertad de acción y sus límites*

La libertad soberana de los Estados para desarrollar o permitir el desarrollo de las actividades humanas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control debe ser compatible con la protección de los derechos que emanen de la soberanía de otros Estados.

*Artículo 7.—La cooperación*

Los Estados cooperarán de buena fe, entre sí y requiriendo la ayuda de las organizaciones internacionales que pudieren prestársela, para tratar de evitar que las actividades del artículo 1 que se desarrollaren en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control, causen daños transfronterizos. Si éstos se produjeran, el Estado de origen deberá cooperar con el afectado para minimizar sus efectos. En caso de daño producido por accidente, el Estado afectado, de serle ello posible, cooperará también con el de origen respecto a los efectos nocivos que hayan ocurrido en territorio de este último, o en otros lugares bajo su jurisdicción o control.

*Artículo 8.—La prevención*

Los Estados de origen tomarán las medidas adecuadas para evitar daños transfronterizos o en su caso minimizar el riesgo de su producción. Para ello, y de acuerdo con su capacidad, adoptarán los mejores medios practicables y disponibles respecto a las actividades del artículo 1.

*Artículo 9.—La reparación*

En cuanto sea compatible con los presentes artículos, el Estado de origen deberá reparar el daño apreciable causado por una actividad del artículo 1. Dicha reparación se determinará por negociación entre el Estado de origen y el o los afectados y se orientarán en principio por los criterios contenidos en los presentes artículos, principalmente teniendo en cuenta que la reparación debería tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño.

## CAPÍTULO III

## LA NOTIFICACIÓN, LA INFORMACIÓN Y LA ADVERTENCIA POR EL ESTADO AFECTADO

*Artículo 10.—Evaluación, notificación, información*

Cuando un Estado tuviere motivos razonables para estimar que en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control se está desarrollando o esté a punto de desarrollarse una actividad del artículo 1, deberá:

a) examinar dicha actividad para evaluar sus posibles efectos transfronterizos, y si encuentra que ella puede causar un daño de ese carácter, o puede crear el riesgo de causararlo, determinar la naturaleza del daño o riesgo que origine;

b) notificar oportunamente las conclusiones del anterior examen al Estado o Estados afectados;

c) acompañar dicha notificación con los datos técnicos y la información que le sean disponibles para que los Estados notificados puedan evaluar los posibles efectos de la actividad en cuestión;

d) participarles las medidas que intenta aplicar para dar cumplimiento al artículo 8, y si lo considera conveniente, las que pudieran servir de base para un régimen legal de dicha actividad entre las Partes.

**Artículo 11.—Procedimiento para protección de la seguridad nacional o de secretos industriales**

Si el estado de origen invocare razones de seguridad nacional o de protección de secretos industriales para no revelar algunas informaciones que en caso contrario hubiere debido transmitir al Estado afectado:

- a) le comunicará que está reteniendo algunas informaciones e indicará en cuál de las dos causales anteriores se basa para hacerlo;
- b) si fuera posible, le transmitirá toda la información que no afecte las áreas de reserva invocadas, en especial qué tipo de riesgo y de daño considera previsible y qué medidas propone para establecer un régimen a la actividad de que se tratare.

**Artículo 12.—Advertencia por el Estado presuntamente afectado**

Cuando un Estado tuviere razones graves para creer que es o puede ser afectado por una actividad del artículo 1 y que ésta se desarrolla en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o control de otro Estado, podrá pedirle a éste que aplique las disposiciones del artículo 10. La petición deberá ser acompañada por una exposición técnica documentada de las razones en que se funda esa opinión.

**Artículo 13.—Plazo para responder a la notificación. Obligación del Estado de origen**

A menos que se hubiere acordado otra cosa, el Estado notificante dará al notificado o notificados un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de la actividad y comunicarle sus conclusiones. Durante ese plazo, el Estado notificante cooperará con el o los notificados facilitándoles, cuando se lo pidieran, cualesquiera otros datos o informaciones adicionales de que dispusiere y que sean necesarios para una mejor evaluación de los efectos de la actividad.

**Artículo 14.—Respuesta a la notificación**

El Estado al que se haya hecho la notificación comunicará lo antes posible sus conclusiones al Estado notificante, haciéndole saber si acepta las medidas propuestas por aquél y transmitiéndole las que él mismo pudiere proponer como complemento o reemplazo de aquéllas, acompañando una exposición técnica documentada de las razones en que se fundamentare.

**Artículo 15.—Falta de respuesta a la notificación**

1. Si dentro del plazo mencionado en el artículo 13, el Estado notificante no recibe comunicación alguna de las previstas en el artículo 15, podrá considerar que las medidas de prevención y eventualmente el régimen legal que propuso en el momento de la notificación son aceptables para la actividad de que se trate.

2. Si el Estado notificante no propone ninguna medida para la creación de un régimen legal, tendrá vigencia el que formulan los presentes artículos.

**Artículo 16.—Obligación de negociar**

1. Si el Estado notificante y el o los notificados están en desacuerdo respecto de:

- a) la naturaleza de la actividad o de sus efectos, o
- b) del régimen jurídico para esa actividad,

**VARIANTE A**

éstos deberán sin demora consultarse con miras a establecer los hechos con certidumbre en el caso del apartado a) y de llegar a un acuerdo al respecto en el del b).

**VARIANTE B**

éstos deberán, a menos que se acuerde otra cosa, establecer un mecanismo de determinación de los hechos según lo dispuesto en el anexo a estos artículos, para que establezca los efectos transfronterizos probables de la actividad. El informe será de carácter consultivo y no obligatorio para los Estados interesados. Producido el informe, los Estados interesados se consultarán para negociar un régimen jurídico adecuado a la actividad.

2. Estas consultas y negociaciones se mantendrán con arreglo al principio de la buena fe y al de que cada Estado debe tener

razonablemente en cuenta los derechos y los intereses legítimos del otro Estado, o de los otros Estados.

**Artículo 17.—Falta de respuesta a la notificación del artículo 12**

Si el Estado advertido según la disposición del artículo 12 no diera respuesta alguna dentro del plazo de seis meses de recibida la advertencia, el presuntamente afectado podrá considerar que la actividad referida en la notificación tiene la naturaleza que allí se le asigna y en tal caso ésta será sometida al régimen de los presentes artículos.

2. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que en breve se publicará una corrección a su quinto informe (A/CN.4/423) en que se indicará que en todo el texto inglés de los proyectos de artículos y el informe se ha sustituido el término «injury» por el de «harm». En el período de sesiones anterior, los miembros de habla inglesa de la comisión expresaron su preferencia por el término «harm» porque su significado estaba libre de cualquier connotación de ilicitud.

3. Hay dos aspectos del presente tema que no han sido examinados hasta ahora por la Comisión, pero que han sido objeto de profunda reflexión por su parte. No se han examinado en el quinto informe por falta de tiempo y también porque algunas de las ideas básicas necesitan ser estudiadas más a fondo. El primer aspecto es el del procedimiento y la responsabilidad en caso de una actividad que entrañe el riesgo de daños muy generalizados en que los procedimientos de notificación y negociación interesen quizás a muchos países y requieran tal vez la intervención de una organización internacional. El segundo aspecto concierne a las cuestiones relativas a las actividades que causan o pueden causar daño fuera de los límites de la jurisdicción nacional, una cuestión de evidente interés para la colectividad internacional. Si se omitiera cualquiera de esos dos aspectos, el proyecto sería incompleto. En realidad, hechos tales como las obligaciones *erga omnes*, los crímenes internacionales del Estado, el *jus cogens* y, quizás, la protección de los derechos humanos y el medio marino apuntan a la existencia de una especie de «orden público» en el derecho de gentes.

4. La responsabilidad por los daños causados fuera de la jurisdicción nacional plantea sin duda problemas difíciles, pero se sitúa plenamente dentro de los límites del tema. Algunas de las consecuencias perjudiciales más importantes de actividades no prohibidas por el derecho internacional se dan en lo que se ha venido en llamar «patrimonio común» de la humanidad: la atmósfera, el clima, el medio marino fuera de los límites de la jurisdicción nacional, etc. El que pueda existir tal responsabilidad para con la colectividad internacional en su conjunto y no respecto de un Estado determinado complica la presente tarea, pero no debe disuadir a la Comisión de emprenderla. La Comisión está obligada a aportar su contribución a los conceptos jurídicos que permitirán a la colectividad internacional hacer frente a las múltiples consecuencias del progreso tecnológico. El derecho de la responsabilidad es una de las esferas en que menos progresos se han realizado, no obstante la necesidad urgente de un rápido desarrollo. Ya en 1972, el Principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo<sup>6</sup>) recomendaba que los Estados

<sup>6</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14 y corrección), primera parte, cap. I.

desarrollaran el derecho de la responsabilidad. Desde entonces se han concertado numerosos convenios sobre actividades del tipo que aquí interesa, pero no se ha hecho mucho acerca de la prevención o reparación de las consecuencias perjudiciales de esas actividades, salvo en lo que concierne a la responsabilidad civil del ejecutor y a la responsabilidad subsidiaria del Estado en ciertos casos.

5. Su quinto informe consta de tres partes principales. La sección I es una introducción relativa al concepto de riesgo, la función que se le atribuía en su cuarto informe (A/CN.4/413) y los motivos por los cuales se ha modificado esa función. Las secciones II y III versan sobre los proyectos de artículos revisados 1 a 9 que ahora propone a la luz de las observaciones expresadas en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, para reemplazar los proyectos de artículos 1 a 10 remitidos al Comité de Redacción en el período de sesiones anterior<sup>7</sup>. Las secciones IV a IX tratan de los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 relativos a cuestiones procesales.

6. La introducción cumple la importante finalidad de explicar por qué el Relator Especial ha dado cabida en el proyecto a una corriente doctrinal muy importante y coherente que se manifestó tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, es decir, la tendencia a basar la responsabilidad en el daño y no sólo en el riesgo. En el cuarto informe se había introducido el riesgo como concepto central con la idea de fijar un límite muy necesario al alcance del tema. El riesgo también desempeña una importante función en los artículos revisados, aunque no la de circunscribir el proyecto a las actividades peligrosas. Se ha modificado la redacción a fin de permitir explícitamente actividades que causan daños «a lo largo de su desarrollo». No obstante, es indispensable un límite, que viene del concepto de «actividades» como único objeto del tema. Ese aspecto se explica en el quinto informe (A/CN.4/423, párrs. 11 a 13). La distinción entre «actos» y «actividades», estudiada ya en informes anteriores (*ibid.*, nota 11), tiene importantes consecuencias. Si se limita el tema a las «actividades», éste no versará sobre la responsabilidad nacida de actos aislados; como consecuencia de ello, no todos los daños resultantes de un acto corresponderán a la esfera del presente tema. El párrafo 13 del informe es importante, puesto que intenta demostrar que la responsabilidad en el sentido de «consecuencias de un comportamiento determinado» sólo puede referirse a actos, no a actividades, y que si se cambia el enfoque de los «actos» a las «actividades», el título del tema adquiere un alcance más amplio: la Comisión no se ocuparía sólo de los actos, que es uno de los sentidos del concepto de responsabilidad, sino también de la determinación de las responsabilidades (obligaciones) como condición de la ejecución de actividades y del establecimiento, llegado el caso, de obligaciones de prevención al respecto. Este razonamiento tiende a aclarar cualquier confusión que pueda derivarse de la asociación de conceptos como «actividades» y «responsabilidad» en el título, y a demostrar que la Comisión está actuando dentro de los límites del mandato que le ha dado la Asamblea General aunque establezca obligaciones de prevención, cuya violación pueda constituir ilicitud.

7. Los artículos revisados del capítulo I (Disposiciones generales) y del capítulo II (Principios) del proyecto se

han reducido de 10 a 9 como resultado de la combinación de los proyectos de artículos 7 y 8 anteriores. La sección III del informe contiene comentarios sobre cada uno de los artículos destinados a la Comisión y, en particular, al Comité de Redacción.

8. Por lo que respecta al proyecto de artículo 1, las palabras «causen... daños transfronterizos o creen un riesgo apreciable de causarlos» constituyen una tentativa para abarcar las actividades de efectos nocivos. Por otra parte, se ha aceptado la idea de «riesgo apreciable», reconocida en la práctica internacional. Conviene subrayar que en las actividades de riesgo, para que la demanda de medidas de prevención esté justificada es menester que el «riesgo apreciable» mencionado sea el riesgo de causar «daños apreciables». A pesar de que los límites del riesgo apreciable y el daño apreciable aparecen algo difuminados, el adjetivo «apreciable» tiene que aplicarse a ambos conceptos. También ha sido utilizado para calificar el término «daño» en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Es muy deseable, dada la semejanza entre ambos temas, armonizar los términos empleados en uno y otro.

9. Se entiende por «daño transfronterizo» el «daño transfronterizo apreciable», como queda bien sentado en el apartado c del proyecto de artículo 2. En su cuarto informe (A/CN.4/413, párrs. 8 a 15), el Relator Especial examinó la cuestión de si el tema abarcaba las actividades que causaban daños transfronterizos apreciables de resultados de la contaminación, cuyos efectos normalmente eran acumulativos. En el quinto informe (A/CN.4/423, párr. 9) pone de relieve las dificultades derivadas del hecho de que los efectos contaminantes sean previsibles y de que el daño sea una consecuencia inevitable de la actividad misma. En el cuarto informe propugnó la inclusión de ese tipo de actividades en el ámbito del tema, pues si éste abarca las actividades de riesgo, o en que el daño es contingente, es tanto más lógico que abarque también aquellas que por fuerza hayan de causar un daño.

10. En el inciso i) del apartado a del proyecto de artículo 2, las palabras «... no obstante las precauciones que pudieren adoptarse a su respecto...» ponen de manifiesto la característica básica de la responsabilidad por riesgo, es decir, la falta de culpa y la no pertinencia de la «diligencia debida». Las observaciones hechas en los debates anteriores a favor de la inclusión de las actividades con una baja probabilidad de causar un daño catastrófico se han tenido en cuenta en el inciso ii) del apartado a relativo al «riesgo apreciable». El apartado b de este artículo introduce respecto de ciertas actividades que causan daños, como las actividades contaminantes, la calificación «de efectos nocivos». Se entiende que tales actividades no son totalmente nocivas y que están permitidas porque su utilidad supera el daño que causan.

11. En el apartado c, el término «lugares», que sustituye el término «ámbitos» empleado en el texto anterior, trata de poner de manifiesto que el daño transfronterizo puede afectar no sólo al territorio del Estado, sino también a otras zonas en las que el Estado ejerce jurisdicción reconocida por el derecho internacional. Por ejemplo, en la zona económica exclusiva, donde una plataforma petrolera o un buque de un Estado ribereño puede sufrir daños como consecuencia de una actividad realizada por el buque de otro Estado, o desde tierra o desde una aeronave matricu-

<sup>7</sup> Véase nota 5 *supra*.

lada en otro Estado. El caso del buque de un Estado cuya actividad causa daños al buque de otro Estado cuando ambos buques se encuentran en alta mar es otro caso de daño transfronterizo.

12. El caso de un lugar o territorio «bajo el control» de otro Estado presenta algunas dificultades. Una primera reacción posible sería negar la calidad de Estado afectado al Estado que ejerce el control sobre un territorio en violación del derecho internacional. Sin embargo, el resultado sería dejar a los habitantes del territorio sin protección internacional en caso de daño causado a su medio ambiente. Existen dos posibilidades: la primera es reconocer la calidad de Estado afectado al Estado que ejerce el control sólo en la medida en que sea responsable del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales respecto de la población, por ejemplo, la protección de sus derechos humanos. Otra posibilidad es reconocer tal calidad a la entidad que legalmente tiene jurisdicción sobre el territorio: bien el Estado con derechos legítimos sobre el territorio o un organismo designado para representarlo, como en el caso del Consejo de las Naciones Unidas para Namibia. A este respecto, no ha propuesto ningún texto en espera de conocer las opiniones de los miembros de la Comisión.

13. En el apartado e, sobre el significado de la expresión «Estado afectado», se ha añadido una referencia al «medio ambiente». Aunque podía considerarse incluido en la definición anterior, el medio ambiente ha adquirido tal interés que debe incluirse en la definición del daño a fin de no dejar lugar a duda de que el proyecto tiende a proteger el medio ambiente.

14. El título del proyecto de artículo 3 se ha modificado, sustituyéndose «La atribución» por «Asignación de obligaciones», porque la palabra «atribución» se emplea en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>8</sup> y es necesario utilizar un término diferente. En los artículos sobre la responsabilidad de los Estados se emplea el término «atribución» para referirse a la atribución de un hecho a un Estado. De ahí que, como por «atribución» se entiende simplemente la «imputación» de un hecho, no sería apropiado utilizarlo en el presente tema; lo que se imputa o atribuye a un Estado no es una actividad, y mucho menos un hecho, sino más bien ciertas obligaciones derivadas de la realización de una actividad determinada. En el párrafo 2 del artículo 3 se establece la presunción de que el Estado conocía o tenía los medios de conocer que la actividad mencionada en el artículo 1 se estaba llevando a cabo en su territorio o en lugares bajo su jurisdicción o control. La carga de la prueba en contrario recae en ese Estado.

15. El texto revisado del proyecto de artículo 5 es quizás menos premioso y ofrece la posibilidad de un debate interesante sobre la coexistencia del régimen de responsabilidad por ilicitud y el de la responsabilidad causal. En su comentario sobre el artículo (*ibid.*, párrs. 41 y ss.), considera el caso del párrafo 2 del proyecto de artículo 16 [17] sobre contaminación en el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y analiza la obligación que enuncia esa disposición como una obligación de resultado, como en el artículo 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El orador llega a la conclusión de que si el proyecto de artículos se aplica

a los Estados que son parte en otro tratado —por ejemplo, en un tratado sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación— y se causa un daño apreciable resultante de la contaminación a uno de ellos mediante una actividad ejecutada en el territorio o bajo la jurisdicción o el control de otro Estado, existen dos posibilidades: el Estado de origen es responsable del comportamiento por no haber prestado la diligencia debida o, si habiendo empleado la debida diligencia, se produce no obstante el daño, es responsable causalmente.

16. Irónicamente, la solución menos dura para el Estado de origen sería quizás la existencia de un solo régimen: el de la responsabilidad causal u objetiva. En este caso no se exigiría la prevención como obligación separada, sino que surgiría simplemente del efecto disuasivo de la reparación en virtud del régimen de la responsabilidad causal. A este respecto, conviene tener presentes las conclusiones enunciadas en su informe (*ibid.*, párr. 50).

17. Es útil asimismo imaginarse lo que ocurriría si, con arreglo al presente proyecto, se impusieran obligaciones de diligencia debida, de suerte que su violación diera lugar a ilicitud. Este supuesto fue considerado al comienzo de los debates sobre el tema como un obstáculo insuperable de las obligaciones de prevención. En su informe (*ibid.*, párr. 49), el Relator Especial ha reiterado el razonamiento formulado en sus informes anteriores y tratado de disipar esa preocupación. Si la obligación de prevención enunciada en el proyecto de artículo 8 es una obligación de resultado, el proyecto de artículos funcionará esencialmente como si se tratara de dos convenciones, salvo que los dos regímenes, uno de responsabilidad por causa de ilicitud y el otro de responsabilidad causal, coexistieran en el mismo instrumento (*ibid.*, párr. 48).

18. El proyecto de artículo 7 trata de enunciar en forma más específica las obligaciones que dimanarían del principio de cooperación. El artículo se refiere a los dos tipos de actividades mencionados en el artículo 1. En el caso de las actividades de riesgo, la cooperación debe estar encaminada a aminorar todo lo que sea posible el riesgo. En el caso de las actividades de efectos nocivos, la cooperación debe estar encaminada a mantener tales efectos por debajo del umbral del daño apreciable. La referencia a las organizaciones internacionales en el artículo 7 es necesaria, porque su finalidad principal es promover la cooperación entre los Estados: algunas de esas organizaciones, o sus programas, son especialmente aptas para ayudar a los Estados en cuestiones relacionadas con sus esferas de competencia. No se puede considerar que el Estado de origen ha cumplido su obligación de cooperar para tratar de evitar que sobrevenga un daño apreciable si, en un caso determinado en que pudiera haber sido útil la asistencia de una organización dada, no se ha solicitado esa asistencia.

19. El proyecto de artículo 8 enuncia el principio de la prevención. En su texto anterior (antiguo proyecto de artículo 9) decía que los Estados debían adoptar «todas las medidas de prevención razonables para evitar o minimizar los daños...». El texto revisado dispone que los Estados tomarán «las medidas adecuadas para evitar daños transfronterizos o en su caso minimizar el riesgo de su producción». Esa obligación no es absoluta, pues el artículo continúa diciendo: «Para ello, y de acuerdo con su capacidad, adoptarán los mejores medios practicables y disponibles...».

<sup>8</sup> *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

20. De ese modo, si una actividad es ejecutada por un Estado o por uno de sus organismos o empresas, será el Estado o sus empresas quienes deban emplear las medidas de prevención que correspondan. Pero si esas actividades son llevadas a cabo por personas físicas o jurídicas privadas, serán ellas quienes tengan que establecer efectivamente los medios de prevención, y el Estado tendrá que imponer y hacer cumplir la obligación correspondiente en el ámbito de su ordenamiento jurídico interno. A este respecto, se ha tenido en cuenta la situación especial de los países en desarrollo, que son, hasta ahora, los que más han sufrido la contaminación global del planeta y los que menos han contribuido a ella. Por eso es por lo que, al referirse a los medios que hay que adoptar, el artículo 8 dispone que los Estados adoptarán los mejores medios «disponibles» y «de acuerdo con su capacidad».

21. Si se adopta un planteamiento basado exclusivamente en la responsabilidad causal, las obligaciones de prevención quedarán subsumidas en las de reparación. En este caso, el artículo 8 debería interpretarse como estipulando una forma de cooperación, y la violación de tales obligaciones no implicaría ningún derecho de tutela jurisdiccional. A este respecto, señala a la atención de la Comisión el párrafo 8 de la sección 2 y el párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, que especifica que la no adopción de alguna de las disposiciones prescritas por las normas sobre cooperación no da «de por sí origen a ningún derecho de tutela jurisdiccional».

22. El proyecto de artículo 9 reproduce el contenido del anterior proyecto de artículo 10. Aunque el sentido no ha sido alterado, la referencia al hecho de que el daño «no deberá recaer exclusivamente sobre la víctima inocente» se ha suprimido, pues ha sido criticada como inapropiada porque posiblemente da la impresión de que la víctima inocente debe soportar la mayor parte del daño. No es éste, por supuesto, el sentido previsto; con esas palabras se quería dar a entender que la reparación no se ajustaba estrictamente al principio de la *restitutio in integrum* que rige en el caso de la responsabilidad por causa de ilicitud. Ello es así porque, en el presente caso, el daño no proviene de un hecho ilícito, sino que es el resultado previsto de una actividad lícita, en cuya apreciación intervienen criterios complejos. A este respecto, el informe contiene algunas explicaciones (*ibid.*, párr. 70). La reparación deberá ser objeto de una negociación en la que se sopesarán todos los factores que intervienen y se llegará a un acuerdo sobre la suma de dinero que el Estado de origen tiene que pagar al Estado afectado o las medidas que tiene que adoptar en provecho de este último. La reparación debe tender a restaurar el equilibrio de intereses destruido por el daño, puesto que, en el presente tema, el daño puede definirse como determinado efecto que, siendo perjudicial para el Estado afectado, altera el equilibrio de los intereses relacionados con la actividad que lo ha causado. Por consiguiente, la reparación, sin ser necesariamente equivalente a la totalidad del daño aisladamente considerado en cada caso, debe ser de tal naturaleza que restablezca el equilibrio de los intereses que hay en juego.

23. Los nuevos artículos 10 a 17 del capítulo III del proyecto (La notificación, la información y la advertencia por el Estado afectado) se refieren a cuestiones procesales. Los proyectos de artículos 10 a 12 versan sobre la primera fase del procedimiento de prevención de los efectos noci-

vos y la formulación de un régimen aplicable a las actividades que se mencionan en el artículo 1, incluida la protección de la seguridad nacional o de secretos industriales. Los proyectos de artículos 13 a 17 se refieren a las fases siguientes a la notificación por el Estado de origen de la existencia de una actividad mencionada en el artículo 1.

24. Los comentarios generales relativos a los artículos 10 a 12, en la sección V del informe, exponen los fundamentos jurídicos de la obligación que incumbe al Estado de origen de notificar a los Estados que pueden resultar afectados que una actividad de esa índole se está ejecutando, o está a punto de ejecutarse, en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. La notificación es inseparable de las demás obligaciones enunciadas en el artículo 10. En realidad, las tres funciones de evaluación, notificación e información están relacionadas entre sí. Por ejemplo, no se puede notificar a un Estado la existencia de un riesgo potencial a menos que el Estado de origen haya efectuado primero una evaluación de los efectos posibles en otras jurisdicciones de la actividad de que se trata. Tampoco se puede proporcionar información acerca de la actividad a menos que se dé aviso también al Estado afectado de los peligros que entraña.

25. Las tres obligaciones enunciadas en el proyecto de artículo 10 derivan, en primer lugar, de la obligación general de cooperar, y, en segundo lugar, de la obligación de los Estados de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para actos que atentan contra los derechos de otros Estados. Con respecto a la primera obligación, a veces es necesario que ambos Estados, el Estado de origen y el Estado afectado, adopten medidas conjuntas para que la prevención sea eficaz. El Estado afectado quizás pueda impedir la propagación a su propio territorio de los efectos nocivos mediante la adopción por sí mismo de ciertas medidas; o el intercambio de información puede servir para evitar los efectos nocivos, si el Estado afectado posee la tecnología apropiada para enfrentarse con el problema. Por consiguiente, la participación del Estado afectado es necesaria al éxito de la prevención, y el Estado de origen está obligado igualmente a aceptar esa participación.

26. La segunda obligación se expresa mediante una norma general derivada de la jurisprudencia internacional. En el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*, el tribunal arbitral la expresó en los siguientes términos: «Ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efectos del humo»<sup>9</sup>. En el asunto del *Estrecho de Corfú*, la CIJ la expresó, en términos más generales, como «la obligación, para todo Estado, de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados»<sup>10</sup>.

27. De conformidad con el proyecto de artículo 10, el Estado de origen tiene que evaluar primero los posibles efectos de la actividad (apartado a); en segundo lugar, notificar al Estado afectado si tal evaluación indica la existencia de un riesgo de daño transfronterizo o de efectos nocivos (apartado b), y, en tercer lugar, acompañar la

<sup>9</sup> Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1965 (decisión de 11 de marzo de 1941).

<sup>10</sup> Fallo de 9 de abril de 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4, especialmente pág. 22.

información técnica disponible a fin de que el Estado afectado pueda llegar a sus propias conclusiones acerca de los posibles efectos de la actividad (apartado c). El apartado d exige que el Estado de origen informe también al Estado afectado de cualesquiera medidas de prevención unilaterales que tenga la intención de tomar, lo que constituye una especie de primera etapa hacia un régimen jurídico destinado a regular la actividad de que se trata. Si en un plazo de seis meses no se recibe ninguna respuesta a la notificación (art. 13), las medidas preventivas propuestas se considerarán aceptables.

28. El proyecto de artículo 11 versa sobre el procedimiento para la protección de la seguridad nacional o de secretos industriales. Hay que tener en cuenta los supuestos en que la transmisión al Estado afectado de toda la información de que dispone el Estado de origen crearía una situación perjudicial para éste. Existe una contraposición de intereses. No parece justo obligar a un Estado a revelar a sus competidores procedimientos industriales que quizás le haya costado mucho adquirir; asimismo, cabe que por razones de seguridad nacional haya que ocultar cierta información. ¿Hasta dónde hay que llegar en la protección de tales intereses? Sólo hasta el punto en que su defensa causara un daño a terceros Estados. Si causa tal daño, hay que restablecer el equilibrio. Por otra parte, la obligación del Estado de origen de comunicar al Estado afectado cualquier información que no perjudique esos intereses debe mantenerse. En los casos en que un daño sea presuntamente atribuible a una actividad, pero sea difícil rastrear las causas por falta de información, debe permitirse al Estado afectado recurrir a las presunciones y las pruebas circunstanciales para demostrar que el daño ha sido causado realmente por esa actividad. Como señala en su informe (A/CN.4/423, párr. 105), en el asunto del *Estrecho de Corfú* se reconoció que el Estado afectado estaba autorizado a utilizar esos medios procesales para demostrar que el Estado de origen conocía lo que estaba sucediendo en su territorio. Espera que los miembros de la Comisión expresarán su parecer acerca de la conveniencia de incluir alguna disposición expresa en ese sentido.

29. El artículo 12 contiene disposiciones que complementan las del artículo 10. Es posible que un Estado no haya advertido que en otro Estado se está ejecutando una actividad que le perjudica. Por otra parte, el Estado de origen quizás haya subestimado los posibles efectos de la actividad. Si un Estado advierte la posible nocividad de los efectos de la actividad, tiene derecho a hacerlo saber al Estado de origen mediante una explicación técnica y pormenorizada. Por consiguiente, según el artículo 12, el Estado afectado podrá pedir al Estado de origen que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 10.

30. Los proyectos de artículos 13 a 17 completan las fases procesales siguientes a la notificación. Se plantean dos cuestiones importantes. En primer lugar, la de si el Estado de origen debe suspender el inicio de una actividad hasta que haya llegado a un acuerdo satisfactorio con el Estado afectado o los Estados afectados. En segundo lugar, la de la actitud que hay que adoptar con respecto a actividades que llevan ejecutándose desde hace algún tiempo, como la producción de determinados residuos industriales, el uso de determinados abonos en la agricultura, las emisiones de los escapes de automóviles y camiones o la calefacción de las viviendas, actividades que tienen efectos nocivos pero que anteriormente han sido toleradas.

31. Por lo que respecta a la primera cuestión, el Relator Especial ha optado por la no suspensión de la actividad. Esa solución es opuesta a la que se ha adoptado en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Pero la variedad de actividades relacionadas con los cursos de agua no es infinita, y estas actividades están bien definidas. Un Estado ribereño puede aceptar determinadas limitaciones sin indebido menoscabo de su libertad de acción en su propio territorio. Por el contrario, las actividades a que se refiere el presente tema son cambiantes y complejas, y tienen efectos transfronterizos que pueden extenderse a la población del Estado de origen. Por consiguiente, los artículos propuestos constituyen un régimen provisional con arreglo al cual el Estado de origen puede iniciar o proseguir la actividad sin aguardar el consentimiento del Estado afectado, pero debe asumir inmediatamente la responsabilidad por cualquier daño causado. Si la actividad resulta ser peligrosa o tiene efectos nocivos, los artículos sirven de red de seguridad: indemnización de daños y perjuicios si, a raíz de una investigación, se prueba la existencia de una relación causal entre el daño y la actividad.

32. En lo que se refiere a la segunda cuestión —las actividades nocivas existentes—, el Relator Especial atribuye el grado de tolerancia de que gozan al hecho de que todos los Estados resultan afectados y a la dificultad de determinar el origen exacto del daño acumulativo. Ahora bien, la mayoría de tales actividades se analizan periódicamente y son objeto de negociaciones internacionales para mitigar y finalmente eliminar sus efectos nocivos. Mientras tanto, el proyecto de artículos ofrece una solución de transición al establecer la obligación de negociar un régimen aprobado para las actividades nocivas y de negociar la reparación del daño causado. Más adelante, la Comisión quizás decida modificar el procedimiento para tener en cuenta las actividades existentes anteriormente. Las negociaciones deben tener en cuenta la situación especial de los países en desarrollo, que hasta ahora son los que menos han contribuido a las actividades nocivas pero los que más han sufrido sus consecuencias.

33. Los proyectos de artículos 13, 14 y 15 versan sobre la notificación y la respuesta a la notificación. El artículo 13 se basa, *mutatis mutandis*, en los artículos 13 y 14 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación aprobados provisionalmente por la Comisión en su anterior período de sesiones<sup>11</sup>. El Relator Especial ha fijado un plazo de seis meses para la respuesta a fin de dar al Estado notificante y al Estado al que se haya hecho la notificación la ventaja de la certidumbre. La expresión «A menos que se hubiere acordado otra cosa» significa que los Estados son libres, en cada caso, de señalar otro plazo. De conformidad con el proyecto de artículo 13, el Estado de origen está obligado a atender la petición del Estado al que se haya hecho la notificación de que facilite cualquier información que posea sobre la nueva actividad, y a completarla con cualquier otra información «de que dispusiere» necesaria para la evaluación de los efectos de la actividad.

<sup>11</sup> Para el texto y sus correspondientes comentarios, véase *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), págs. 53 y 54.



34. El proyecto de artículo 14 se refiere a la respuesta del Estado al que se haya hecho la notificación, especialmente su obligación de comunicar al Estado notificante sus propias conclusiones y de hacerle saber si acepta o rechaza las medidas preventivas o el régimen jurídico propuesto por el Estado de origen. De conformidad con el proyecto de artículo 15, el silencio sobre cualquiera de esos puntos significa aceptación.

35. El proyecto de artículo 16 dispone que, si las dos partes no consiguen ponerse de acuerdo, están obligadas a negociar una solución. La inclusión en el proyecto de la obligación de negociar en tal supuesto no es sino una codificación de las normas internacionales vigentes en esta materia. La obligación es aplicable a cualquier situación en que se dé una contraposición de intereses, y especialmente cuando surgen consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En los asuntos relativos a la *Competencia en materia de pesquerías*, la CIJ resolvió que los derechos de las partes estaban limitados por su obligación de tener en cuenta los derechos de los otros Estados, y en consecuencia que «la obligación de negociar... emana de la naturaleza misma de los derechos respectivos de las Partes; ordenarles que negocien constituye, por lo tanto, una manera adecuada de ejercer la función judicial en este caso»<sup>12</sup>. El principio así establecido es directamente aplicable a las situaciones a que se refiere el nuevo proyecto de artículos. La obligación de negociar deriva de la naturaleza misma de los derechos respectivos de las partes basados en su soberanía territorial: el derecho del Estado de origen a utilizar libremente su propio territorio y el derecho del Estado afectado de no verse perjudicado en el uso y goce de su territorio. En el pasado, raras veces se producían daños transfronterizos y la reglamentación no era necesaria. Pero cuando el progreso científico puso a disposición del hombre técnicas que encerraban esa posibilidad de causar daños transfronterizos, se creó una situación de interdependencia que exigía determinadas limitaciones de los derechos de todos los Estados, por razones de conservación o por otras razones.

36. En cuanto al párrafo 2 del artículo 16, el Relator Especial entiende que los límites de la obligación de negociar residen en la buena fe y el criterio de lo razonable. La obligación de negociar sólo puede surgir cuando los intereses contradictorios que haya que conciliar son esencialmente razonables. Puede haber desacuerdo entre el Estado de origen y el Estado afectado acerca de la naturaleza de la actividad o de sus efectos, o acerca de las medidas propuestas en relación con el régimen jurídico que ha de regirla. En el primer caso, el párrafo 1 ofrece las variantes de las consultas entre las partes para determinar los hechos o el establecimiento de común acuerdo entre ellas de un mecanismo de determinación de los hechos con funciones consultivas. La segunda solución era la que proponía el anterior Relator Especial en el plan esquemático (párrafo 6 de la sección 2). Sin embargo, en los casos en que el desacuerdo versa sobre el régimen jurídico que debe regir la actividad no existe alternativa a las negociaciones. Esa segunda fase procesal depende en gran medida del resultado de la primera. Por este motivo, es preferible el mecanismo de determinación de los hechos.

<sup>12</sup> *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande) (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, *fond*, fallos de 25 de julio de 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 3 y 175, especialmente pág. 32, párr. 75, y pág. 201, párr. 67.

37. El proyecto de artículo 17 versa sobre el supuesto en que el Estado al que se haya hecho la notificación de conformidad con el artículo 12 no responda a ésta en el plazo de seis meses, en cuyo caso se entiende que ha aceptado que la actividad tiene la naturaleza que le ha asignado el Estado notificante y que, por lo tanto, está sujeta al régimen del proyecto de artículos.

38. El Relator Especial espera que los miembros de la Comisión le darán orientaciones sobre los diversos puntos a que se refiere el proyecto.

39. El PRESIDENTE señala que el texto inglés del informe del Relator Especial (A/CN.4/423), además de la sustitución del término «injury» por «harm», necesita varias correcciones. Como el Relator Especial ha indicado, dentro de poco se publicará una corrección al texto. En el punto *d* del párrafo 50, por ejemplo, hay que sustituir las palabras «the act would not have to cease» por «the activity would not have to cease».

40. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el original español del informe y la traducción francesa son preferibles a la versión inglesa en varios puntos, especialmente en el apartado *d* del proyecto de artículo 2.

41. El Sr. KOROMA critica la redacción del proyecto de artículo 1. Invita al Relator Especial a examinar el texto inglés del proyecto de artículos y a publicar una corrección, en beneficio de los miembros que utilizan esa versión.

42. El Sr. REUTER dice que, como los textos propuestos por el Relator Especial incluyen los artículos 1 a 9 para reemplazar los artículos 1 a 10 que ya están en el Comité de Redacción, sería mejor que la Comisión examinara sólo los nuevos proyectos de artículos 10 a 17, pues de lo contrario puede darse simplemente una reiteración de argumentos ya formulados anteriormente.

43. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que le gustaría que se hicieran comentarios sobre todos los nuevos artículos del proyecto, pero no hará ninguna objeción a que el debate comience con los artículos 10 a 17.

44. El Sr. THIAM opina que los proyectos de artículos 1 a 9 revisados deberían remitirse al Comité de Redacción en vez de al Pleno de la Comisión.

45. El PRESIDENTE cree que sería útil que el Comité de Redacción conociera las opiniones de los miembros de la Comisión sobre los artículos 1 a 9 revisados. Por consiguiente, los miembros de la Comisión podrán hacer observaciones sobre esos textos.

46. El Sr. BARSEGOV estima que, en los casos en que se han introducido importantes modificaciones de fondo en una serie de proyectos de artículos remitidos ya al Comité de Redacción, sería un error de la Comisión proseguir el debate sin examinar los cambios.

47. El Sr. BEESLEY dice que está de acuerdo con el Sr. Barsegov. La Comisión, cuando examinó el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, dispuso originalmente de una serie de proyectos de artículos que contenían una lista de crímenes y que después fueron suprimidos y sustituidos por otros. Como esos cambios son de fondo, los miembros deberían poder expresar su opinión sobre los anteriores proyectos de artículos y sobre los nuevos.



48. El PRESIDENTE propone que se inicie el debate con los nuevos proyectos de artículos 10 a 17, pero sin excluir los comentarios sobre los artículos 1 a 9 revisados.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 11.25 horas.*

## 2109.ª SESIÓN

*Miércoles 31 de mayo de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*\*)

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE manifiesta que la Mesa Ampliada recomienda a la Comisión que reanude el debate sobre la responsabilidad de los Estados los días 20 y 21 de junio, y que dedique el período del 22 al 28 de junio al debate sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. La Mesa Ampliada ha sido informada por el Presidente del Comité de Redacción de que éste se propone concluir hacia el 8 de junio su trabajo de fondo acerca del proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, y proceder el 15 de junio a dar los últimos toques al texto. La Comisión podría así ocuparse del informe del Comité de Redacción sobre este tema el 29 de junio, tal como se había previsto inicialmente.

2. El Sr. EIRIKSSON recuerda que él había expresado ya ciertas reservas acerca del período que seguiría al examen de los primeros dos temas del programa provisional de trabajo de la Comisión y que la decisión tomada al principio del período de sesiones (2095.ª sesión, párrs. 21 y 22) se explicaba por una razón de fuerza mayor: la falta de ciertos documentos. Recuerda también que el Grupo de Planificación ha pedido que se asigne más tiempo al Comité de Redacción, aunque sea a costa de reducir el tiempo destinado al examen de algunos temas incluidos en el programa. En estas condiciones, el Sr. Eiriksson espera que la decisión que se tome hoy tendrá en cuenta posibles modificaciones en el calendario de trabajo.

3. El PRESIDENTE dice que la Comisión asignará naturalmente al Comité de Redacción el mayor tiempo posi-

ble para sus trabajos y que además volverá a tratar ulteriormente la cuestión. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar las recomendaciones de la Mesa Ampliada.

*Así queda acordado.*

### Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el dere- cho internacional (*continuación*) (A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/ CN.4/413<sup>2</sup>, A/CN.4/423<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. B)<sup>4</sup>

[Tema 7 del programa]

#### QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

#### ARTÍCULOS 1 A 17<sup>5</sup> (*continuación*)

4. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) se refiere a algunas correcciones que hay que introducir en su quinto informe (A/CN.4/423), incluyendo algunas sugeridas por miembros en la sesión anterior.

5. En respuesta a una observación del Presidente (2108.ª sesión, párr. 39), sin embargo dice que preferiría conservar la palabra «acto» en la última oración del párrafo 49 de su informe, pues es el acto lo que debe cesar, mientras que la actividad se prosigue. Al respecto, cita el ejemplo de una industria química que fabrique un producto con ayuda de una sustancia que cause un daño transfronterizo: en una situación de esta naturaleza, no es la actividad misma la que estaría en tela de juicio, sino la utilización continua de la sustancia de que se trate. En efecto, o bien la obligación de prevención es una obligación de resultado y el daño transfronterizo es entonces la consecuencia de un hecho ilícito, puesto que el resultado no se ha conseguido; o bien la obligación de prevención es una obligación de medio, y es la utilización misma de la sustancia de que se trata lo que está prohibido. Lo mismo en un caso que en otro, es el empleo de la sustancia, es decir, el «acto», lo que es ilícito, ya sea por la falta de resultado, ya sea porque está pura y simplemente prohibido. El acto, pues, debe cesar, pero no necesariamente la actividad.

6. El PRESIDENTE dice que su observación no se refería al párrafo 49 del informe, sino al párrafo 50, y más exactamente al punto *d*, donde se habla de «el acto no tendría que cesar». En este caso, ¿no sería preferible hablar de «cesar la actividad»?

7. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) responde que se trata aquí en efecto de que «el acto no tendría que cesar», pues, en un régimen de responsabilidad causal, el acto no está prohibido. El acto puede proseguir, y son sus efectos los que deben repararse.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1985, vol. II (primera parte)/Add 1

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>4</sup> El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, el plan esquemático se reproduce en *Anuario* 1982, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2108.ª sesión, párr. 1

\* Reanudación de los trabajos de la 2104.ª sesión

8. El Sr. McCaffrey dice que sus observaciones se referirán a la introducción del quinto informe (A/CN.4/423), a los proyectos de artículos revisados 1 a 9 y al nuevo material y los proyectos de artículos relativos a las obligaciones de procedimiento.

9. En cuanto a la referencia del Relator Especial sobre la «culpa original» o «pecado original» (*ibid.*, párr. 5), el Sr. McCaffrey considera que no es posible, sin deformar la noción de culpa, afirmar que la culpa existe en teoría a partir del momento en que se emprende una actividad de riesgo. A su juicio, el empresario recibe de la sociedad la autorización de lanzarse a una actividad de riesgo, incluso si la actividad supone un riesgo que no puede ser evitado razonablemente; y sólo si la actividad causa un daño cualquiera debe el empresario, incluso si no ha incurrido en culpa, indemnizar a la parte lesionada, por lo menos hasta cierto punto.

10. El Sr. McCaffrey comparte la idea que se recuerda en el informe (*ibid.*, párr. 12) de que sería preferible, como en el título francés del tema, referirse a «actividades» en lugar de «actos», pues la actividad es lo que no está prohibido: se refiere, por ejemplo, a la actividad de una central nuclear o de una fábrica de productos químicos. El Relator Especial acaba de dar el ejemplo de un acto que puede provocar daños; pero ocurre a veces que se produce un incidente —es decir, que el riesgo se materializa en un daño— sin que medie ninguna intervención humana.

11. Jurídicamente hablando, la materia se sitúa, pues, en algún lugar entre la situación de fuerza mayor y el hecho internacionalmente ilícito. Y una de las condiciones previas para emprender una de estas actividades de riesgo, ya sea dentro del marco nacional o en el plano internacional, reside en la obligación de indemnizar correctamente a las partes perjudicadas en consecuencia. Dicho esto, puede suceder también que estas actividades causen daños por culpa del empresario, si, por ejemplo, éste no vela por el buen mantenimiento de sus instalaciones. En el plano internacional, el Estado de origen será considerado entonces responsable, por lo menos si concurren todas las condiciones previas enunciadas en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>6</sup>. Por eso, el Sr. McCaffrey aprueba las conclusiones formuladas por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 14 y 15), es decir, que el tema se refiere a actividades duraderas y no a actos aislados. Es preferible, en efecto, que la Comisión centre sus trabajos en las actividades que pueden entrañar daños transfronterizos apreciables de carácter físico, ya sea a raíz de un incidente, ya sea a causa de una contaminación continua. A este propósito, el Relator Especial ha tenido razón al incluir la contaminación continua en el ámbito de aplicación del proyecto, respondiendo en este punto a las opiniones expresadas por varios miembros de la Comisión en el período de sesiones anterior, incluso si el hecho de extender el alcance del tema a la contaminación plantea otros problemas. El Sr. McCaffrey también suscribe la idea del Relator Especial de que

[...]

Aquellas actividades requieren necesariamente para su continuación la concertación de un régimen que establezca, entre Estados de origen y Estados afectados, obligaciones y garantías en persecución de un equilibrio de los intereses en juego. [...] (*Ibid.*, párr. 15.)

12. Pasando a los proyectos de artículos revisados 1 a 9 del capítulo I (Disposiciones generales) y el capítulo II (Principios) del proyecto, dice que ha procurado modificar algunos para darles un significado más claro. Los textos a los que va a dar lectura no son propiamente hablando propuestas suyas, sino que corresponden simplemente a una manera de expresar las ideas básicas más claramente.

13. La utilización en el proyecto de artículo 1 de las palabras «territorio», «jurisdicción» y «control», para no hablar de «lugares», no le satisface, como tampoco la expresión inglesa «throughout the process». El artículo podría modificarse como sigue:

«Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que se desarrollen bajo la jurisdicción o el control efectivo de un Estado y cuyo ejercicio cause un daño transfronterizo o cree un riesgo apreciable de daño transfronterizo.»

Como algunos de los términos aquí utilizados se definen más adelante en el texto, sería inútil dar de entrada una definición. La palabra «efectivos» se conservaría por las razones aducidas en particular por el Sr. Razafindralambo en el período de sesiones anterior<sup>7</sup> y que interesan en especial a la situación de los países en desarrollo.

14. En el proyecto de artículo 2, destinado a los términos empleados, bastaría recoger algo que se acerque a la definición del término «riesgo» que dan los diccionarios, por ejemplo:

«Se entiende por riesgo la posibilidad de un daño apreciable que no pueda ser eliminado por ninguna de las precauciones razonables que pueden adoptarse con respecto a una actividad.»

Esta definición se completaría con un apartado en que se diría que la expresión «riesgo apreciable» designa «un riesgo que [no es difícil de descubrir] [se puede descubrir mediante un examen (o una inspección) razonable] y que, por consiguiente, es o debería ser conocido», y donde se precisaría que esta expresión denota a la vez una escasa probabilidad de daño grave y una gran probabilidad de daño leve apreciable. El adjetivo «simple» utilizado por el Relator Especial en el inciso ii) del apartado a no es muy habitual en derecho, y sería preferible sustituirlo por una de las dos expresiones que ha propuesto. En el comentario, la Comisión podría reproducir a modo de explicación la frase «simple examen de la actividad y de las cosas que maneja, en relación con el lugar, el medio o las formas de utilizarlas» del texto propuesto por el Relator Especial. Podría indicar también que, por «grave», la Comisión entiende «muy importante», «desastroso» o «catastrófico».

15. El apartado b del proyecto de artículo 2 podría decir lo siguiente:

«Se entiende por “actividades de riesgo” las actividades cuyo ejercicio crea un riesgo apreciable.»

Si fuera necesario definir las actividades con efectos nocivos, se añadiría al apartado b el siguiente texto:

«Se entiende por “actividad de efectos nocivos” una actividad cuyo ejercicio causa un daño transfronterizo continuo.»

Sería inútil añadir el adjetivo «apreciable» en vista de la

<sup>6</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 8.

<sup>7</sup> Anuario... 1988, vol. I, pág. 39, 2048.ª sesión, párr. 42.

definición de «daño transfronterizo» en el apartado c, que diría:

«Se entiende por “daño transfronterizo” un daño físico apreciable causado en [los lugares] [las zonas] situados bajo la jurisdicción o el control efectivo de un Estado y que son el resultado de una actividad del tipo previsto en el artículo 1 que se ejerce en otro Estado.»

Se podría añadir que:

«La expresión designa los daños físicos causados a personas o a cosas, al uso o al disfrute de zonas determinadas, o al medio ambiente.»

16. El apartado d podría enmendarse como sigue:

«Se entiende por “Estado de origen” el Estado que ejerce su jurisdicción o su control efectivo sobre una actividad [cuyo ejercicio causa un daño transfronterizo o entraña un riesgo apreciable de daño transfronterizo en el sentido del artículo 1].»

El apartado e podría sustituirse por el texto siguiente:

«Se entiende por “Estado afectado” aquel en cuyo territorio o bajo la jurisdicción o el control del cual se produce o puede producirse un daño transfronterizo.»

17. El Sr. McCaffrey aprueba la modificación del título del proyecto de artículo 3, en el cual el Relator Especial ha sustituido la palabra «atribución» por «asignación», que no tiene la misma conexión con el campo de la responsabilidad de los Estados. También tiene algunas sugerencias para la redacción de esa disposición y la de los proyectos de artículos 4 a 9, pero no son tan importantes como en el caso de los artículos 1 y 2, y el Sr. McCaffrey las reserva, pues, para el Comité de Redacción.

18. A propósito del proyecto de artículo 8, sólo señalaría que es esencial explicar con cuidado en el comentario las expresiones restrictivas tales como «de acuerdo con su capacidad» o «los mejores medios practicables y disponibles», pues las explicaciones dadas oralmente por el Relator Especial no aparecen en su informe (*ibid.*, párrs. 65 y 66).

19. Por lo que toca al proyecto de artículo 9, el Sr. McCaffrey teme que el término «reparación» dé lugar a confusión entre la materia que se examina y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Haría que encontrar otro término, a fin de indicar que las consecuencias de las actividades que no están prohibidas por el derecho internacional pueden no ser las mismas que las de la violación de una obligación internacional. Tal vez el artículo 9 podría decir simplemente que «... al Estado de origen se le reputará responsable de los daños apreciables» y que «la naturaleza y la amplitud de esta responsabilidad se determinarán mediante negociación entre el Estado de origen y el Estado afectado...». La palabra «responsabilidad», reproducida del título del tema, se definiría, entonces, ya sea en el artículo 2 o en los comentarios.

20. Refiriéndose a los comentarios del Relator Especial sobre los proyectos de artículos revisados 1 a 9, el Sr. McCaffrey repite que sería conveniente, en interés de los países en desarrollo, reinsertar el concepto de control «efectivo» en el artículo 1.

21. Puede suscribir en lo esencial los comentarios del Relator Especial sobre el proyecto de artículo 5 (*ibid.*, párrs. 40 a 44) respecto a la correlación entre el proyecto de artículos que se examina y el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua interna-

cionales para fines distintos de la navegación. No obstante, como ya señaló en el anterior período de sesiones, su interpretación del artículo 23 (Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado) de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados difiere un poco de la del Relator Especial<sup>8</sup>. Si bien le parece que, en efecto, puede haber coexistencia de un régimen de responsabilidad causal con un régimen de responsabilidad fundado en la «culpa», o en la falta al deber de diligencia, todo depende sin embargo de la norma primaria considerada y en particular de la cuestión de si esta norma dispone que «el Estado A debe proceder con la diligencia debida para evitar todo daño al Estado B», o que «el Estado A vele por que no se cause ningún daño al Estado B». Ahí está el punto decisivo, pues es frecuente que el sentido exacto de la norma primaria no aparezca claramente. El Relator Especial, por su parte, considera (*ibid.*, párrs. 45 y 46) que la obligación prevista en el proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales pertenece a la primera variante, y la obligación prevista en el proyecto de artículos que se examina corresponde a la segunda. Es de señalar a este respecto que el Relator Especial introduce una idea interesante (*ibid.*, párr. 46), la de la reducción de la cuantía de la indemnización en un régimen de responsabilidad causal, cuantía que se fija por vía de negociación. En cambio, el Sr. McCaffrey no suscribe la idea de que «en casos normales de contaminación... la defensa de *due diligence* es poco menos que impensable» (*ibid.*, párr. 47). Por de pronto, en efecto, el concepto de «diligencia debida» es un concepto que permite cierta flexibilidad y que muy bien podrían aducir los países en desarrollo, que no siempre tienen los medios para ejercer el mismo grado de diligencia que los países industrializados. En segundo lugar, es frecuente, en caso de contaminación de los cursos de agua internacionales, y sin duda más todavía en caso de contaminación atmosférica, que el Estado de origen no sepa que una actividad determinada causa un daño transfronterizo, ni dónde ha sobrevenido ese daño. Finalmente, como hacía observar el Sr. McCaffrey en el párrafo 11 de su comentario al proyecto de artículo 16 [17], sobre contaminación, presentado en su cuarto informe sobre los cursos de agua internacionales<sup>9</sup>, la noción de diligencia debida es lo bastante amplia para tener en cuenta la práctica que se observa en muchos países con cursos de agua internacionales fuertemente contaminados, y que consiste en dar al Estado de origen un plazo razonable para reducir la contaminación a un nivel aceptable, a condición de que dedique a ello sus mejores medios.

22. Dicho esto, el Sr. McCaffrey puede suscribir, a pesar de todo, el análisis que hace el Relator Especial de las hipótesis a y b mencionadas en el informe (*ibid.*). Es evidente que la cuestión que se trata aquí es de saber si el proyecto de artículos que se examina debe prever un régimen de responsabilidad causal para el Estado de origen, régimen en el que el daño resultaría no de una «actividad de riesgo», sino de una contaminación continua. Tal parece ser la conclusión que se deriva de la hipótesis b. Según tiene entendido el Sr. McCaffrey, ésta es la primera vez que se propone establecer en el presente tema

<sup>8</sup> *Ibid.*, págs. 10 y 11, 2044.ª sesión, párrs. 47 a 49, y 2045.ª sesión, párrs. 1 a 4.

<sup>9</sup> *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2.

semejante régimen. Pero no hay que asustarse, pues esto significa simplemente que los Estados interesados deberían entablar negociaciones sobre la naturaleza y el alcance de la responsabilidad. Ahora bien, ésta es la práctica de los Estados de todos modos, como explica el Relator Especial en su informe. Por todas estas razones, el Sr. McCaffrey coincide con el Relator Especial (*ibid.*, párr. 49) en reconocer que los «actos» ilícitos tienen cabida dentro de un proyecto de artículos sobre la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de «actividades» no prohibidas por el derecho internacional. A este propósito, el orador cree, lo mismo que el Presidente (véase párr. 6 *supra*), que la palabra «acto» en el punto d del párrafo 50 del informe debería ser reemplazada por «actividad».

23. El Sr. McCaffrey reconoce que el párrafo 52 del informe le había dejado un poco perplejo, pues siempre ha considerado la obligación de diligencia debida como una obligación de medio. Por eso acogería con satisfacción una aclaración del Relator Especial sobre esta cuestión.

24. Pasando a referirse a los comentarios del Relator Especial relativos al proyecto de artículo 7 (A/CN.4/423, párr. 62), el Sr. McCaffrey se felicita de que en él se prevea que, en ciertos casos y en ciertas condiciones, el Estado afectado ayude por todos sus medios al Estado de origen a paliar los efectos nocivos de una actividad. Eso es también conforme a la práctica de los Estados, por lo menos en lo que concierne a los cursos de agua internacionales, y esta idea es la que sirve de fundamento a los principios de utilización y participación equitativos previstos en el artículo 6 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales aprobado provisionalmente por la Comisión en su 39.º período de sesiones<sup>10</sup>.

25. Con respecto a los comentarios relativos al proyecto de artículo 9, el Sr. McCaffrey duda nuevamente de la exactitud de la palabra «reparación» en el presente tema. Señala además que, si la obligación del Estado de origen consiste en restablecer «el equilibrio de intereses» entre los Estados de que se trata, le parece esencial que se precise qué es lo que hay que entender con esa expresión. El Relator Especial dice con razón (*ibid.*, párr. 71) que la reparación no significa reparación de *todos* los daños sufridos; pero se necesitarían indicaciones suplementarias sobre las medidas que se han de tomar para cumplir esta obligación si no se quiere menoscabar la primacía del derecho y la protección jurídica de la parte más débil.

26. Refiriéndose al capítulo III del proyecto (La notificación, la información y la advertencia por el Estado afectado), el Sr. McCaffrey advierte que los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 sobre normas de procedimiento presentados por el Relator Especial se inspiran en las disposiciones de la tercera parte del proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales, que la Comisión aprobó provisionalmente en su anterior período de sesiones<sup>11</sup>. Añade que los procedimientos propuestos por el Relator Especial serían sin duda aplicables en cierto número de casos previsibles, pero ¿lo serían en todos? Por ejemplo, estas disposiciones podrían aplicarse sin dema-

siadas dificultades en caso de contaminación marina transfronteriza y en algunos casos localizados de contaminación atmosférica transfronteriza, pero no en los casos de contaminación atmosférica transfronteriza menos localizados, de contaminación atmosférica a larga distancia (lluvias ácidas), de despoblación forestal masiva (de donde resulta un incremento de la cantidad de gas carbónico en la atmósfera) o de un gran accidente nuclear, o incluso en caso de daños causados en «zonas comunes» a la humanidad (tal como el actual vertimiento de hidrocarburos en la Antártida). El hecho es que, mientras que las relaciones entre los Estados de los cursos de agua pueden fácilmente concebirse como relaciones bilaterales a los efectos de las normas de procedimiento, no siempre ocurre así en el tema que se examina. En otros términos, habría que prever en el proyecto de artículos disposiciones que indiquen expresamente que la notificación, e incluso la negociación, se harán en ciertos casos por intermedio de un centro de intercambios o de una organización internacional. Es de señalar a este respecto que el órgano ejecutivo creado dentro del marco de la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979<sup>12</sup>, tiene, entre otras, atribuciones de esta naturaleza (art. 8). Es cierto que el proyecto de artículo 7 dispone que los Estados deben en ciertos casos solicitar la ayuda de las organizaciones internacionales. Pero sería útil completar esta disposición previendo en el capítulo III del proyecto disposiciones que precisen las condiciones en las que los Estados podrían recurrir —o tendrían la obligación de recurrir— a las organizaciones internacionales para cumplir con sus obligaciones de evaluación, notificación y negociación.

27. El Sr. McCaffrey, teniendo en cuenta que se trata, en el título del capítulo III y en el título del proyecto de artículo 12, del envío de una «advertencia» por el Estado presuntamente afectado, hace observar que es generalmente el Estado de origen el que tiene que «advertir». Tal vez se trate de un problema de traducción, pero en todo caso podría usarse una fórmula como: «Solicitud de información por el Estado susceptible de ser afectado».

28. El Sr. McCaffrey celebra comprobar que el Relator Especial prevé una obligación de evaluación del impacto y de encuesta. Conforme señala el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 80 a 83), la práctica internacional en la materia es abundante. Pero se pueden añadir a los ejemplos que cita los trabajos de la OCDE, así como el proyecto de acuerdo para un sistema de evaluación del impacto sobre el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de la CEPE. Este proyecto es particularmente interesante, porque utiliza y define cierto número de términos empleados en los artículos propuestos por el Relator Especial —o sus equivalentes— y porque los procedimientos previstos son análogos a los contemplados en el proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales. Conviene señalar también que, en el proyecto de la CEPE, la obligación de base es que las partes deben, individual o conjuntamente, y por todos los medios apropiados, tomar medidas preventivas para atenuar, reducir y combatir todo impacto importante perjudicial que unas actividades previstas puedan tener sobre el medio ambiente allende las fronteras.

<sup>10</sup> Para el texto y sus correspondientes comentarios, véase *Anuario* 1987, vol. II (segunda parte), págs. 32 y ss.

<sup>11</sup> Para el texto de los artículos 11 a 21 de la parte III (Medidas proyectadas) y los correspondientes comentarios, véase *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), págs. 49 y ss.

<sup>12</sup> E/ECE/1010, aparecerá en Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, con el N.º 21823.

29. En conclusión, el Sr. McCaffrey felicita al Relator Especial por haber mostrado el camino que hay que seguir a fin de responder a la preocupación por la prevención de la contaminación y por la protección del medio ambiente, sobre todo en lo que concierne a los daños que pueden sobrevenir en las «zonas comunes» a la humanidad, hipótesis a la cual debe responder el proyecto de artículos que se examina.

30. El Sr. HAYES felicita al Relator Especial por su magnífico análisis de temas tan complejos y por haber elaborado en su quinto informe (A/CN.4/423) disposiciones concretas al respecto teniendo presentes las opiniones expresadas en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. De momento, el orador limitará su intervención a los capítulos I y II del proyecto de artículos, reservándose el derecho a intervenir posteriormente sobre el capítulo III.

31. Recordando que en el período de sesiones anterior<sup>13</sup> dijo que el papel que entonces se atribuía al factor «riesgo» en el proyecto de artículos era demasiado limitativo y amenazaba con obstaculizar la aplicación práctica de uno de los tres principios aceptados por la Comisión, a saber, que «no se debe hacer soportar a la víctima inocente la pérdida resultante de los efectos perjudiciales transfronterizos», el Sr. Hayes se complace en constatar que el Relator Especial reconoce ahora que ese papel debe estar más circunscrito y que la responsabilidad podrá derivar tanto del riesgo como del daño. El orador conviene, por lo demás, con el Relator Especial en que el proyecto objeto de estudio concierne no tanto a los «actos» como a las «actividades», incluyendo las actividades que causan daños por sus efectos acumulativos. Por consiguiente, el Sr. Hayes hace suyas las conclusiones del Relator Especial (*ibid.*, párr. 15) sobre las consecuencias derivadas de la responsabilidad tal como se contempla en el proyecto de artículos, que abre el camino a la prevención y a la reparación.

32. Refiriéndose a los proyectos de artículos 1 a 9 revisados presentados por el Relator Especial, el Sr. Hayes se congratula de las modificaciones formales introducidas en el artículo 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos), que dispone que la responsabilidad puede derivarse tanto del daño como del riesgo y establece así la base de las dos formas de acción previstas: la prevención y la reparación. Atendiendo a la invitación del Relator Especial (*ibid.*, párr. 25) a expresar opiniones sobre la materia, el orador dice que es partidario de mantener el adjetivo «apreciable» para calificar el «riesgo». Las otras variantes propuestas darían idea de umbrales más altos, lo cual, como indica el Relator Especial, no sería deseable. El Comité de Redacción podría ocuparse del problema de la expresión «a lo largo de su desarrollo», que no parece, ni por sus términos ni por el lugar que ocupa, al menos en el texto inglés, corresponder a la idea en la que se basa (*ibid.*, párr. 22), es decir, que el riesgo está comprendido en el proyecto de artículos tanto si su efecto es único, continuo o acumulativo.

33. En lo tocante al proyecto de artículo 2 (Términos empleados), el Sr. Hayes estima que en la presente etapa el debate sólo puede ser provisional. Posiblemente, tras la primera lectura, algunos de los términos que figuran en el artículo no tendrán que ser definidos, mientras que habrá

que definir otros términos. Así las cosas, el orador se congratula de la nueva orientación que se ha dado a las dos definiciones del apartado a, y dice que es partidario de emplear, en la definición de «riesgo apreciable», las palabras «muy importante» y no la palabra «desastroso». El Comité de Redacción podría estudiar las siguientes cuestiones: ¿Las «actividades» deben ser parte de la definición de «riesgo»? ¿dónde debe ubicarse en el inciso i) del apartado a la cláusula «no obstante las precauciones que pudieren adoptarse a su respecto»?

34. El Sr. Hayes se congratula de constatar que el medio ambiente se menciona en el apartado c, pero se pregunta si no habrá que modificar dicho apartado en el caso de que la Comisión decida, como es de esperar, que en el proyecto de artículos se prevean los daños causados en las «zonas comunes» de la humanidad. Por razones prácticas, estima necesario mantener la palabra «control», con objeto de prever la protección de la población en zonas no sometidas a la jurisdicción de un Estado.

35. En lo tocante al apartado d, el Sr. Hayes dice que prefiere la expresión inglesa «source State» a «State of origin». Se congratula del texto enmendado de ese apartado, sugerido por el Sr. McCaffrey (párr. 16 *supra*), pero se pregunta si el texto no debería simplificarse aún más, en los siguientes términos:

«d) se entiende por “Estado de origen” el Estado bajo cuya jurisdicción o control ocurren las actividades a que se refiere el artículo 1.»

Manifiesta también su satisfacción por el texto revisado del apartado e propuesto por el Relator Especial y por la referencia expresa al medio ambiente que en él se hace.

36. El orador no considera satisfactorio el título del proyecto de artículo 3 (Asignación de obligaciones), al menos en inglés, y opina que una traducción más fiel del texto español original podría resolver el problema. Con todo, considera que el artículo es mejor que el texto anterior, y toma nota, con satisfacción, de que el artículo mismo expresamente dispone que recaerá sobre el Estado de origen la obligación de probar que no conocía o no tenía los medios de conocer.

37. Manifiesta su preferencia por la variante B propuesta para el proyecto de artículo 5 (Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional). Constata que se ha atendido su solicitud de modificación del proyecto de artículo 6 (La libertad de acción y sus límites) para que éste se atenga más estrechamente al Principio 21 de la Declaración de Estocolmo<sup>14</sup>.

38. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 7 (La cooperación), el Sr. Hayes se complace en observar que la prevención y la reparación se tratan por separado, como es consecuencia lógica del artículo 1. Se pregunta, no obstante, si la obligación de cooperar con las organizaciones internacionales debe ser absoluta, porque en algunos casos puede que no sea nada deseable. También se pregunta por qué la obligación del Estado afectado de cooperar para minimizar los efectos en el territorio del Estado de origen depende de que se haya producido un accidente.

39. El Sr. Hayes toma nota con satisfacción de que el anterior proyecto de artículo 8 (La participación)<sup>15</sup> no

<sup>13</sup> *Anuario...* 1988, vol. I, pág. 220, 2074.ª sesión, párrs. 3 y 4.

<sup>14</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 6.

<sup>15</sup> *Ibid.*, nota 5.

figura ya en el capítulo II del proyecto; sus disposiciones podrán incorporarse, en lo esencial, a otro capítulo. En lo tocante al actual proyecto de artículo 8 (La prevención), el orador estima adecuado que en dicho artículo se haga recaer sobre el Estado de origen la responsabilidad de la prevención, con independencia del deber de cooperación previsto en el artículo 7. Sin embargo, el Sr. Hayes no cree que la segunda frase del artículo 8 constituya una mejora con respecto a la expresión «medidas de prevención razonables» que figuraba en el anterior artículo 9.

40. Refiriéndose, para terminar, al proyecto de artículo 9 (La reparación), el Sr. Hayes manifiesta su decepción por no encontrar en él referencia alguna a la víctima inocente del daño transfronterizo. Recuerda que al comienzo del debate consagrado al tema por la Comisión en su 39.º período de sesiones, el Relator Especial destacó tres principios generales que debían aplicarse en esta esfera:

i) Cada Estado debe gozar en su territorio de la máxima libertad de acción que sea compatible con el respeto de la soberanía de los demás Estados,

ii) Los Estados deben respetar la soberanía y la igualdad de los demás Estados,

iii) No se debe hacer soportar a la víctima inocente la pérdida resultante de los efectos perjudiciales transfronterizos<sup>16</sup>

El Sr. Hayes creía que esos tres principios quedarían reflejados en el capítulo II del proyecto (Principios). De hecho, sólo lo están los dos primeros, en el proyecto de artículo 6; el tercero debería estarlo también, en el proyecto de artículo 9. Por lo demás, el Sr. Hayes estima que las palabras «principalmente teniendo en cuenta que la reparación debería tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño» al final del artículo 9 están más bien vinculadas a los criterios que rigen las negociaciones sobre la reparación y, por lo tanto, no deberían incluirse en esa disposición. En el período de sesiones anterior<sup>17</sup>, indicó lo que pensaba que debería ser el contenido del artículo (entonces proyecto de artículo 10) y ahora sugiere que se enmiende para que diga:

«El Estado de origen deberá reparar el daño transfronterizo causado por una actividad del artículo 1. La naturaleza y amplitud de la reparación se determinarán por negociación entre el Estado de origen y el o los afectados, conforme a los criterios contenidos en estos artículos y habida cuenta del hecho de que no se debe hacer soportar a la víctima inocente la pérdida resultante de los efectos perjudiciales transfronterizos.»

El Sr. Hayes no ignora que si el Relator Especial ha abandonado este último principio es en parte porque había sido mal comprendido en el anterior proyecto de artículo 10. Sin embargo, opina que el principio tiene importancia suficiente para ocupar, en una forma clara, el lugar que le corresponde en el proyecto de artículos.

41. En respuesta a una pregunta del Sr. BEESLEY, el PRESIDENTE dice que la secretaría se encargará de distribuir, en forma de documentos oficiosos, las propuestas de redacción concretas formuladas en relación con el tema.

*Se levanta la sesión a las 11.15 horas.*

## 2110.ª SESIÓN

*Jueves 1.º de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### **Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) (A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/413<sup>2</sup>, A/CN.4/423<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. B)<sup>4</sup>**

[Tema 7 del programa]

#### **QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)**

##### **ARTÍCULOS 1 A 17<sup>5</sup> (continuación)**

1. El Sr. SHI da las gracias al Relator Especial por su conciso y bien documentado quinto informe (A/CN.4/423) y le felicita por haber presentado 17 proyectos de artículos, de los que los primeros nueve son revisiones de los diez artículos remitidos al Comité de Redacción en el anterior período de sesiones<sup>6</sup>.

2. En el proyecto de artículo 1, el Relator Especial ha ampliado en cierta medida el alcance de los artículos para que engloben las actividades que causan daños transfronterizos apreciables. Se trata de una fórmula de transacción, adoptada a la luz de los diferentes puntos de vista expresados en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. El orador recuerda que en el anterior período de sesiones<sup>7</sup> había señalado que basar la responsabilidad en el riesgo podría excluir actividades que, sin entrañar riesgo, pueden causar daños de gran magnitud. Concuera también con el Relator Especial en que la responsabilidad regulada por el proyecto de artículos debe tener límites y en que no debe caerse en la responsabilidad absoluta. En ese sentido, el Relator Especial ha hecho una distinción adecuada entre actividades y actos: la responsabilidad debe vincularse al carácter de la actividad, y los actos, para

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1985, vol. II (primera parte)/Add 1

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>4</sup> El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, el plan esquemático se reproduce en *Anuario* 1982, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), párr. 93, párr. 294

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2108.ª sesión, párr. 1

<sup>6</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 5

<sup>7</sup> *Anuario* 1988, vol. I, párr. 28, 2047.ª sesión, párr. 27

<sup>16</sup> *Anuario* 1987, vol. II (segunda parte), párr. 51, párr. 194 d

<sup>17</sup> *Anuario* 1988, vol. I, párr. 221, 2074.ª sesión, párr. 14

quedar englobados en el proyecto, deben estar ligados a una actividad que entrañe riesgos o produzca efectos perjudiciales y no deben ser aislados y ajenos a toda actividad.

3. El proyecto de artículo 7 circunscribe en términos específicos la esfera en la que nace el deber de cooperación, que es la de la prevención y el control de los efectos nocivos. Sin embargo, el artículo, como la disposición correspondiente del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, debería referirse también a los principios fundamentales de derecho internacional en los que se apoya la cooperación entre los Estados de origen y los Estados afectados. El orador se congratula de la supresión del anterior proyecto de artículo 8 sobre la participación, pues ésta está implícita en el artículo sobre la cooperación, y la redacción del anterior artículo era imprecisa y podía dar lugar a malentendidos.

4. Con arreglo al actual proyecto de artículo 8, que es una versión modificada del anterior proyecto de artículo 9, la inobservancia del deber de prevención está en relación directa con la adopción de los mejores medios practicables y disponibles. El orador mantiene la opinión que ya expresó en el período de sesiones anterior<sup>8</sup>, a saber, que el mero hecho de no adoptar medidas preventivas no entraña responsabilidad ni da derecho alguno a accionar. Sólo puede atribuirse responsabilidad al Estado de origen si el hecho de no haber tomado las medidas adecuadas conlleva daños o si se producen efectos nocivos a pesar de las medidas adoptadas. El principal problema que se plantea es el tipo de régimen jurídico al que se aplicaría el proyecto. Aunque el Relator Especial estima (*ibid.*, párr. 42) que, de no producirse efectos nocivos, nadie verificaría si los medios utilizados para prevenir dichos efectos eran o no adecuados, el Estado afectado puede, con arreglo al artículo 7, relativo a la cooperación, y a los artículos sobre la notificación, pedir la inspección y verificación de las medidas preventivas. Si el Estado afectado encontrara que las medidas adoptadas por el Estado de origen no eran los mejores medios practicables y disponibles para evitar o minimizar el riesgo de daño transfronterizo, ¿constituiría el hecho de que el Estado de origen no hubiera adoptado las medidas un acto ilícito del que dimanaría responsabilidad del Estado? Se trata de una cuestión de no escasa importancia, y en ese sentido la redacción del artículo 8 peca de imprecisión.

5. Los artículos modificados son, sin duda, una mejora, y, como es natural, los problemas de redacción pueden solventarse en el Comité de Redacción. El orador concuerda con el Sr. Hayes (2109.ª sesión) en que el proyecto de artículo 2, relativo a los términos empleados, debe tener carácter provisional y revisarse detenidamente tras la primera lectura del proyecto.

6. Los nuevos proyectos de artículos 10 a 17, correspondientes al capítulo III del proyecto, consagran normas de procedimiento sobre notificación y medidas complementarias. En su mayor parte, se inspiran en las disposiciones comparables del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El orador se pregunta, no obstante, hasta qué punto han de tener ambos temas las mismas normas de procedimiento. Por ejemplo, como ha se-

ñalado el Sr. McCaffrey (*ibid.*), los daños causados por actividades que entrañan riesgo se producen a menudo a gran distancia, por lo que es difícil estimar por anticipado qué Estados resultarán afectados. En esos casos, ¿a qué Estado o Estados deberá informar el Estado de origen? El Sr. McCaffrey también sugirió que se estableciera algún tipo de mecanismo internacional para centralizar las notificaciones, sugerencia con la que el orador no está actualmente en condiciones de expresar su acuerdo o desacuerdo. En la Sexta Comisión se expresó la opinión de que en una futura convención no debía imponerse a los Estados que tuvieran intención de emprender nuevas actividades una obligación sistemática de consultar a todos los Estados potencialmente afectados, porque ello equivaldría a otorgar un derecho de veto sobre dichas actividades. Hay otras diferencias entre los dos temas, algunas de ellas puestas de relieve por el Relator Especial en su informe (A/CN.4/423, párr. 111). Por consiguiente, la simple analogía entre los dos temas quizá no sea adecuada para sentar las bases de las normas correspondientes al capítulo III del proyecto. Se trata de un problema complejo que merece detenida consideración.

7. El Sr. REUTER dice que en la labor del Relator Especial sobre el tema se destacan dos aspectos. En primer lugar, y pese a que desde el principio algunos miembros de la Comisión estimaron que el tema no tenía entidad alguna, el Relator Especial no se ha dejado intimidar por las dudas y ha tenido fe en su tema. También el orador cree en él, especialmente después de leer los nuevos proyectos de artículos 10 y siguientes. En una cuestión tan compleja, convendría que la Comisión actuara en dos sentidos, preguntándose cuáles son las normas sustantivas que desea establecer y los procedimientos que quiere regular. Aunque está enteramente de acuerdo en que el aspecto sustantivo debe ser el primero en tratarse, estima que el tema en su conjunto se verá a una luz más cruda, pero más clara, cuando llegue el momento de fijar las normas de procedimiento.

8. Un segundo aspecto notable es el genuino y desinteresado deseo del Relator Especial de hacer justicia a las opiniones expresadas por todos los miembros de la Comisión. Ello le ha obligado a tratar la cuestión con cierta amplitud, refiriéndose en los comentarios y explicaciones a la posición especial mantenida por algunos miembros.

9. En relación con el quinto informe (A/CN.4/423) en general, el orador recuerda que el Sr. Ushakov, ex miembro de la Comisión, a quien todos recuerdan, solía preguntar: «¿De qué estamos hablando?» La respuesta es: de situaciones transfronterizas que en principio no entrañan un elemento de ilicitud. En ese sentido, el Sr. Reuter se pregunta, sin ánimo de resolver la cuestión, si las situaciones transfronterizas multilaterales, en contraste con una situación bilateral clara, están previstas en el proyecto. Evidentemente, ello plantea cuestiones de procedimiento, pero el orador opina que también suscita una cuestión sustantiva. Piensa especialmente en la contaminación atmosférica a gran distancia y en la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979<sup>9</sup>. No está seguro de que en esos casos sea posible referirse a los mismos mecanismos y normas.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párr. 31.

<sup>9</sup> Véase 2109.ª sesión, nota 12.



10. De hecho, la Comisión cabalga al mismo tiempo en dos corceles, pues está tratando simultáneamente el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales y la cuestión general del daño transfronterizo. En ese sentido, el orador no está seguro de que los artículos sobre la relación con los convenios existentes que el Relator Especial acaba de revisar sean suficientes. Una posibilidad sería dar a los Estados afectados por una situación fronteriza prevista en los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales la posibilidad de invocar el régimen establecido en los artículos correspondientes al tema actualmente objeto de debate. Cabe afirmar que los Estados tienen esa posibilidad en sus relaciones bilaterales, pues no puede impedirse a una parte en un tratado que invoque un régimen acordado. En ese sentido, el orador señala que el Relator Especial ha planteado el problema de la aplicación simultánea de varios regímenes en virtud de un tratado, caso en el que es casi seguro que se suscite la cuestión de la opción. Ese es un posible enfoque, aunque no enteramente satisfactorio.

11. Otro enfoque sería aplicar la máxima latina *specialia generalibus derogant* y, a contrario, *specialia per generalibus non derogantur*, lo que significaría que el proyecto, en forma de convención, tendría por objeto regular el problema de las situaciones transfronterizas en los términos más generales posible. En otras palabras, sería lo que podría denominarse un convenio supletorio: las normas sustantivas se redactarían en términos muy generales con objeto de prever soluciones mínimas, sometiendo cuanto fuera más allá a convenios especiales. En ese caso no habría opción en lo tocante a los artículos sobre los cursos de agua internacionales, pues dichos artículos se aplicarían a todas las situaciones relacionadas con dichos cursos de agua. Lo mismo podría decirse de todos los demás convenios, incluida la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias. Por consiguiente, sería necesario establecer un principio orientador, y si la Comisión decide adoptar esa posición, el orador está dispuesto a aceptarla.

12. Particular importancia tiene determinar si la Comisión va a establecer normas fieles a la situación original, en la que no hay acto ilícito. Con todo, el orador se pregunta si es posible hacerlo al establecer normas y, en particular, procedimientos. Su opinión, en la que, no obstante, no insistirá, es que por el mero hecho de enunciar los artículos 10 y siguientes se introducen algunos elementos que en sentido estricto quizá no se relacionen a la ilicitud en sí, pero que no dejan de ser esenciales, como la reparación. Le habría gustado utilizar algún otro término, pues la reparación está vinculada a la responsabilidad de los Estados en sentido tradicional. En francés, la palabra «compensations», en plural, se refiere al resultado final, en forma de servicios o pagos en efectivo o en especie, de una situación en la que se han causado daños. Si no se equivoca, en inglés el término «compensation», en contraste con «damages», denota la determinación de una suma de dinero que equivale a algo que ha desaparecido. Ese es precisamente el eslabón más débil de todo el análisis. Por lo demás, tampoco refleja la posición del Relator Especial contenida en los excelentes argumentos aducidos en su informe (*ibid.*, párrs. 70 y 71), donde se demuestra que la *restitutio in integrum* al Estado afectado es imposible.

13. La cuestión del procedimiento es muy importante, pero no es nada seguro que los gobiernos quieran llegar tan lejos como la Comisión. Por ejemplo, el texto del apartado d del proyecto de artículo 10 es demasiado categórico. El artículo, aunque por su naturaleza es una propuesta, al referirse al Estado de origen dice que «deberá», imponiendo así una obligación desde el principio. Es necesario encontrar una redacción más diplomática.

14. Por lo que se refiere al artículo 12, las posiciones del Estado potencialmente afectado y el Estado de origen deben ser simétricas. Por consiguiente, el procedimiento establecido en el artículo debe entrañar más que una simple advertencia. El Estado potencialmente afectado también debe tener el derecho de iniciativa, así como el de sometimiento (*saisine*) del asunto a un tribunal para lograr la aplicación de la norma.

15. En relación con el proyecto de artículo 16, el orador pone de relieve que hay varios tipos de negociación, y que para que se celebren negociaciones es necesario que las partes estén dispuestas a entablarlas. La obligación de negociar sería ineficaz si las posiciones iniciales fueran demasiado rígidas. Evidentemente, es muy difícil enunciar en una forma aceptable una obligación de negociar. De todas maneras, y especialmente en el caso de las situaciones transfronterizas multilaterales, la Comisión debería prever la obligación de buscar un arreglo bajo los auspicios de una organización internacional; ello haría mucho más probable el éxito de las negociaciones. En el proyecto podría disponerse que cada una de las partes tendría derecho a proponer que se celebraran consultas en el marco de una organización internacional, que a su vez podría prestar sus buenos oficios. La redacción no debería ser demasiado perentoria. Por lo demás, en las negociaciones mismas debe exigirse a las partes que motiven sus posiciones y propuestas.

16. El resultado final debería ser una solución en términos de *compensations* (en el sentido en que el orador ha utilizado antes el término), quizá en forma de asistencia recíproca, que podría englobar perfectamente pagos en dinero y quizá algún régimen especial. Sin embargo, el Relator Especial propone que el arreglo definitivo represente un equilibrio de intereses. El orador, por su parte, estima esencial evitar toda referencia a la «reparación» y reflejar en el enunciado la idea de la comunidad de intereses entre los Estados de que se trate. Igualmente importante es no utilizar la expresión «víctima inocente», porque, de hecho, ambas partes pueden ser inocentes.

17. El Sr. BEESLEY felicita al Relator Especial por la profundidad de pensamiento evidente en su quinto informe (A/CN.4/423) y por la originalidad de su enfoque, que en parte refleja la novedad de muchos de los conceptos que entran en juego en la esfera de la responsabilidad internacional. Naturalmente, algunos de esos conceptos, como el derecho de los actos ilícitos civiles (*law of tort*), son más comunes en algunos sistemas jurídicos que en otros, circunstancia que posiblemente sea la causa de parte de la dificultad para lograr un texto generalmente aceptable. Debe señalarse que el mandato de la Comisión es desarrollar el derecho internacional dentro de los límites establecidos por los puntos de referencia del tema mismo, que no se refiere a actos «lícitos» o «ilícitos», sino más bien a «actos no prohibidos por el derecho internacional».



18. El quinto informe constituye un importante esfuerzo por avanzar desde el enfoque casi «teológico» de las primeras fases de la labor sobre el tema hacia aspectos más prácticos con la elaboración de artículos concretos. El Relator Especial ha tenido presente la necesidad manifiesta de hacer referencia específica al medio ambiente como tema cuya inclusión en el proyecto es oportuna, así como la necesidad de reflejar la creciente importancia de los nuevos criterios sobre el «patrimonio común». También ha atendido a la necesidad de reflejar las dos corrientes de pensamiento que existen en la Comisión, a saber, el enfoque que basa la responsabilidad en el riesgo y el que la basa en el daño. Igualmente ha sabido hacerse eco del interés por evitar una excesiva concreción en cuestiones como las normas precisas que podrían aplicarse a los casos relacionados con el medio ambiente, llevando de esta manera los proyectos de artículos a un acuerdo de marco global, dejando normas precisas para protocolos específicos o acuerdos de aplicación común.

19. El orador encomia al Relator Especial por no haber vacilado en inspirarse en otras ramas del derecho, incluidas las relativas a los usos de los cursos de agua internacionales, la responsabilidad de los Estados y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Se congratula de observar que se reconoce explícitamente la interrelación de esos temas, sin la cual el desarrollo progresivo del derecho internacional, con independencia de su codificación, sería imposible. La Comisión debe ser ecléctica en la búsqueda de precedentes para su labor: con arreglo a ese criterio, el Relator Especial no ha vacilado en aprovechar el valioso precedente del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo<sup>10</sup>, en el que se afirman tanto la soberanía como la interdependencia de los Estados. Otro instrumento pertinente es el Convenio de Londres sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, de 1972<sup>11</sup>, así como la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, que contiene una sección entera sobre la contaminación del medio marino. Sin embargo, la labor de desarrollo progresivo entraña mucho más que citar precedentes y llenar lagunas, y su importancia no debe subestimarse. Cuando faltan precedentes, pueden examinarse tanto la ley nacional como la práctica de los Estados, un criterio adoptado ya en el asunto de la *Fundición de Trail*<sup>12</sup>.

20. Aunque el Relator Especial quizá no haya logrado enterrar todas aquellas controversias de larga data, no cabe duda de que las ha abordado y ha planteado las cuestiones pertinentes, dando la oportunidad así de resolverlas a la Comisión. En ese sentido, conviene destacar que hasta el momento las expresiones «responsabilidad causal» y «responsabilidad absoluta» parecen haberse utilizado como si fueran intercambiables; el orador, sin embargo, estima que la responsabilidad causal engloba las consecuencias derivadas de un acto, mientras que por responsabilidad absoluta se entiende una responsabilidad sin límites de ninguna especie. Se trata de una distinción a la que la Comisión debe prestar cierta atención.

21. La principal novedad del quinto informe radica en el desplazamiento del acento puesto en el riesgo como

base de la responsabilidad a una combinación de daño y riesgo. De esa forma el riesgo no se elimina como criterio, si bien queda aún por resolver un problema de incompatibilidad. El orador es partidario de distinguir en capítulos independientes del proyecto la responsabilidad por daño apreciable y las situaciones especiales que entrañan riesgo, aunque la utilización de ambos enfoques conceptuales no supone una dificultad insuperable. En ese sentido, son encomiables los esfuerzos del Relator Especial por lograr una solución de transacción.

22. Aunque las enmiendas sugeridas por el Sr. McCaffrey y el Sr. Hayes (2109.ª sesión) no son propuestas oficiales de redacción, quizá sea útil remitirlas al Comité de Redacción para que las estudie. Ese procedimiento sería compatible con la práctica establecida de la Comisión. En lo que se refiere concretamente al proyecto de artículo 1, las modificaciones propuestas por el Sr. McCaffrey (*ibid.*, párr. 13) eliminan algunos elementos innecesarios, aunque el orador, por su parte, estima que aún no se ha aclarado si el término «territorio» es superfluo. La Comisión no debe preocuparse en exceso por la elección entre «actos» y «actividades», pues por lo general es posible diferenciar ambos términos en la práctica.

23. Otra cuestión que en principio parece meramente relacionada con la redacción, pero que de hecho tiene repercusiones sustantivas, es la del riesgo que se puede percibir; en principio, el orador es partidario de sustituir esa expresión por la de «riesgo discernible». Conviene en que hay que encontrar alguna forma de establecer diferencias con arreglo al grado de gravedad del riesgo derivado de los actos o actividades.

24. La palabra «simple», utilizada en el inciso ii) del apartado a del proyecto de artículo 2 para calificar el examen de la actividad, quizás no sea la mejor, pero se trata de un problema que el Comité de Redacción puede solucionar. Más difícil es encontrar, en el proyecto de artículo 1, un sustituto para la palabra «lugares». Aunque no es muy elegante desde el punto de vista jurídico, la palabra tiene al menos la virtud de ser fácilmente comprensible, pese a lo cual el orador prevé que podría ser sustituida por «parajes», «ubicaciones» o incluso «zonas».

25. El orador conviene con el Sr. McCaffrey en que la expresión «a lo largo de su desarrollo» no está bien escogida y con su sugerencia (*ibid.*, párr. 15) de que sería mejor referirse en el apartado b del artículo 2 a «daños transfronterizos continuos». La Comisión también debe considerar cómo formular mejor una disposición para la situación en que las actividades que tienen lugar bajo la jurisdicción o control de un Estado repercuten en un Estado geográficamente muy alejado del Estado de origen, o en la que son afectados varios Estados.

26. De una importancia igual es la cuestión del «patrimonio común», que se incluyó específicamente en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y que es un concepto que comienza a ser aplicado a la atmósfera. Es en derecho evidente que un Estado tiene soberanía sobre su atmósfera hasta el punto en que comienza el espacio ultraterrestre, pero existe ahora una tendencia creciente a reconocer que la atmósfera forma parte también del patrimonio común —es decir, los recursos compartidos de la humanidad— y es necesario conciliar esos dos conceptos de soberanía y de patrimonio común. El problema no es en absoluto académico, habida cuenta de las actuales controversias

<sup>10</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 6.

<sup>11</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1046, pág. 122.

<sup>12</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 9.

sobre el impacto de los clorofluorocarbonos sobre la capa de ozono y el recalentamiento global causado por los gases producidos por el efecto de «invernadero», y la cuestión de la determinación de la responsabilidad no puede simplemente pasarse por alto. A largo plazo quizá sea posible proceder a elaborar normas basadas en el principio de que puede derivarse responsabilidad cuando una actividad concreta degrade gravemente el medio ambiente y un Estado o Estados a sabiendas y voluntariamente persistan en ella. Se está otorgando seria consideración al establecimiento de cajas de compensación en foros legislativos, lo que parece reflejar un criterio basado en la responsabilidad sin culpa.

27. En algunas partes del proyecto, las dificultades parecen derivar de los términos utilizados más que de los conceptos subyacentes. En el título del proyecto de artículo 3, la necesidad de escoger entre «atribución» y «asignación» de obligaciones puede solventarse adoptando la sugerencia del Sr. McCaffrey: «determinación de la responsabilidad». Es importante evitar el uso de términos tales como «reparación» (art. 9), que puede implicar que la Comisión está desarrollando una rama de otras esferas del derecho, tal como la responsabilidad de los Estados, en la que el término tiene un significado específico.

28. La naturaleza del tema justifica un examen detenido de los precedentes existentes, incluyendo decisiones de tribunales internacionales, por ejemplo, en los asuntos de la *Fundición de Trail*, del *Lago Lanós*<sup>13</sup> y del *Estrecho de Corfú*<sup>14</sup>. Tales precedentes formarían la base para las disposiciones «orientadas al daño» del proyecto. La Comisión también podría tomar en cuenta la serie de convenciones internacionales sobre actividades ultrapeligrosas, tales como la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, de 1962; la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963; el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 1960; el Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materias nucleares, de 1971; el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972, y el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969<sup>15</sup>. Esos precedentes pueden dar la base para un capítulo separado en el que la responsabilidad se basara en el riesgo. La Comisión también debe considerar el trabajo de las conferencias legislativas y las reuniones de expertos que tratan de los problemas que intenta abarcar el previsto convenio marco. La sensación de urgencia sobre la modificación del medio ambiente y los cambios climáticos que se ha puesto de manifiesto en otros foros ya encontró expresión en las recomendaciones 70 y 71 del Plan de Acción para el Medio Humano adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en 1972<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Texto original francés en Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.º de venta 63.V.3), págs. 281 y ss., reproducido parcialmente en *Anuario* 1974, vol. II (segunda parte), págs. 206 y ss., documento A/5409, párrs. 1055 a 1068.

<sup>14</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 10.

<sup>15</sup> En el documento A/CN.4/384, anexo I, figuran referencias a estas convenciones.

<sup>16</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, op. cit. (2108.ª sesión, nota 6), primera parte, cap. II B.

29. En estas circunstancias, la Comisión debería adoptar un criterio abierto, prestando debida consideración a las diversas opiniones y a la labor ya realizada por otros. La Comisión se encuentra en una posición de hacer una contribución única al desarrollo progresivo de importantes cuestiones de derecho ambiental internacional y no debería renunciar a sus responsabilidades dejando esta materia a otros órganos legislativos. Por esas razones, celebra el espíritu ponderado del quinto informe del Relator Especial y su invitación al diálogo, a la cual ha respondido la Comisión. Claramente, el nivel y el tono del debate sugieren un espíritu de conciliación. Cree que se puede llegar a un acuerdo que refleje la necesidad de un capítulo separado para cada una de las bases de la responsabilidad, vale decir «daño» y «riesgo», basando la primera en las decisiones de los tribunales internacionales y las obras de los publicistas, y la segunda tomando en cuenta las convenciones sobre actividades ultrapeligrosas.

30. El Sr. TOMUSCHAT dice que el presente tema es innegablemente el más complejo del programa de la Comisión. Además, ahora es evidente que el paralelismo que inicialmente se estableció con el tema de la responsabilidad de los Estados es engañoso. La responsabilidad de los Estados se concreta principalmente a las normas secundarias, mientras que la labor principal de la Comisión en el presente tema es establecer normas primarias. Estas normas se centran en torno a la protección del medio ambiente, aunque los proyectos de artículos no lo dicen explícitamente, salvo en el apartado c del proyecto de artículo 2. La Comisión no ha de temer el examen de cuestiones de interés tan inmediato; es más, si se limita a los problemas que los políticos califican de «académicos», es posible que un día su existencia misma se ponga en tela de juicio. Por consiguiente, el orador celebra los esfuerzos del Relator Especial para abrir un nuevo camino en su quinto informe (A/CN.4/423).

31. Los propios proyectos de artículos son ejemplo de desarrollo progresivo del derecho, aunque muchas de las normas propuestas en ellos se basan en instrumentos existentes que constituyen el *corpus* del derecho del medio ambiente que se está desarrollando rápidamente. Hay en la actualidad un desarrollo generalizado de instrumentos de esa naturaleza, pero es difícil encontrar normas consuetudinarias que sean lo bastante precisas. Dada la falta de soluciones ya establecidas para los diversos problemas que se plantean, hay que desarrollar el derecho en esta materia. En vista de la rápida expansión del derecho del medio ambiente que se ha producido en el pasado decenio, es necesario que la Comisión se formule también la difícil pregunta de si todavía hace falta una especie de convención marco. Muchos instrumentos legales establecen ya normas que son mucho más detalladas y severas que las normas propuestas por el Relator Especial. Las normas legales pertinentes de la Comunidad Económica Europea, por ejemplo, figuran en una serie de directrices concretas. Ahora bien, esos instrumentos no forman un todo coherente. La Comisión, en cambio, está tratando de formular una estructura jurídica general y coherente, una estructura que, no obstante, sólo puede desempeñar una función supletoria, puesto que las normas específicas deben tener siempre la precedencia.

32. El fundamento de los proyectos de artículos todavía no puede darse por sentado. Las disposiciones de los proyectos de artículos revisados 1 a 9, y en particular los

artículos 6 a 9, deben formularse con sumo cuidado; estos artículos, en los que se prescribe lo que los Estados deben hacer en ciertas situaciones, es la base sobre la que se asienta el tema. El proyecto de artículo 8, relativo a la prevención, enuncia la más importante de esas normas al imponer a los Estados un deber general de vigilar y regular las actividades que se realizan en su territorio o bajo su jurisdicción o control. La norma propuesta desdibuja hasta cierto punto la estricta línea divisoria entre los actos del Estado y los actos de los particulares que aparece en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>17</sup>. La misma norma se enuncia en otros muchos regímenes especiales existentes, pero nunca ha sido formulada anteriormente en términos tan amplios y completos. En vista de su fundamental importancia, se le debería cambiar de lugar y anteponerlo al proyecto de artículo 7, relativo a la cooperación, que es una etapa posterior a la prevención. Asimismo, el significado jurídico preciso del principio de la cooperación, establecido en el artículo 7, todavía no está claro, aunque ha recibido la aprobación de la Asamblea General 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<sup>18</sup>, que la CIJ, en su fallo sobre el asunto de *Nicaragua*<sup>19</sup>, ha declarado generalmente abarca el derecho consuetudinario.

33. Aparte de las normas primarias, los capítulos I y II del proyecto, y sobre todo los proyectos de artículos 1, 3 y 8, contienen algunas proposiciones que pueden calificarse de «reservas generales» de toda obligación jurídica impuesta por el derecho internacional. Estas proposiciones definen el ámbito *ratione temporis*, *ratione territoriae* o *ratione materiae* de obligaciones internacionales que se presentarán en el proyecto. El Sr. Tomuschat duda, no obstante, de que deba dárseles una forma tan explícita. En el artículo 1 no es necesario afirmar que los artículos se aplican con respecto a las actividades «que se desarrollen en el territorio de un Estado o en otros lugares bajo su jurisdicción... o... bajo su control»: se trata de una norma general de derecho internacional que se aplica *pari passu* a las obligaciones destinadas a garantizar el respeto de los derechos humanos, a combatir ciertas enfermedades, a promover el desarme, a no permitir la proliferación de las armas nucleares, etc. El artículo 1 podría, pues, simplificarse, bien sea utilizando la redacción sugerida por el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 13) o con una fórmula todavía más simple, como:

«Los presentes artículos se aplicarán a las actividades cuya realización cause un daño transfronterizo o suponga un riesgo apreciable de ello.»

34. Otra salvedad general se encuentra en el proyecto de artículo 3, relativo al deber de prevención enunciado en el artículo 8. Por consiguiente, las disposiciones del artículo 3 deberían pasar a ser parte del artículo 8. Pero el Sr. Tomuschat duda de que haya algo nuevo en el artículo 3: en él meramente se prevé una situación que se plantea invariablemente siempre que un Estado emprende una campaña para combatir ciertos males sociales. Si el

Estado tiene efectivamente el conocimiento del daño, la situación es clara; si no lo tiene, se aplica la obligación normal de diligencia debida. Así considerada, la segunda oración del artículo 8 parece afirmar lo evidente. Según el principio de la diligencia debida, los Estados tienen la obligación de tomar medidas que correspondan a sus compromisos. El único problema es el del tipo de medidas que están obligados a adoptar: ¿las que son a la vez objetivamente necesarias y técnicamente factibles o las que están en condiciones de aplicar en armonía con sus recursos económicos y técnicos? En una palabra, las salvedades generales son superfluas; nada hay en ellas que vaya más allá de las normas generales que rigen la amplitud y alcance de las obligaciones impuestas por el derecho internacional.

35. Hay otro grupo de disposiciones, las del proyecto de artículo 9, sobre reparación, de las que podría decirse que constituyen una serie de normas secundarias autónomas. El deber de reparar o proveer compensación dimana, ya sea de una violación de una obligación internacional o ya sea de otros principios básicos de derecho internacional, especialmente del principio de que no debe dejarse que la víctima inocente soporte la totalidad de la pérdida. Se ha aducido que el Estado de origen podría ser él mismo inocente. Pero ¿dónde queda de ese modo el Estado «víctima»? Si un Estado no puede impedir una actividad peligrosa realizada por otros Estados, debe ser por lo menos indemnizado si se le causa un daño como resultado del riesgo que esa actividad supone. El principio de que la parte que se beneficia de la actividad debe también soportar la carga de ella es un corolario lógico de la igualdad soberana de los Estados. De todos modos, el Sr. Tomuschat no está de acuerdo con la formulación del artículo 9. Le parece inaceptable que haya un deber de reparación o de proveer compensación simplemente porque se ha producido un daño transfronterizo. La base en que se funda no es bastante clara. De todos modos, la regla no debe aplicarse a todos los casos de daños; si el factor riesgo está ausente y el Estado de origen no ha podido prever el daño, sólo debe incurrir en el deber de reparación si se trata de un daño grave. En tales casos, un simple nexo causal debe ser suficiente para determinar la responsabilidad. Al igual que el Sr. Beesley, el orador opina que la responsabilidad por razón del riesgo y la responsabilidad por razón de un daño grave deben tratarse separadamente.

36. La referencia que en el artículo 9 se hace a la negociación es poco afortunada. Aunque la negociación es un método normal de solución de controversias, debe basarse en principios rectores claros. Desgraciadamente, el orador no puede sugerir ninguna fórmula sustitutiva en este momento, porque el principio de la igualdad probablemente es demasiado vago.

37. En suma, los capítulos I y II del proyecto contienen muchos elementos dispares que deben deslindarse y reajustarse.

38. Por lo que se refiere a los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 del capítulo III, hay cierta originalidad en la propuesta de procedimientos formales para la evaluación de los efectos en el medio ambiente de las actividades nocivas, aunque esos procedimientos podrían no ser apropiados para todos los tipos de actividades. El informe alude al uso de determinados fertilizantes, las descargas de automóviles, etc. (A/CN.4/423, párr. 108 b). Las actividades en consideración exigen un tratamiento diferente, ya sea en forma de una mejor reglamentación internacio-

<sup>17</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 8.

<sup>18</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

<sup>19</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *fond*, fallo de 27 de junio de 1986, C.I.J. Recueil 1986, pág. 14.

nal, ya sea por medio de conferencias multilaterales o por medio de las organizaciones internacionales competentes. El marco multilateral es siempre preferible; los medios de solución bilaterales sólo deben aplicarse cuando las relaciones de vecindad están amenazadas, por ejemplo, por la ubicación de instalaciones potencialmente dañinas, tales como las plantas de energía nuclear o la descarga de desechos nucleares cerca de una frontera internacional. En tales casos, los Estados vecinos deben tener derecho a oponerse, puesto que existe un elemento internacional *a priori* que justifica la limitación de los poderes soberanos del Estado territorial. Al Sr. Tomuschat le agradaría, pues, un enunciado más claro del ámbito *ratione materiae* de los artículos 10 y siguientes. El sistema propuesto por el Relator Especial puede resultar impracticable si se formula en términos que abarquen todas las actividades humanas; los Estados podrían simplemente rechazarlo por ese motivo.

39. El proyecto de artículo 10 puede mejorarse mucho. Las palabras «cuando un Estado tuviere motivos razonables para estimar...» deben suprimirse; se da por supuesto que los Estados están enterados de lo que ocurre en su territorio. El artículo debería empezar con las palabras «Los Estados deberán». Hay una dificultad, que es la misma que se plantea en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación: la necesidad de estimular a los Estados a facilitar información, sin tratar la notificación como equivalente a una admisión de culpa. El artículo debería bastar para ciertos casos, en particular para el caso de establecimiento de instalaciones potencialmente peligrosas cerca de una frontera internacional. En los demás casos, debe corresponder a los Estados afectados presentar objeciones.

40. Dada la naturaleza del tema, la Comisión necesita alguna ayuda en lo que se refiere a los aspectos del medio ambiente, tal vez del PNUMA o de la CEPE. La iniciación de un diálogo con estos órganos mejoraría sus métodos de trabajo. Además, debe tenerse en cuenta que la mayoría de las actividades previstas en el proyecto de artículos las llevan a cabo particulares. En el proyecto podría incluirse una sugerencia en el sentido de que las empresas particulares deban contratar un seguro cuando se dediquen a actividades peligrosas, y podría atribuirse a la responsabilidad de los particulares prioridad con respecto a la responsabilidad interestatal.

41. Por último, en los proyectos de artículos no se prevé adecuadamente el daño ocasionado al común de las gentes; los artículos 10 y siguientes se concretan manifiestamente a los casos de daños directos a los Estados. He ahí un argumento más para recabar la contribución de las organizaciones internacionales competentes.

42. El Sr. OGISO felicita al Relator Especial por su excelente quinto informe (A/CN.4/423) sobre un tema sumamente difícil.

43. En el curso del examen por la Comisión del tema de la responsabilidad de los Estados, se reconoció la posibilidad de que hubiese sectores en los que pudiera originarse un daño material de una actividad de un Estado que no fuera necesariamente ilícita con arreglo al derecho internacional. Se adujo en consecuencia que la Comisión debería examinar la cuestión de la responsabilidad internacional en esas circunstancias como un tema separado del tema

de las normas tradicionales de la responsabilidad de los Estados. En vista de ello, el presente tema es un tema independiente de su programa. Es interesante recordar, no obstante, que algunos miembros de la Comisión se opusieron en aquella oportunidad a la idea de que esta materia se considerase como tema independiente. En su 34.º período de sesiones, en 1982, el Sr. Ushakov dijo que

[ ] En efecto, no existe ninguna norma general de derecho internacional que imponga un deber a un Estado de indemnizar a sus nacionales, a otro Estado o a los nacionales de ese otro Estado por daños sufridos como resultado de una actividad no prohibida por el derecho internacional que él ha llevado a cabo [ ]

Y llegaba a la conclusión de que

[ ] Por el momento sería una utopía redactar normas generales de derecho internacional sobre responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional<sup>20</sup>

44. Cuando la Comisión comenzó su labor sobre el tema, lo hizo sin partir del firme supuesto de que existía una responsabilidad internacional por el daño transfronterizo «derivado de actos no prohibidos por el derecho internacional». Personalmente, el orador cree que esta materia pertenece a una zona intermedia en la que no está claro si la responsabilidad existe o no. Indudablemente, no es correcto proceder partiendo del supuesto básico de que hay un principio en virtud del cual el Estado de origen incurre en responsabilidad por el daño transfronterizo.

45. La cuestión del daño transfronterizo puede enfocarse de dos distintas maneras. La primera consiste en considerar que hay responsabilidad y que, como ha sugerido el Relator Especial, tiende a aplicarse el concepto de responsabilidad causal. Sobre este punto, como ha señalado repetidas veces, los precedentes en la cuestión de la responsabilidad internacional causal únicamente se refieren a un ámbito limitado, como el de las actividades espaciales o las actividades en materia de utilización de la energía nuclear con fines pacíficos. No hay precedentes de este tipo en lo que concierne a un posible principio general de responsabilidad causal por daños transfronterizos ocasionados por actividades que son lícitas con arreglo al derecho internacional. Un principio de esta naturaleza acaso pudiera considerarse en el capítulo de desarrollo progresivo del derecho internacional, pero el Sr. Ogiso considera que los resultados serían problemáticos.

46. El segundo enfoque consistiría en poner el acento en la prevención, como el Relator Especial ha hecho en grado considerable. La responsabilidad internacional se originaría entonces por la omisión de medidas preventivas para evitar ciertos efectos nocivos de una actividad lícita de un Estado. La responsabilidad sería el resultado de la violación de las normas aplicables a ciertas materias como la prevención, la cooperación y el equilibrio de intereses, que pueden calificarse de normas de derecho «blandas».

47. De esos dos modos de enfocar la cuestión, el segundo parece el más apropiado. Permitiría extender la noción de la responsabilidad de Estado tradicional a la zona gris y podría adoptarse a pesar de que no se hubiese pensado en ella cuando la Comisión inició el examen del tema. Es cierto que puede aducirse que la falta de prevención, o la omisión de las medidas preventivas necesarias, constituye un hecho ilícito con arreglo al derecho internacional y

<sup>20</sup> Anuario 1982, vol. I, pág. 264, 1739ª sesión, párrs. 47 y 48

rebasar por consiguiente el ámbito de la materia objeto de este tema, pero los intentos de encontrar la fuente de la responsabilidad en hechos no prohibidos por el derecho internacional puede llevar a fin de cuentas a dar vueltas en un círculo vicioso.

48. Volviendo a los proyectos de artículos revisados 1 a 9 presentados por el Relator Especial, dice que las palabras «a lo largo de su desarrollo», en el artículo 1, no se refieren simplemente al período de realización de las actividades que han tenido el efecto nocivo. Tal como el Sr. Ogiso lo entiende, «a lo largo de su desarrollo» abarca todo el período durante el cual se sufre el efecto nocivo, incluso después de terminada la actividad que lo había originado. Es interesante en relación con este punto la siguiente opinión, expresada por el representante de Austria en la Sexta Comisión de la Asamblea General y citada por el Relator Especial en su informe (*ibid.*, nota 7):

[...] el concepto de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional guarda relación con dos situaciones fundamentalmente distintas que requieren distinta solución. Una situación se refiere a las actividades peligrosas que entrañan el riesgo de consecuencias desastrosas en caso de accidente, pero que en circunstancias normales no surten efectos negativos sobre otros Estados ni sobre la comunidad internacional en su conjunto. Así, la cuestión de la responsabilidad sólo se plantearía en casos de accidente, a manera de una especie de *prima* por la tolerancia de dicha actividad por otros Estados. Por su propia naturaleza, esa responsabilidad debe ser absoluta y objetiva, sin excepciones de ninguna índole.

El representante de Austria añadía entonces que la segunda situación, esto es, la de los efectos transfronterizos de largo alcance sobre el medio ambiente, guarda relación con los efectos acumulativos de ciertas actividades peligrosas, situación para la cual la responsabilidad tiene dos funciones distintas: en primer lugar, marcar el riesgo de un accidente, y en segundo lugar, abarcar el daño apreciable causado en el territorio de otros Estados a raíz de una actividad normal.

49. En los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 2 se ha mantenido el concepto de «riesgo» pese a ciertas objeciones expresadas tanto en la CDI como en la Sexta Comisión. Es un artículo que plantea tres problemas. Por de pronto, la expresión «riesgo apreciable» debería sustituirse en todo el proyecto por la expresión «riesgo considerable», que es la que se utiliza en cierto número de instrumentos existentes sobre la materia, entre ellos algunos mencionados por el Relator Especial, tal como el Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación (*ibid.*, párr. 80), el anexo a la recomendación C(74)224 sobre «Principios relativos a la contaminación transfronteriza» adoptada por el Consejo de la OCDE en 1974 (*ibid.*, párr. 85) y la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979 (*ibid.*, párr. 91). Merece señalarse que el tribunal arbitral en el asunto de la *Fundición de Trail*<sup>21</sup> utilizó la expresión «daño de carácter fundamental», que tiene un sentido parecido al de *significant* o *substantial*. Como el concepto de riesgo no es de por sí muy explícito y contiene algunos elementos subjetivos, sería preferible, pues, calificarlo con la palabra «considerable».

50. En el inciso ii) del apartado *a* se indica que por daño apreciable se consideran comprendidas «tanto la probabilidad baja de un daño transfronterizo muy importante [de-

sastroso] como la probabilidad elevada de daños apreciables menores». La baja probabilidad de un daño transfronterizo muy considerable podría entenderse en el sentido de que abarca ciertos casos, como los accidentes en las plantas de energía nuclear. No obstante, la significación de la otra categoría, «probabilidad elevada de daños apreciables menores», no es nada clara. Tal vez la idea sea abarcar los daños al medio ambiente causados por una acumulación de pequeñas cantidades de materiales nocivos a lo largo de un período de tiempo prolongado. Si tal es efectivamente la intención, debería aclararse en el texto mismo del artículo con una fórmula del siguiente tenor: «... cuyo efecto acumulativo dé lugar a una contaminación del medio ambiente».

51. En el informe de la Comisión sobre su anterior período de sesiones se mencionaba que el Relator Especial entendía que la expresión «riesgo apreciable» significaba que el riesgo «tenía que ser más acusado que un riesgo normal»<sup>22</sup>. Si el Relator Especial todavía mantiene esa opinión, el Sr. Ogiso sugeriría que se incluyera esa interpretación en el propio artículo 2, aclarando así el significado de «daño apreciable», o preferiblemente «riesgo considerable».

52. La definición de «Estado afectado» del apartado *e* abarca tanto a un Estado que ha sido realmente perjudicado o que está siendo perjudicado como a un Estado que podría ser perjudicado en el porvenir. Este último caso parece quedar abarcado por la idea de «daño apreciable menor», que ya ha comentado en relación con el inciso ii) del apartado *a*. Es poco acertado tratar las dos categorías de Estados de la misma manera, y el Sr. Ogiso insta a que no se trate de la misma manera la responsabilidad para con un Estado que ya ha sufrido un daño que la responsabilidad para con un Estado que podría sufrir un daño en el futuro.

53. El título del proyecto de artículo 3, «Asignación de obligaciones», es difícil de comprender y debería ser examinado por el Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

<sup>22</sup> *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 62.

## 2111.ª SESIÓN

*Viernes 2 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

<sup>21</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 9.

**Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*continuación*)** (A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/413<sup>2</sup>, A/CN.4/423<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. B)<sup>4</sup>

[Tema 7 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(*continuación*)

ARTÍCULOS 1 A 17<sup>5</sup> (*continuación*)

1. El Sr. OGISO, prosiguiendo la intervención comenzada en la sesión anterior, aclara ante todo un punto acerca del cual teme haber sido mal comprendido: por supuesto que sólo en el caso de que se produjera un daño material transfronterizo podría eventualmente considerarse la omisión de prevención como una falta del Estado de origen y, por consiguiente, como fuente de una obligación de reparar.

2. El proyecto de artículo 3 establece las obligaciones del Estado de origen, añadiendo (párr. 2) que «se presumirá que el Estado de origen tiene el conocimiento o los medios de conocer» que una actividad se desarrolla en su territorio. Parece que hay ahí una contradicción con el principio a menudo citado por el Relator Especial, según el cual la parte inocente no debe soportar sola la carga de los daños. Es cierto que este principio, por importante que sea, no es más que un principio moral, y el Sr. Ogiso celebra que el artículo 3 no lo convierta en un principio jurídico.

3. El proyecto de artículo 8 enuncia las obligaciones del Estado de origen en materia de prevención. No obstante, en su quinto informe (A/CN.4/423, párrs. 65 y 66), el Relator Especial indica que corresponde a quienes realizan la actividad de que se trata —y por tanto no solamente al Estado, sino también a las personas físicas o morales particulares— tomar las medidas de prevención necesarias. Sobre el principio, el Sr. Ogiso no tiene nada que objetar. Pero advierte que normalmente las convenciones internacionales no imponen obligaciones en forma directa a los individuos, sino sólo a los Estados, a los que incumbe luego promulgar las leyes y reglamentos necesarios para hacer respetar esos textos. Habría que modificar en consecuencia el texto del artículo 8.

4. El Sr. Ogiso toma nota con satisfacción de que el proyecto de artículo 9 introduce el concepto de un «equilibrio de intereses». Para llegar a este equilibrio, el único medio es la negociación de buena fe entre el Estado de origen y el Estado afectado. No obstante, los criterios concretos que se han de aplicar para decidir cómo restablecer este equilibrio plantearán ciertamente problemas delicados, por ejemplo en el caso de un accidente que haya

causado daños a la vez al Estado de origen y al Estado afectado.

5. El Relator Especial propone en los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 procedimientos de evaluación, de notificación y de información que constituyen un régimen análogo al propuesto en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El Sr. Ogiso, si bien aprueba el principio, no cree que la Comisión deba prever aquí procedimientos tan detallados, pues el presente proyecto de artículos tiene por objeto regular la responsabilidad de los Estados en los casos en que sobreviene un daño transfronterizo y no establecer procedimientos internacionales destinados a prevenir todos los daños de esta naturaleza. La medida en que el Estado haya observado su obligación de prevención puede constituir un elemento importante en la apreciación de su responsabilidad, pero el proyecto de artículos propiamente dicho no tiene que entrar en estos detalles. Para que las medidas de prevención sean suficientemente flexibles, es preferible, según el Sr. Ogiso, prever mecanismos bilaterales o regionales entre los Estados interesados, o incluso mecanismos internacionales que respondan a fines precisos (por ejemplo, la prevención de la contaminación), más que tratar de instaurar un régimen jurídico general aplicable a todos los casos, incluso dándole la forma de un acuerdo marco. El Sr. Ogiso se pregunta, pues, si la parte del proyecto dedicado al procedimiento no debería concretarse a enunciar un principio general y a alentar a los países que tienen intereses comunes a que establezcan un mecanismo regional de cooperación. Varios miembros de la Comisión han citado a este propósito el ejemplo de la Comisión Económica para Europa. El Sr. Ogiso desearía también contar con detalles sobre el funcionamiento práctico de los mecanismos de cooperación previstos en los acuerdos regionales que el Relator Especial menciona en su informe (*ibid.*, párrs. 80 y ss.).

6. El Sr. FRANCIS dice que, ahora que ya la Comisión tiene ante sí un proyecto de artículos completo, conviene colocar en su justa perspectiva los principios generales en los que se basa el conjunto del texto. Podría inspirarse para ello en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados<sup>6</sup>, y encabezar las disposiciones generales con un artículo que enuncie brevemente los principios que se desarrollarán a continuación en el texto. Estos principios serían la libertad de acción de los Estados, la obligación de prevención, la obligación de cooperación y por último la obligación de reparación, a la que sin embargo habría que llamar de otro modo. En efecto, habida cuenta de las disposiciones del artículo 35 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>7</sup>, a saber, que «La exclusión de la ilicitud de un hecho de un Estado [...] no prejuzgará ninguna cuestión que pueda surgir con relación a la indemnización de los daños causados por ese hecho», y en vista de que por definición el presente proyecto no trata más que de las consecuencias de actividades cuya ilicitud está excluida, el Sr. Francis opina, lo mismo que el Sr. Reuter (2110.ª sesión), que la palabra «reparación» no es procedente.

7. El Sr. Francis propone, además, siguiendo una sugerencia hecha por el Sr. Yankov a propósito de otro proyecto

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1985, vol II (primera parte)/Add I

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol II (primera parte)

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol II (primera parte)

<sup>4</sup> El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R Q Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, el plan esquemático se reproduce en *Anuario* 1982, vol II (segunda parte), págs 88 a 90, párr 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol II (segunda parte), pág 93, párr 294

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2108.ª sesión, párr 1

<sup>6</sup> Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974

<sup>7</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 8

de artículos, que se coloque al comienzo mismo del proyecto el artículo sobre «Términos empleados». Así, se invertiría la disposición de los proyectos de artículos 1 y 2 y a continuación de éstos figuraría el artículo, que el Sr. Francis desea que se agregue al proyecto, con un breve resumen de los principios

8. En lo que se refiere al proyecto de artículo 1, el Sr. Francis hace suyas las críticas que ya se han expuesto, en particular a propósito de las expresiones «a lo largo de su desarrollo» y «en otros lugares». El texto queda recargado con demasiados elementos inútiles. En particular, los argumentos con que el Relator Especial justifica el empleo de la expresión «jurisdicción reconocida por el derecho internacional» parecen poco convincentes. Mejor aún sería volver a la fórmula propuesta por el Relator Especial en su tercer informe<sup>8</sup> —«en el territorio o bajo el control» de un Estado—, puesto que la palabra «control» abarca igualmente los casos en que una parte del territorio de un Estado está ocupada ilegalmente por otro Estado. Para evitar toda ambigüedad, el Relator Especial podría puntualizar en el comentario al artículo 1 que la palabra «control» no debe en ningún caso interpretarse en el sentido de legitimar una ocupación ilegal; pero esta aclaración no tiene cabida en el texto del artículo.

9. El artículo 1, además de ser recargado, es insuficiente, en primer lugar, porque no habla de las «actividades»; ahora bien, los actos aislados, es decir, los que no están vinculados a una actividad organizada, pueden también originar daños transfronterizos. Pero, sobre todo, no tiene en cuenta «situaciones», que el Sr. Francis considera absolutamente esencial incluir en el ámbito de aplicación del proyecto, principalmente si se recuerda que el anterior Relator Especial, en su quinto informe, decía:

[ ] A veces [ ] no es tanto una actividad determinada como la existencia de un estado de cosas [ ] lo que da o puede dar lugar a consecuencias materiales con efectos transfronterizos [ ]

[ ] hay supuestos en que el Estado de origen tiene la obligación de dar aviso de todo peligro inmediato, tanto si resulta de una actividad como si proviene de una causa natural [ ]<sup>9</sup>

El concepto de «situación» es, pues, esencial y debe figurar expresamente en el texto del artículo 1. Para los actos aislados, en cambio, tal vez no sea necesaria una mención expresa, y bastaría con indicar en el artículo dedicado a los términos empleados que la palabra «actividad» debe interpretarse en el sentido de englobar los actos de esta naturaleza.

10. A propósito del proyecto de artículo 2, y más exactamente de las expresiones «riesgo apreciable» y «actividades de riesgo», el Sr. Francis opina, lo mismo que el Sr. Ogiso (*ibid.*), que sería preferible no definir el riesgo, ni las actividades de riesgo, en vista del tenor del artículo 1. En cambio, es útil puntualizar qué se entiende por «daño transfronterizo», y asimismo habría que aclarar la expresión «daño apreciable».

11. En su quinto informe (A/CN.4/423, párr. 32), el Relator Especial reconoce que la expresión «bajo control» del Estado de origen, utilizada varias veces en el proyecto, puede plantear ciertos problemas. A juicio del Sr. Francis,

hay que guardarse de alterar el equilibrio del proyecto negando que el ocupante ilegal de un Estado sea tratado, en la medida en que controla efectivamente el territorio, como si ejerciera legalmente soberanía sobre éste: excluir la responsabilidad del Estado ocupante sería imponer al Estado del cual depende legítimamente el territorio de que se trata la responsabilidad de una actividad sobre la que no ejerce el control efectivo.

12. Advirtiendo que a medida que progresan los trabajos sobre la cuestión, la Comisión se esfuerza por que su proyecto no sea paralelo al de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. Francis dice que celebraría que la Comisión volviera al plan esquemático. No se trata de que sea un texto sagrado que no admita alteraciones; pero ese plan esquemático constituye ciertamente la base sobre la que la Comisión debería fundar sus trabajos, tal como lo indicó en esa época la Sexta Comisión de la Asamblea General. El Sr. Francis recuerda a este propósito que el Estado potencialmente lesionado no se sitúa necesariamente en la proximidad del Estado de origen, como lo ha hecho observar el Sr. Reuter (2110.ª sesión). Señala también con interés que el Sr. Reuter se preguntaba si la Comisión obtendría mejores resultados adoptando un enfoque maximalista, o, por el contrario, contentándose con un enfoque minimalista, que dejase a los Estados un margen de libertad para comportarse como estimaran oportuno en sus relaciones bilaterales: ésa era la idea general que servía de base al plan esquemático. El Sr. Tomuschat (*ibid.*) tenía razón al aludir a las normas primarias; pero, para el anterior Relator Especial, estas normas entraban en juego a partir del momento en que un Estado no procedía a la compensación correspondiente. Personalmente, el Sr. Francis está dispuesto a volver a su posición inicial, fundada en el deber de diligencia. Pero querría saber si, al renunciar al plan esquemático, la Comisión lo hace con la idea de que es efectivamente la mejor solución.

13. En lo que se refiere al medio ambiente y al lugar que le corresponde en el proyecto de artículos, el Sr. Francis, después de recordar que la cuestión fue mencionada ya en 1978 por el Grupo de Trabajo establecido por la Comisión para examinar el alcance y naturaleza del tema, dice que, a su juicio, todo lo que se hace actualmente en la Comisión guarda relación con el medio ambiente. Cita al respecto el siguiente pasaje del informe preliminar del anterior Relator Especial:

Si la Comisión y la Asamblea General aceptan la idea de que este tema versa fundamentalmente sobre la elaboración de normas primarias que establecen obligaciones y que debe centrarse principalmente en las cuestiones relacionadas con el medio ambiente, también se podría acordar expresamente limitarlo, en los términos recomendados por el Grupo de Trabajo creado por la Comisión en su 30.º período de sesiones en 1978

[El tema] trata de la forma en que los Estados utilizan o disponen la utilización de su medio físico, ya sea dentro de su propio territorio o en zonas no sujetas a la soberanía de ningún Estado [ ]<sup>10</sup>

14. El Sr. Francis recuerda también que en el anterior período de sesiones<sup>11</sup> dijo que, para evitar que se atrasen los trabajos de la Comisión, habría que encargar a otra entidad la labor de identificar las cuestiones del medio

<sup>8</sup> *Anuario* 1987, vol. II (primera parte), pág. 50, documento A/CN.4/405, párr. 6

<sup>9</sup> *Anuario* 1984, vol. II (primera parte), págs. 174 y ss., documento A/CN.4/383 y Add.1, párrs. 31 y 32

<sup>10</sup> *Anuario* 1980, vol. II (primera parte), pág. 278, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, párr. 65

<sup>11</sup> *Anuario* 1988, vol. I, pág. 37, 2048.ª sesión, párr. 32



ambiente de las que podría ocuparse dentro del marco del presente proyecto de artículos. Pero, habida cuenta de la evolución que se ha registrado entre tanto en las relaciones internacionales, hoy considera que sería oportuno que la propia Comisión se pregunte cuáles son los problemas que podrían quedar comprendidos dentro del marco del proyecto de artículos. El Sr. Beesley (*ibid.*) y el Relator Especial tienen razón al decir que hay a este respecto perspectivas que explorar, con la prudencia que evidentemente se impone. Por ejemplo, mientras se crea la autoridad internacional de los fondos marinos prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, la Comisión podría tener una función que desempeñar en materia de daños marítimos transfronterizos. Por lo tanto, el Sr. Francis sugiere, dado que la Comisión ha creado un Grupo de Trabajo encargado de examinar los próximos temas de estudio (véase 2104.ª sesión, párr. 75), que le pida que se ocupe de esta cuestión con carácter prioritario.

15. El Sr. PAWLAK dice que cuanto más avanza la Comisión en el estudio de la materia, más cuenta se da de su complejidad, y que el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/423) mueve a la reflexión.

16. Celebra a este respecto la evolución del pensamiento del Relator Especial, que el proyecto de artículo 1 revisado refleja. En consonancia con las opiniones expresadas en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, este texto ya no hace del riesgo el factor esencial de la responsabilidad, pero combina esta noción con la de actividad de riesgo. Personalmente, no obstante, el Sr. Pawlak sería partidario de fundar la responsabilidad en el daño más que en una combinación del riesgo y el daño. En efecto, para la víctima inocente, el otro Estado o sus nacionales, poco importa que las actividades emprendidas en otro país entrañen o no un riesgo: lo que importa es que, si hay un daño, éste sea reparado y que las pérdidas sean indemnizadas. Si el criterio del riesgo puede desempeñar un papel, es más bien desde el punto de vista de la prevención. No hay que olvidar que debido al progreso técnico pueden producirse en cualquier momento daños transfronterizos y que no se trata solamente de un país o de un número limitado de países los que pueden ser víctimas, sino el planeta entero; por eso el Sr. Pawlak atribuye tanta importancia al ámbito de aplicación del proyecto tratado en el artículo 1.

17. El nuevo texto que el Relator Especial presenta para el artículo 1 revisado admite ciertos ajustes, y la propuesta del Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 13), que merecería ser debatida más a fondo, es una posibilidad en este sentido. Pero, de modo general, la Comisión debería dar al Comité de Redacción instrucciones claras sobre esta cuestión, partiendo de la idea de base de que un Estado, un individuo o una empresa que se entrega a una actividad lucrativa lícita, pero a veces peligrosa, debe asumir toda la responsabilidad financiera, incluso en caso de accidente. En otras palabras, la víctima inocente de una actividad generadora del daño transfronterizo debe estar protegida por el derecho internacional. A los que sostienen que las primeras víctimas de una actividad de esta naturaleza son el Estado de origen y sus nacionales, el Sr. Pawlak hace observar que son ellos también los que obtienen los beneficios y las ventajas y no las víctimas extranjeras. En lo que se refiere a la redacción, en vez de usar el adjetivo «apreciable» para calificar el riesgo y el daño, sería preferible utilizar el término «sensible». Convendría también

delimitar mejor el «daño transfronterizo» acudiendo a la posibilidad de una evaluación objetiva de los costos y los resultados.

18. El proyecto de artículo 6 refleja una idea expresada por el Sr. Pawlak en el anterior período de sesiones<sup>12</sup>, es decir, que hay que tener en cuenta las principales corrientes del derecho internacional actual, tales como las expresadas, por ejemplo, en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo. La interdependencia creciente de todos los Estados impone en efecto una concepción realista de los principios de soberanía y de integridad territorial de los Estados. Los mecanismos previstos en el proyecto de artículos deberían dar respuesta, pues, para el caso en que no sea un país, sino la humanidad entera la que resulte afectada por las consecuencias de una actividad lícita pero peligrosa. El Sr. Pawlak comparte, por lo tanto, la idea del Relator Especial de que el artículo 6, a la vez que refleja el Principio 21, expresa

las dos caras de la soberanía; por un lado la libertad de hacer lo que se quiere dentro del territorio propio, por el otro la intangibilidad del territorio propio respecto de efectos venidos del exterior. [...] (A/CN.4/423, párr. 56.)

19. El artículo 6 enuncia en suma una transacción entre el principio de una soberanía limitada y el principio de la integridad territorial. ¿Es aceptable un concepto semejante? La Comisión deberá pronunciarse, pero más importante todavía es saber si los gobiernos estarán dispuestos a aceptarla en los acuerdos internacionales para los cuales el proyecto de artículos constituirá el acuerdo marco. No será tarea fácil, pero el Sr. Pawlak no ve otra solución para la protección del planeta. En apoyo de esta manera de ver las cosas, puede invocarse también el principio general de buena vecindad, consagrado en el Artículo 74 de la Carta de las Naciones Unidas.

20. Las disposiciones del nuevo proyecto de artículo 10 parecen responder también a una necesidad. Pero, también en esto, ¿estarán los Estados dispuestos a suscribirlo? El Sr. Pawlak teme que la mayor parte de ellos no puedan decidirse a hacerlo. Sin duda los procedimientos detallados que propone el Relator Especial, y que la Comisión ha adoptado en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, deberían limitarse a ciertos tipos de actividades: el Sr. Pawlak hace suya en este aspecto la opinión del Sr. Ogiso. Por lo mismo, sería preferible dejar a los Estados que se encarguen de establecer las obligaciones del Estado presuntamente de origen en lo concerniente a la evaluación de las actividades de riesgo, su notificación a los Estados presuntamente afectados y la comunicación de las medidas que prevé para hacer honor a su obligación de indemnizar, en lugar de tratar de ello en el proyecto de convención marco que elabora la Comisión.

21. El Sr. SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, después de haber felicitado al Relator Especial por su quinto informe (A/CN.4/423), tan interesante y tan fecundo —tanto más notable cuanto que la doctrina y el derecho consuetudinario en la materia son poco abundantes—, dice que el optimismo moderado que había manifestado en el anterior período de sesiones sobre el porvenir del tema no le ha abandonado, pese a lo que se haya dicho acerca de las «zonas de

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 27, 2047.ª sesión, párr. 17.

penumbra» del proyecto o al temor de imponer responsabilidades y obligaciones mayores a Estados cuyo índice de capacidad para causar daños es crecido.

22. Con respecto a los textos revisados propuestos por el Relator Especial para los artículos 1 a 9, el Sr. Sepúlveda Gutiérrez declara que los acepta en general, con ciertas salvedades, algunas de las cuales ya han sido expuestas por otros miembros de la Comisión. Por lo demás, hay un acuerdo sustancial bastante amplio que permitirá al Comité de Redacción encontrar las fórmulas más apropiadas para conciliar las opiniones.

23. Dicho esto, invita a la Comisión a no dejarse intimidar por exponerse a ser criticada por parecer que trata de acometer un ejercicio irreal, o, por el contrario, de extender excesivamente el alcance del proyecto. Es preferible por el momento trabajar en un proyecto de artículos, siquiera sea modesto, a fin de avanzar en el establecimiento de normas sobre algunos de los ingentes problemas que surgen de la responsabilidad por daños. Los artículos que se están elaborando contienen principios que, conviene repetirlo, tendrán a la vez un valor doctrinal y un valor práctico como punto de referencia. Por una parte, es evidente, como ha dicho el Sr. Boutros-Ghali (2096.ª sesión) en relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que estas disposiciones harán conocer mejor muchas nociones sobre el alcance de las obligaciones internacionales de cierto tipo. Por otra parte, las conferencias internacionales y los acuerdos recientemente celebrados muestran que la comunidad de los Estados está dispuesta a examinar propuestas encaminadas a desarrollar y codificar el derecho internacional en la materia, y que además las necesita para prevenir y regular las disensiones entre los Estados y contribuir a fortalecer la solidaridad internacional. La Comisión debe, por tanto, perseverar en su labor.

24. Pasando a referirse al capítulo III del proyecto (La notificación, la información y la advertencia por el Estado afectado), el Sr. Sepúlveda Gutiérrez celebra que el Relator Especial haya decidido dar un paso tan trascendental, porque, como se ha dicho repetidamente en la Comisión, es preciso avanzar en un terreno aunque sea desconocido, sin esperar a que se forme derecho consuetudinario.

25. Ahora bien, el régimen que el Relator Especial prevé en los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 impone a los Estados toda una serie de comportamientos y obligaciones novedosas, cabría decir que inusitadas, y es aconsejable proceder con alguna cautela. Así pues, si bien el Sr. Sepúlveda Gutiérrez está de acuerdo en general con los ocho nuevos artículos, opina que habría que reexaminar algunas de las normas que en ellos se enuncian y prever en particular la creación de instituciones encargadas de aplicar los diversos procedimientos que allí se contemplan.

26. Tiene algunas dudas, por ejemplo, con respecto al proyecto de artículo 10 (Evaluación, notificación, información), que es el eje del sistema propuesto, y que impone a los Estados toda una serie de conductas y de deberes bastante complicados. En primer lugar, este texto prevé un conjunto de procedimientos para llegar al conocimiento de si una actividad puede llegar a engendrar, en un transcurso de tiempo más o menos prolongado, un peligro de daño o un daño efectivo. Ello determinará que se tengan que crear organismos estatales competentes; hay que tener en cuenta también que la tarea consistente en determinar

con precisión si una actividad puede generar un daño transfronterizo o un riesgo de daño transfronterizo es una tarea difícil y delicada.

27. En segundo lugar, la obligación que se atribuiría al Estado de origen de notificar oportunamente al Estado o los Estados que pueden ser afectados plantea ciertos problemas. Como la notificación, desde el momento en que se hace, impone ciertas responsabilidades, parece, en efecto, que si no se toman las medidas adecuadas para prevenir el daño o atenuar el riesgo, el Estado que haga la notificación no podrá sustraerse fácilmente a las consecuencias de la actividad de que se trate. Además, ese Estado deberá proporcionar, junto con la notificación, ciertos datos técnicos y dar a conocer las medidas que intenta aplicar. Este primer paso hacia el establecimiento de un régimen de prevención y de cooperación tiene que plantearse con sumo cuidado: sin duda el Relator Especial sabrá encontrar las fórmulas más apropiadas.

28. El Sr. Sepúlveda Gutiérrez dice que no tiene ninguna observación que hacer a propósito del proyecto de artículo 11. El proyecto de artículo 12 (Advertencia por el Estado presuntamente afectado) le plantea, en cambio, algunas dificultades, en el sentido de que el Estado que se sienta afectado tal vez se encontrará en una situación difícil, por falta de recursos, para proporcionar la exposición técnica y documentada que se le exige en esta disposición.

29. No le ofrecen dificultad los proyectos de artículos 13, 14 y 15. Está conforme también, en principio, con el proyecto de artículo 16 (Obligación de negociar), que de todos modos convendría redactar con sumo cuidado, pues se trata de un método de solución delicado, decisivo en caso de desacuerdo acerca de las responsabilidades y las modalidades de la reparación. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 17 (Falta de respuesta a la notificación del artículo 12), la última parte del texto necesita un desarrollo más amplio, pero sólo se trata de un problema de redacción.

30. El Sr. Sreenivasa RAO, tras felicitar al Relator Especial por su espíritu de conciliación y el carácter innovador de su quinto informe (A/CN.4/423), dice que el Relator Especial ha intentado, quizás sin conseguirlo plenamente, delimitar el tema: al mantener la noción del riesgo y centrarse en las actividades —no en los actos aislados— que tienen lugar bajo la jurisdicción o el control de un Estado que «conozca o tenga los medios de conocer» (art. 3) que dichas actividades podrían causar daños apreciables a personas o cosas de otro u otros Estados, ha trazado en cierto modo el perfil de las demandas de reparación aceptables. Por lo demás, se ha apoyado en ciertos postulados fundamentales; como los que establecen que el problema de la responsabilidad debe solucionarse a nivel de Estados y que no se debe hacer soportar a la víctima inocente la pérdida resultante de los efectos perjudiciales transfronterizos. También ha puesto de relieve las nociones de cooperación entre el Estado de origen y los Estados afectados, de prevención y de reparación.

31. A propósito de la cooperación, el Relator Especial subraya que el deber de cooperación rige también para el Estado afectado si éste tiene los medios adecuados —por ejemplo, si dispone de una tecnología más avanzada (*ibid.*, párr. 62)—, cuidándose de precisar inmediatamente después que ello no implica aprovechar los daños causados

por un accidente producido en el marco de actividades lícitas «para buscar ventajas políticas ni para ventilar rivalidades de cualquier tipo». En efecto, ello podría interpretarse como contrario a la buena fe en materia de negociación, como ha manifestado claramente el tribunal arbitral en el asunto del *Lago Lanós*<sup>13</sup>, y comprometería el necesario restablecimiento del equilibrio entre los intereses del Estado de origen y del Estado afectado. Ahora bien, el restablecimiento de ese equilibrio, objetivo principal de la reparación por daños, entraña la aplicación de varios criterios importantes, que el Relator Especial enumera (*ibid.*, párr. 70): la utilidad que el propio Estado afectado puede derivar de la actividad, la interdependencia del mundo moderno, los gastos de prevención y la carga de los costos de la actividad al Estado que es su principal beneficiario. Naturalmente, esta lista no es exhaustiva, y también pueden, cuando proceda, aplicarse otros criterios. El Sr. Sreenivasa Rao no cree, sin embargo, que el hecho de que el Estado de origen no haya requerido la ayuda de una organización internacional competente deba considerarse un incumplimiento de la obligación de cooperar, como se expresa en el informe (*ibid.*, párr. 62). Habrá que reflexionar sobre este punto y, en cualquier caso, no dar a la petición de asistencia a una organización internacional el carácter de obligación formal.

32. En lo tocante a la prevención, el Relator Especial, consciente de los límites que la circunscriben, precisa que no se trata de una obligación absoluta, y que si la actividad, por ejemplo, es llevada adelante por particulares o una empresa privada, las medidas de prevención no estarán a cargo del Estado, sino de ese particular o empresa, correspondiendo únicamente al Estado el deber de convertir esa obligación en una de derecho interno y hacerla cumplir (*ibid.*, párr. 66). En el caso más concreto de los países en desarrollo, el Relator Especial indica que el Estado adoptará las medidas adecuadas «de acuerdo con su capacidad» (*ibid.*, párr. 67).

33. En el capítulo III del proyecto, el Relator Especial ha presentado nuevos artículos sobre la notificación, la información, la advertencia por el Estado afectado y los pasos posteriores a la notificación. Se trata de normas de procedimiento que regulan el deber del Estado de origen y del Estado afectado de cooperar, de negociar y de ponerse de acuerdo, en la inteligencia de que a falta de acuerdo se crearía un mecanismo de determinación de los hechos, cuyo informe, no obstante, tendría carácter estrictamente consultivo.

34. Atendiendo a las inquietudes que suscitan los problemas relativos al medio ambiente, el Relator Especial ha tenido el valor de dar un paso adelante englobando en la definición de «daño transfronterizo» (art. 2 c) el daño apreciable no sólo a personas o cosas, al uso o disfrute de zonas, sino también al medio ambiente.

35. El Sr. Sreenivasa Rao recomienda al Relator Especial que persevere en el camino emprendido y que siga haciendo lo posible por definir el campo de aplicación del tema, por formular los criterios que han de regir el restablecimiento del equilibrio entre los intereses del Estado de origen y los del Estado afectado y, aún más importante, por elaborar las estrategias fundamentales que la comunidad de Estados debe adoptar en interés de todos.

36. Si el tema no ha superado la fase de los detalles técnicos, si persiste el debate sobre la distinción entre riesgo «significativo» y riesgo «apreciable» y entre «daño» y «perjuicio», así como sobre el fundamento de la responsabilidad (responsabilidad causal, objetiva o absoluta), y si aún queda por determinar si conviene incluir, además de los Estados, a todos los participantes en la vida de la nación (empresas privadas, sociedades transnacionales), con objeto de no dejar a ninguna víctima inocente privada de protección, ello no se debe exclusivamente al Relator Especial. Hay que examinar el tema más a fondo, consultar a los expertos y a las organizaciones internacionales competentes y oír a los Estados mismos. También, como ya se ha señalado, hay que entender la materia no en abstracto, sino a la luz de las situaciones de hecho y de las actividades concretas, que deberían ser pertinentes a la cuestión. También habría que evitar caer en una generalización o una conceptualización excesivas y centrarse en el criterio de los «actos no prohibidos por el derecho internacional».

37. Por lo demás, el Sr. Sreenivasa Rao abraza algunas dudas sobre el régimen de notificación y de negociación propuesto por el Relator Especial. Dicho régimen, inspirado en el previsto para el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, no es adecuado para el tema objeto de debate, especialmente cuando hay más de un Estado afectado. El orador resalta que, si no se delimita o explica mejor, el procedimiento de notificación propuesto equivaldría a una declaración de culpabilidad, y podría dar pie a la reivindicación de un derecho de veto por el Estado afectado. Ahora bien, en un momento histórico en que los efectos de una actividad, un acto o una decisión unilateral no se limitan al Estado de origen, no debe considerarse que el principio de consulta previa entrañe que el Estado afectado esté obligado a mostrarse de acuerdo, y aún menos que le confiera un derecho de veto. Además, el hecho de que las consultas previas no desemboquen en un acuerdo o compromiso no debe tener como consecuencia la transformación de una actividad lícita en una actividad ilícita, que habría de estudiarse en el contexto del tema relativo a la responsabilidad de los Estados.

38. De hecho, en este caso la obligación del Estado de origen debe consistir únicamente en consultar al Estado que pueda resultar afectado, en tener presentes sus opiniones e intereses y, en caso de accidente o de daños, en reparar o en soportar las consecuencias jurídicas derivadas. Por consiguiente, el Sr. Sreenivasa Rao estima que el Relator Especial debería prever un régimen de consulta —y no de notificación— más flexible que el propuesto. También abraza dudas sobre la función que podría desempeñar una comisión de determinación de los hechos en cuestiones como las relativas al medio ambiente, los daños transfronterizos debidos a los efectos acumulados, etc. Podría ocurrir que las opiniones fueran divergentes, que los observadores científicos pasaran por alto algún hecho y que en tales circunstancias una comisión de esa naturaleza creara más problemas de los que resolvería.

39. El Sr. Sreenivasa Rao estima, como el Sr. Pawlak, que no hay que limitar la cuestión de los daños transfronterizos a las relaciones entre los Estados, sino ampliarla a la dimensión de toda la humanidad y sus «zonas comunes». El Relator Especial, por consiguiente, no se equivoca al extender el alcance del tema a los daños transfronterizos.

<sup>13</sup> Véase 2110.ª sesión, nota 13.

rizos causados al medio ambiente. Los problemas de *locus standi* que se plantean al respecto no son insuperables; existen instituciones internacionales competentes para las cuestiones relativas a las zonas comunes antes citadas que podrían representar a la comunidad mundial ante el Estado de origen.

40. Además, el Sr. Sreenivasa Rao conviene con el Sr. Ogiso (2110.ª sesión) en que hay que ir más allá de los principios de buena vecindad y buena fe en las negociaciones.

41. Tanto en su función de codificación como en la de desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión, con ayuda del Relator Especial, debería elaborar, en el marco de límites perfectamente definidos, un conjunto de principios completos y coherentes que regulen las actividades con efectos transnacionales —y no únicamente transfronterizos— visibles y apreciables, poniendo el acento no sólo en la responsabilidad y la reparación, sino también en la prevención, la cooperación y la asistencia: transmisión de los conocimientos, transferencia de las técnicas, medios de prevenir y dominar las catástrofes, seguridad y protección civil en el plano nacional e internacional. Esos son los elementos que darían sentido al tema, el cual, hasta el momento, no se apoya en una base concreta ampliamente aceptable.

42. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, dice que antes de comentar los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial se referirá a cuatro problemas más generales: el alcance del artículo 1 y la noción de riesgo, la noción de «daño apreciable», la obligación de negociar y la aplicabilidad del procedimiento previsto a las actividades en curso.

43. En lo tocante al alcance del proyecto de artículo 1, el Presidente observa que el Relator Especial, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, ha decidido no hacer del riesgo un factor que limitaría el proyecto a las actividades de muy alto riesgo y prever también las actividades peligrosas y las actividades que causen daños permanentes (contaminación acumulativa). Cabe preguntarse si esto será aceptable para los Estados que quieren conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que aceptan. Quizá sea necesario, a esos efectos, formular con más rigor los artículos 1 y 2, o añadirles una lista de actividades que englobe ambos tipos de actividades, las que entrañan riesgo y las que causan daños permanentes, indicando desde el principio que se trata de dos situaciones distintas sometidas a regímenes jurídicos distintos.

44. La práctica de los Estados demuestra que la solución de la lista no es tan irrealizable como se dijo en el anterior período de sesiones. Hay muchos instrumentos internacionales que utilizan listas. Cabe citar también el proyecto de acuerdo para un sistema de evaluación del impacto sobre el medio ambiente en un contexto transfronterizo que está siendo elaborado por la CEPE y que contiene una lista de actividades, dejando al arbitrio de las partes la definición, en un plano bilateral, de las no incluidas en la enumeración. En cualquier caso, con o sin lista, habrá que precisar y mejorar la redacción de los proyectos de artículos 1 y 2. Esa definición general se completaría con una lista de actividades concretas que los Estados interesados podrían, de mutuo acuerdo, abreviar o ampliar.

45. El Relator Especial, en su quinto informe (A/CN.4/423), proporciona una definición más precisa de las actividades previstas en el proyecto y da una mejor idea de lo que cabe entender por la expresión «jurisdicción o control». El Sr. Graefrath señala, por lo demás, que es inútil hablar de «control efectivo», tanto por las razones que se aducen en el informe (*ibid.*, párr. 21) como porque el adjetivo «efectivo» no aporta nada a la causa de los países en desarrollo y porque el término «control» no sirve para calificar la noción de jurisdicción, sino para prever situaciones en las que hay control sin jurisdicción. No obstante, la noción de «jurisdicción o control» está limitada en el proyecto de artículo 3 por la fórmula «territorio o en otros lugares». Ahora bien, la jurisdicción no se limita normalmente al «territorio o en otros lugares». Emplear esa fórmula significaría excluir la responsabilidad del Estado por el comportamiento de sociedades transnacionales que están manifestamente sujetas a su autoridad, pero que realizan actividades en otros territorios, lo que sin duda no es intención del Relator Especial. Por consiguiente, habría que encontrar otra fórmula, quizá inspirándose en la propuesta hecha por el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 13).

46. El orador se refiere seguidamente al problema del empleo de las palabras «apreciable» o «significativo» (*significant*) para calificar el daño transfronterizo. Pese a la extensión del debate dedicado a la cuestión, quedan sin responder muchas preguntas. Ciertamente, como señala el Relator Especial, es difícil encontrar una fórmula para establecer un límite o un umbral razonable para las injerencias transfronterizas; también es cierto que conviene encontrar un punto de equilibrio entre la protección del medio ambiente y la creciente importancia de los efectos transfronterizos de la actividad humana. Por otro lado, la palabra elegida, sea cual fuere, siempre será imprecisa y podrá interpretarse de distintas formas. Hay acuerdo sobre la diferencia entre «apreciable» y «significativo», término este último que denota un umbral de daños más alto que el primero.

47. Por consiguiente, lo que ha de determinarse es el umbral aceptable para los Estados. Para ello, conviene alejarse lo menos posible de la práctica de los Estados y estudiar las tendencias que se manifiestan. Eso es, por otro lado, lo que hace el Relator Especial al citar un gran número de ejemplos de derecho internacional y al remitirse a la documentación presentada por el Sr. McCaffrey en relación con el derecho del uso de los cursos de agua internacionales. Sin embargo, el Relator Especial propone a continuación que se adopte el término «apreciable», lo que es difícil de entender. En efecto, todos los ejemplos de práctica estatal citados por el Relator Especial (A/CN.4/423, párrs. 80 y ss.) hablan sin excepción de «riesgo significativo», «repercusión significativa», «efectos significativos», etc.; jamás se habla de «riesgo apreciable». Del examen de más de 60 instrumentos internacionales, sentencias judiciales, laudos arbitrales y otros documentos se desprende también que la palabra «significativo», u otra equivalente, es la que se usa más a menudo. Habida cuenta de ello, no se entiende bien cómo el Relator Especial puede llegar a la conclusión de que «el uso del concepto de “riesgo considerable” está en línea con el de “riesgo apreciable”» (*ibid.*, párr. 91).

48. Puede mantenerse perfectamente que el umbral denotado por el término «significativo» ya se ha superado,

habida cuenta del estado de degradación del medio ambiente, y que, por consiguiente, existe una tendencia a emplear el término «apreciable», que sería, por tanto, incluido en el proyecto como fruto del desarrollo progresivo del derecho internacional. Pero una vez más el examen de los instrumentos que son o han de ser vinculantes para los Estados revela que el término «significativo» sigue siendo el más empleado. Tal es el caso de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos de 1988 (art. 4)<sup>14</sup>, así como del proyecto de acuerdo para un sistema de evaluación del impacto sobre el medio ambiente en un contexto transfronterizo de la CEPE (párrs. 1 y 5). No cabe sino concluir que la Comisión debería utilizar la expresión «daño significativo», por ser ésta la más generalmente aceptada.

49. También se plantea un problema terminológico de la misma naturaleza en la tercera esfera que el Sr. Graefrath tiene intención de abordar: la de la oposición entre la obligación de negociar y la obligación de celebrar consultas (cap. III del proyecto), donde la obligación de negociar es en cierto modo la última etapa de una serie de medidas de procedimiento que todas las partes deben adoptar a propósito de las actividades previstas en el artículo 1, y el problema es determinar el contenido exacto de esa obligación general de procedimiento del Estado.

50. La obligación de informar al Estado potencialmente afectado o a una institución internacional, por su parte, parece bien establecida, y en ese sentido tal vez sea indispensable hacer referencia a las instituciones internacionales, habida cuenta de la importancia de su misión en esta esfera y de la función que les atribuye, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982.

51. Queda por aclarar, sin embargo, el problema de las otras obligaciones del Estado de origen: ¿debe proceder a celebrar consultas o debe concertar un acuerdo? A tenor del proyecto de artículo 16, así como de la exposición verbal del Relator Especial (2108.ª sesión), se trata de «negociar un régimen jurídico». Evidentemente, ello entraña mucho más que una obligación de consultarse o incluso que una obligación de negociar: es una obligación de concertar un acuerdo. Representa, sin embargo, una desviación de la norma general del derecho internacional, que exige simplemente que los Estados solucionen sus controversias por medios pacíficos, como se establece en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. La propuesta del Relator Especial obliga a investigar si existe en derecho internacional general, y más exactamente en el derecho de la responsabilidad, una obligación como la que él recomienda.

52. Para resolver este problema, la doctrina y la práctica del derecho internacional, sobre todo en la esfera del medio ambiente, han establecido una distinción entre «consultas» y «negociaciones»; las primeras son conversaciones entre representantes oficiales de los Estados que tienen por objeto precisar las opiniones de cada uno de ellos y, en su caso, hallar una solución o preparar negociaciones. Las segundas son deliberaciones formales, cuyo objeto es la conclusión de un acuerdo. La diferencia se pone particularmente de manifiesto en el anexo a la recomendación C(74)224 sobre «Principios relativos a la contaminación

transfronteriza» adoptada por el Consejo de la OCDE en 1974 (A/CN.4/423, párr. 85), en los que se prevé únicamente una obligación de celebrar consultas. Por lo demás, todos los instrumentos citados por el Relator Especial como ejemplos de la práctica internacional (*ibid.*, párrs. 80 y ss.), tanto como otros no citados, prevén una obligación de celebrar consultas y no una obligación de negociar. Lo mismo ocurre en los convenios recientemente adoptados y en los que se están preparando. Ello significa que la obligación enunciada en el proyecto de artículo 16 es más estricta que las actualmente aceptadas por los Estados y que, considerada como requisito previo a la realización de las actividades previstas en el futuro instrumento, reduciría proporcionalmente las posibilidades de ratificación.

53. En relación con el último problema que el orador desea abordar, a saber, el de la aplicabilidad del procedimiento a las actividades en curso, el Relator Especial dice que, si bien esas actividades están también previstas en el proyecto de artículo 10 —donde, en efecto, se hace referencia a una actividad que «se está desarrollando o esté a punto de desarrollarse»—, de hecho el capítulo III del proyecto está redactado únicamente desde la perspectiva de las actividades proyectadas. El Relator Especial, seguidamente, pregunta a la Comisión si no convendría modificar el procedimiento con miras a contemplar las actividades en curso e indicar que en su opinión las modificaciones serían de menor importancia (*ibid.*, párr. 119).

54. Ahora bien, la diferencia entre las actividades proyectadas y las actividades en curso, y más aún, la diferencia entre las actividades que entrañan riesgo de accidente y las actividades que causan efectivamente daños permanentes, es en extremo importante y puede justificar procedimientos diferentes, mediante modificaciones que distan mucho de ser de menor importancia. Por lo tanto, el Presidente propone que de momento el capítulo III se aplique únicamente a las medidas proyectadas, si bien reduciéndolo a una sola disposición de carácter general.

55. Refiriéndose al texto de los proyectos de artículos, el orador reitera que en el artículo 1 habría que hablar de «riesgo significativo» y de «daño significativo», sin excluir la posibilidad de elaborar una lista de actividades.

56. El proyecto de artículo 2 no da cuenta fielmente de la evolución del alcance del proyecto impulsada por el Relator Especial. Evidentemente, dado que ahora se trata tanto de las actividades que entrañan riesgo como de las actividades que causan daños permanentes, es necesario definir los dos tipos de actividades por separado. Por consiguiente, en lugar de dar tres definiciones de riesgo en el artículo, sería mejor referirse a actividades que entrañan un riesgo significativo de causar accidentalmente un daño significativo y a actividades que causan daños transfronterizos significativos, es decir, actividades en curso, definiendo unas y otras. Cabe notar también que la expresión «por accidente» aparece por primera vez en el proyecto de artículo 7, sin haberse introducido ni explicado anteriormente.

57. A tenor del apartado b del proyecto de artículo 2, se entienden por «actividades de riesgo» ambos tipos de actividades, lo que sin duda es un error; una actividad que causa daños permanentes ya no entraña «riesgo», dado que éste se ha hecho efectivo.

58. La eliminación del término «atribución» en el proyecto de artículo 3 tiene el mérito de destacar el carác-

<sup>14</sup> *Revue Générale de Droit International Public*, A. Pedone, París, t. 93, 1989, N.º 1, pág. 182.

ter lícito de las actividades previstas en el proyecto. Sin embargo, el artículo plantea el problema de la presunción. Se presumirá que el Estado de origen tiene el conocimiento o «los medios de conocer» lo que se desarrolla en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. Esa presunción no debe depender sólo de elementos cuantitativos tales como el número y tipo de buques y aviones disponibles en relación al área que se debe vigilar, como sugiere el Relator Especial (*ibid.*, párr. 37), sino también de factores cualitativos como la capacidad técnica, que es de gran importancia para los países en desarrollo. Por consiguiente, quizás no sea fácil para un Estado probar que no tenía «los medios de conocer». Por lo demás, la presunción, tal como se formula, obraría en contra del Estado del territorio, mas no en contra de un Estado que ejerce control sobre una sociedad transnacional que realiza actividades fuera de su territorio, habida cuenta de que la referencia a la «jurisdicción» o «control» se limita al «territorio o en otros lugares». Además, si quiere mantenerse la presunción, es necesario motivarla y no darla por hecha. Como ha señalado la CIJ en su fallo en el asunto del *Estrecho de Corfú*, el control que un Estado ejerce sobre su territorio o sobre sus aguas no significa necesariamente que tenga conocimiento de los actos ilícitos que allí tienen lugar: por sí solo, ese control no genera la responsabilidad del Estado<sup>15</sup>.

59. El proyecto de artículo 7, relativo a la cooperación, tiene la virtud de indicar que el Estado de origen y el Estado afectado deben unir sus esfuerzos en la lucha contra la contaminación transfronteriza, efectiva o virtual. Ahora se hace referencia a las instituciones internacionales, lo que es oportuno y útil. Por consiguiente, el artículo 7 es aceptable.

60. También el proyecto de artículo 8 es aceptable. No obstante, el texto parece restringir la obligación de prevención a la reducción del riesgo, cuando habría que prever también la obligación de minimizar el daño. Por otro lado, aunque los artículos 8 y 9 engloban, acertadamente, todas las actividades, tanto de entidades privadas como de entidades públicas, la mayoría de los regímenes de responsabilidad aceptados en el plano internacional prevén la responsabilidad del empresario (*operator*). El orador se pregunta en qué medida debería reflejarse ese punto de vista en los dos artículos citados.

61. El proyecto de artículo 9, relativo a la reparación, pone de manifiesto el carácter especial que aquí reviste, por no ser una cuestión de cesación y restitución, sino de restauración del equilibrio de intereses. El Relator Especial ha sabido encontrar una fórmula cuya flexibilidad permite englobar las diversas formas de reparación según la naturaleza múltiple de las actividades que han de definirse en el artículo 1, y tiene razón cuando subraya que las modalidades de la reparación deben ser objeto de negociación entre los Estados.

62. En el proyecto de artículo 10, que enuncia los aspectos fundamentales de las obligaciones del Estado de origen, habría que poner entre corchetes o suprimir lo referente a las actividades en curso (actividad que «se está desarrollando») en espera de que la Comisión adopte un procedimiento aplicable a dichas actividades.

63. El proyecto de artículo 11 prevé un procedimiento para la protección de la seguridad nacional o de los secretos industriales. Es una disposición clásica, que la Comisión ha aprobado en el proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación<sup>16</sup>, y disposiciones similares se encuentran en instrumentos tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, y el anexo a la recomendación de la OCDE, de 1974, ya mencionada (párr. 52 *supra*). Convendría atenerse a esos textos y redactar el artículo 11 en consonancia con ellos; para hacerlo, se suprimiría en el título la palabra «procedimiento» y, en lugar de dar al Estado de origen la facultad de invocar razones de seguridad nacional, se establecería simplemente que ninguna disposición del proyecto afecta el derecho que todo Estado tiene de proteger sus secretos.

64. Los proyectos de artículos 13 y 14 no suscitan comentarios, salvo para señalar que tratan de los «posibles efectos» de una actividad, es decir, que se refieren concretamente a actividades proyectadas y no a actividades en curso.

65. El proyecto de artículo 15 prevé los casos en que, no habiéndose respondido a la modificación, el régimen jurídico propuesto por el Estado de origen entra en vigor. Aunque es una solución razonable, quizá los derechos del Estado potencialmente afectado no deberían ser ilimitados, pues da la impresión de que dicho Estado tiene la facultad de reexaminar su posición y a continuación hacer valer sus pretensiones. Por tanto, habría que prever algún tipo de disposición basada en la doctrina de los actos propios (*estoppel*) que permitiera al Estado de origen que no ha recibido respuesta seguir llevando a cabo sin temor su actividad.

66. Por lo demás, los artículos 13 a 15, en su conjunto, parten de un punto de vista bilateral, como ha señalado el Sr. McCaffrey, y convendría estudiar más detenidamente si son aplicables en caso de accidente que cause daños generalizados o en caso de contaminación acumulativa cuyo origen sea difícil de determinar. El procedimiento previsto en el capítulo III del proyecto demuestra, en general, lo difícil que es tratar al mismo tiempo las actividades ultrapeligrosas y el daño transfronterizo permanente.

67. El proyecto de artículo 16 plantea el problema, ya citado por el orador, de la diferencia entre la obligación de negociar y la obligación de celebrar consultas. Aunque, evidentemente, las consultas pueden desembocar en la conclusión de un acuerdo sobre el régimen jurídico aplicable a la actividad considerada, sería demasiado inflexible imponer a todos los Estados partes la obligación absoluta de llegar a un acuerdo sobre todas las actividades previstas en el artículo 1. Las dos variantes propuestas por el Relator Especial para el párrafo 1 parecen completarse más que excluirse.

68. El Sr. BEESLEY dice que desea señalar la atención sobre una obra del eminente jurista Jan Schneider<sup>17</sup>. Esta obra contiene un excelente análisis de los matices entre la

<sup>15</sup> C.I.J. Recueil 1949, pág. 18.

<sup>16</sup> Véase artículo 20 (Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales) del proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales, aprobado provisionalmente por la Comisión en su anterior período de sesiones [*Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 37].

<sup>17</sup> J. Schneider, *World Public Order of the Environment: Towards an International Ecological Law and Organization*, University of Toronto Press, 1979.

responsabilidad causal y la responsabilidad absoluta<sup>18</sup>, así como muy acertados pasajes, que el Sr. Beesley cita, sobre el procedimiento de notificación, con numerosos ejemplos extraídos de convenios recientes<sup>19</sup>. Algunos de los precedentes citados pueden mitigar el temor que inspira la idea de crear un precedente para una obligación de negociar. El mismo autor proporciona citas autorizadas (más que interpretaciones) de los asuntos de la *Fundición de Trail*, el *Lago Lanós* y el *Estrecho de Corfú*<sup>20</sup>.

*Se levanta la sesión a las 12.30 horas.*

<sup>18</sup> *Ibid*, págs 163, 164 y 168

<sup>19</sup> *Ibid*, págs 52 y 53

<sup>20</sup> *Ibid*, págs 48 a 50 *et passim*

## 2112.ª SESIÓN

*Martes 6 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación)** (A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/413<sup>2</sup>, A/CN.4/423<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. B)<sup>4</sup>

[Tema 7 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

ARTÍCULOS 1 A 17<sup>5</sup> (continuación)

1. El Sr. CALERO RODRIGUES elogia el quinto informe, sumamente útil, del Relator Especial (A/CN.4/423), que trata de una materia extremadamente difícil y que sin duda contribuirá a que la labor de la Comisión sobre el

tema conduzca a buenos resultados. Como contiene 45 páginas de denso razonamiento jurídico y sólo una sección (los comentarios generales sobre los artículos 10 a 12) trata de la práctica internacional (*ibid.*, párrs. 79 a 95), el informe necesita un análisis a fondo. No se ha dado tiempo suficiente a los miembros para estudiarlo y el Sr. Calero Rodrigues confía mucho en que algunas de las cuestiones planteadas se dejarán para el próximo período de sesiones.

2. Muchos puntos exigen un debate a fondo, lo que no es posible por las circunstancias. El Sr. Calero Rodrigues concretará sus observaciones en esta etapa a dos de ellos, a modo de ejemplo, y comentará sólo los artículos propuestos. En primer lugar se referirá a la distinción trazada en el informe (*ibid.*, párrs. 2 a 15) entre actos y actividades. El Relator Especial dice:

[ ] Se vincula la responsabilidad al carácter de la actividad, y así los actos aislados de la instancia comentada no estarían comprendidos en el alcance del tema. Para que el régimen de los presentes artículos se aplique a ciertos actos, éstos deben estar inseparablemente ligados a una actividad que debe ser de riesgo o de efectos nocivos (art. 1). Los daños producidos por actos aislados no entran en la consideración del proyecto, y por ende se evita la temida omniresponsabilidad [ ] (*Ibid.*, párr. 14)

Así, el objeto principal del proyecto de artículos parece ser regular las actividades por medio de procedimientos para prevenir posibles daños; en otras palabras, el objeto es crear un régimen jurídico. Ahora bien, el daño puede resultar de actos o de situaciones, estén o no asociados a actividades. Muchos actos o situaciones que son obra del hombre pueden producir daños transfronterizos aun sin estar relacionados con actividades. Así pues, esos actos deben entrañar responsabilidad por el daño causado y, por consiguiente, entran dentro del ámbito del presente tema. Lo que constituye el objeto de este tema son los efectos físicos perjudiciales causados en un Estado por actos o actividades realizados en otro Estado que no están prohibidos por el derecho internacional y que, por consiguiente, no son actos ilícitos. Los artículos deben enunciar, por lo tanto, el principio general de que esos daños deben ser compensados y tienen que establecer normas para la aplicación de ese principio.

3. Los artículos pueden tratar también de la prevención del daño y de la cooperación con tal fin. Pero estas cuestiones no deben constituir el aspecto más importante de la labor que la Comisión tiene entre manos. En algún momento parecía como si el concepto de «riesgo» más bien que el concepto de «daño» fuese a definir el ámbito del proyecto. En la etapa actual, no hay que dejar que las «actividades» excluyan a los «actos» como generadores de daños. El daño puede resultar de una actividad, tal como el funcionamiento de una planta nuclear. Si la actividad cesa y se decide dismantelar la instalación, se planteará la cuestión de si el dismantelamiento debe considerarse como una actividad. Y, no obstante, como resultado de esa operación puede producirse un daño. Nadie va a sostener, ciertamente, que ese daño no tiene cabida dentro del proyecto y que la indemnización aplicable en virtud de los artículos debe excluirse. Sin duda debe evitarse la noción de actos del Estado, pero es esencial que en el concepto de actividades se incluyan los actos. Por su parte, el Sr. Calero Rodrigues no puede admitir el argumento aducido en el párrafo 14 del informe.

4. Un segundo punto que exige aclaración es el de la aplicabilidad de los dos regímenes, el de la responsabilidad causal y el de la responsabilidad por un hecho ilícito,

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1985, vol. II (primera parte)/Add 1

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>4</sup> El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, el plan esquemático se reproduce en *Anuario* 1982, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2108.ª sesión, párr. 1



cuestión que el Relator Especial estudia en su comentario al proyecto de artículo 5 (*ibid.*, párrs. 40 a 54). El Relator Especial presenta un vasto análisis, pero no ofrece ninguna conclusión final y probablemente invita a la Comisión a indicar su propia posición. Es evidente que la materia exige un estudio de los problemas que se plantean más detenido del que puede realizarse en el tiempo limitado de que se dispone. Así pues, el Sr. Calero Rodrigues se ve obligado a reservar su posición por el momento.

5. Estas observaciones, así como las que formulará sobre los proyectos de artículos, son necesariamente de un carácter muy preliminar.

6. Los proyectos de artículos 1 a 9, que constituyen el capítulo I (Disposiciones generales) y el capítulo II (Principios) del proyecto, son versiones revisadas y mejoradas de los proyectos de artículos 1 a 10 remitidos al Comité de Redacción en el período de sesiones anterior. Los textos revisados ahora también tienen que remitirse al Comité de Redacción. Esta situación es una invitación a considerar si la práctica habitual de la Comisión de remitir los artículos al Comité de Redacción tan pronto se presenten es correcta. Sería mucho más efectivo para el Relator Especial si volviera a redactar los artículos a la luz de la discusión en el plenario y remitirlos al Comité de Redacción sólo después de que se hayan debatido otra vez en el plenario.

7. En el proyecto de artículo 1, el ámbito de los artículos está mejor definido que en el texto anterior y abarca actualmente tanto el daño como el riesgo. Un problema, no obstante, es el sentido que debe atribuirse al término «actividades»: la definición contenida en el proyecto de artículo 2 no es suficiente para aclarar este punto. Felizmente, la mayoría de los problemas relativos al artículo 1, y más todavía a los artículos 2 a 9, pueden resolverse mediante una formulación apropiada y pueden dejarse para el Comité de Redacción, incluyendo las útiles propuestas del Sr. McCaffrey y el Sr. Hayes (2109.ª sesión), que, aunque implican más que cambios puramente estilísticos, están destinados a lograr una mayor claridad e integridad en la expresión de conceptos que parecen contar con la aceptación del Relator Especial y la Comisión en general.

8. El Sr. Calero Rodrigues no cree que sea necesario entrar en un debate del plenario para determinar si la palabra «territorio» debe mencionarse junto a «jurisdicción» y «control» en el artículo 1, ni para decidir si cada una de las definiciones del artículo 2 es satisfactoria, o si el término «asignación» debe sustituir a «atribución» en el título del artículo 3, o elegir entre las dos variantes del texto propuesto para el artículo 5, ni decidir si el principio de que no debe dejarse que la víctima inocente del daño transfronterizo soporte la carga del daño debe enunciarse explícitamente en el artículo 9.

9. Los nuevos artículos 10 a 17 del capítulo III del proyecto (La notificación, la información y la advertencia por el Estado afectado) se inspiran evidentemente en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, como ha reconocido el propio Relator Especial. De todos modos, la variedad casi infinita de situaciones que han de abarcar los artículos relativos a esta materia significa que la transposición plantea serias dudas. Por ejemplo, el plazo de seis meses que, con arreglo al proyecto de artículo 13, debe «dar» el Estado notificante al Estado

notificado para que responda, es muy poco apropiado en el presente contexto. En los artículos sobre los cursos de agua, el Estado notificante tiene que dar al Estado notificado un plazo para responder, pero es un período de espera: no puede tomarse ninguna medida sobre el proyecto, no puede iniciarse ninguna actividad. No ocurre así en el caso del proyecto de artículos que se examina, como el propio Relator Especial reconoce (A/CN.4/423, párrs. 111 y 112). ¿Cuál es, pues, el significado del plazo de seis meses? En virtud del proyecto de artículo 10, se pondrá en marcha el mecanismo de procedimiento con respecto a «una actividad del artículo 1»; por ejemplo, una actividad cuyas consecuencias físicas causen daños transfronterizos o creen un riesgo apreciable de causarlo. Las dos situaciones —de «daño» y «riesgo»— son diferentes y es difícil concebir que los mismos procedimientos pueden aplicarse eficazmente en ambos casos. En los instrumentos especiales relativos a campos de actividad determinados suelen establecerse disposiciones especiales sobre los mecanismos para prevenir o aminorar los daños. Los proyectos de artículos están destinados a abarcar tantas actividades diferentes que parece poco práctico, por no decir imposible, establecer una serie detallada de obligaciones de carácter procesal para abarcarlas todas.

10. El Relator Especial señala en su informe que «uno de los fundamentos, acaso el más importante, de estas mismas obligaciones es la de cooperar, establecida en el artículo 7» (*ibid.*, párr. 76). Sin duda, la esencia de esta parte del proyecto es la cuestión de la prevención. En vez de emprender la tarea imposible de formular disposiciones de procedimiento sobre la cooperación, sería preferible que los artículos enuncien el principio de la cooperación lo más claramente que sea posible y dejen que los Estados creen en cada caso, y según las circunstancias, los medios para ponerlo en práctica. Es oportuno citar una vez más las palabras de Gilberto Amado cuando decía que los Estados no son niños. Hay que contar con que ellos mismos sabrán idear los procedimientos más apropiados.

11. Los proyectos de artículos 10 a 17 establecen, en efecto, un conjunto de obligaciones muy complejas y agobiantes. Con arreglo al artículo 10, el Estado de origen tiene que «evaluar» los posibles efectos transfronterizos de la actividad y notificar a otros Estados, acompañando la notificación con los datos técnicos y la información, incluida la información sobre las medidas que se tomen para prevenir o minimizar el riesgo y que pueden servir de base para un régimen legal. Tiene que proceder a la evaluación y notificación si recibe una «advertencia» del otro Estado (art. 12). Tiene que «dar» al Estado notificado un plazo de seis meses para responder a la notificación y, si se solicita, proporcionar información adicional durante ese plazo (art. 13). Tiene que celebrar consultas «sin demora» para establecer los hechos y celebrar negociaciones para establecer un régimen jurídico adecuado (art. 16). Tiene que aplicar las medidas y el régimen jurídico indicado en la notificación si el Estado notificado las acepta (art. 14) o no contesta (art. 15). Por último, tiene que aplicar el régimen establecido en los artículos si no ha propuesto ningún otro régimen y el Estado notificado no ha dado respuesta en el plazo de seis meses (art. 15).

12. El objeto principal del mecanismo procesal parece ser, en fin de cuenta, el de crear un régimen legal. El Relator Especial da la siguiente explicación de esa expresión:

[...] La expresión «régimen legal» no debe hacer pensar que en todos los casos se tratará de un complejo instrumento jurídico. A veces, si la situación es simple, podrá bastar al Estado de origen proponer algunas medidas que, o bien minimicen el riesgo (en caso de actividades de riesgos) o bien reduzcan el daño transfronterizo a niveles inferiores al de «daño apreciable». Desde luego, el Estado de origen puede proponer también algunas medidas legales, por ejemplo, el principio de que está dispuesto a indemnizar los eventuales daños causados. [...] (*Ibid.*, párr. 99.)

Personalmente, el Sr. Calero Rodrigues no considera la explicación muy satisfactoria. En primer lugar, no hay ninguna necesidad de que el Estado de origen indique que está «dispuesto a indemnizar», puesto que su obligación de indemnizar estará impuesta por las disposiciones de los artículos.

13. Como ya ha señalado, los artículos de procedimiento están destinados a tratar una serie de situaciones diversas mucho mayor que la del proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales. Así lo reconoce el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párr. 111). Evidentemente, los proyectos de artículos 10 a 17 deberían examinarse a fondo en el próximo período de sesiones. Los proyectos de artículos 1 a 9 pueden remitirse al Comité de Redacción.

14. El PRESIDENTE dice que coincide enteramente con el Sr. Calero Rodrigues en que los miembros no han dispuesto de tiempo suficiente para examinar el informe del Relator Especial. Los informes deben distribuirse antes de que comience el período de sesiones.

15. El Sr. BENNOUNA dice que el Relator Especial, en su excelente quinto informe (A/CN.4/423), ha tenido en cuenta las deliberaciones de la Comisión sobre una cuestión que ha surgido como tema independiente más como derivación del problema global de la responsabilidad internacional que como respuesta a las exigencias concretas de la realidad internacional. En cualquier caso, es demasiado tarde para abrigar dudas sobre la viabilidad de la labor sobre el tema actualmente objeto de debate. Serán los Estados, en una fase posterior, quienes decidan si desean comprometerse con el espinoso tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En cualquier caso, es necesario fijar la atención en el futuro y prever nuevas situaciones en el contexto de los constantes sobresaltos que en la actualidad caracterizan el escenario internacional. La protección del medio ambiente, la búsqueda de una mejor calidad de vida, el creciente sentimiento de solidaridad en esas cuestiones y la conciencia de la cada vez mayor interdependencia ante un crecimiento caótico se plantean con frecuencia cada vez mayor en los foros internacionales. Por consiguiente, la Comisión debe actuar con cierta audacia, sin perder de vista el mandato que le ha conferido la Asamblea General.

16. Las disposiciones que la Comisión está elaborando deben enriquecer el contenido del nuevo tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y para evitar reveses graves e incluso la posibilidad de que fracasen todos los esfuerzos desplegados es esencial no perder de vista ese principio orientador. De ahí la importancia de los capítulos I y II del proyecto, que contienen disposiciones y principios generales, y de los proyectos de artículos revisados 1 a 9.

17. El artículo 1, relativo al ámbito de aplicación del proyecto, tiene una importancia fundamental. Evidentemente, es necesario determinar con la mayor claridad el

alcance de una cuestión tan polémica. La jurisdicción adopta tres formas distintas: jurisdicción territorial, jurisdicción funcional y control o jurisdicción *de facto*. Esta última figura en el artículo 1 como alternativa a la jurisdicción («o, a falta de ésta, bajo su control»). De hecho, la jurisdicción y el control pueden acumularse. Un Estado puede ejercer su jurisdicción sobre un territorio y su control sobre una zona disputada. La jurisprudencia internacional ha subrayado repetidas veces que la responsabilidad depende de hecho del control efectivo ejercido sobre una zona.

18. El orador está de acuerdo con el criterio adoptado por el Relator Especial al hacer que el tema gire en torno al concepto del daño transfronterizo y del riesgo de causarlo. Son dos conceptos estrechamente vinculados a efectos de responsabilidad, que sólo se genera cuando se ha causado daño, lo que a su vez entraña la existencia de una actividad que crea un riesgo. En ese sentido, el Sr. BENNOUNA se suma a otros oradores que han pedido que la Comisión no adopte decisiones sobre el contenido del proyecto de artículo 2, relativo a los términos empleados, hasta haber aprobado todo el proyecto en primera lectura. Evidentemente, la redacción de algunas definiciones puede simplificarse.

19. El proyecto de artículo 3 se ha introducido con objeto de tener presentes las disparidades entre los Estados y la desigualdad de los medios de que disponen para cumplir su obligación de supervisar su territorio. El hecho es, sin embargo, que la norma de la diligencia debida impone a los Estados el deber de asegurarse de que cuentan con los medios de conocer.

20. En el proyecto de artículo 4 debería establecerse más claramente la preeminencia de la *lex specialis*, es decir, de los acuerdos especiales que regulan formas concretas de responsabilidad por actividades no prohibidas. Como han señalado algunos miembros de la Comisión, y especialmente el Sr. Reuter y el Sr. Tomuschat (2110.ª sesión), los presentes artículos deben tener carácter supletorio o adoptar la forma de un acuerdo marco.

21. Como ya ha indicado en sesiones anteriores, el Sr. BENNOUNA estima que el artículo relativo a la prevención (art. 8) tiene cabida en el proyecto, pero como un elemento para determinar la medida de la responsabilidad generada, o más bien la magnitud de la compensación necesaria en caso de daños, dependiendo de que el Estado haya cumplido, en todo o en parte, sus obligaciones en materia de prevención o las haya pasado totalmente por alto. El orador mantiene, sin embargo, que el hecho de incumplir esas obligaciones no puede invocarse para hacer al Estado de origen responsable de un acto ilícito aunque no se hayan producido daños.

22. Hubiera sido más lógico que el proyecto de artículo 9, relativo a la reparación, estuviera precedido por una disposición general que estableciera el principio de responsabilidad. El mismo término «reparación» no es, desde luego, adecuado, pues está históricamente vinculado a la culpa. Se ha sugerido que podría sustituirse por otro término, como *compensation*, que el orador está perfectamente dispuesto a aceptar, aunque entiende que en inglés ese término significa indemnización. En francés, sin embargo, denota la necesidad de encontrar un equilibrio, en base a una serie de criterios, sin que ello signifique exigir una indemnización completa por todos los daños sufridos. Ello conduce inevitablemente al concepto de equidad, que el orador prefiere a la expresión «equilibrio de intereses afectados».

tado» introducida en el artículo por el Relator Especial. Es algo ingenuo pensar que el equilibrio de intereses puede restablecerse: los intereses, por su propia naturaleza, son cambiantes. El concepto puede parecer bastante atractivo en teoría, pero en la práctica no es muy útil.

23. Por lo que se refiere a los proyectos de artículos 10 a 17, el orador no está persuadido de que sea adecuado basar el procedimiento previsto por lo que se supone ha de ser un acuerdo marco —un instrumento de alcance extremadamente amplio— en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación —cuyo alcance es muy limitado— o en convenios bilaterales o regionales concretos entre unos pocos Estados que mantienen buenas relaciones mutuas. El procedimiento propuesto se basa en dos postulados, a saber, que es posible conocer anticipadamente, primero, cuáles son el Estado o Estados potencialmente afectados y, segundo, cuál es el Estado de origen. En el caso de la contaminación transfronteriza, sin embargo, no se sabe necesariamente con anticipación qué Estados tienen más probabilidad de ser más gravemente afectados, y, habida cuenta de que la contaminación puede provenir de varias fuentes, no es posible determinar cuál es el Estado de origen; de hecho, puede haber varios Estados de origen. El orador se pregunta cómo puede funcionar adecuadamente un procedimiento basado en elementos tan precisos como, por ejemplo, la notificación y la respuesta, cuando sus premisas son tan inciertas.

24. Otra cuestión que hay que resolver es la relativa al patrimonio común de la humanidad, que también puede sufrir daños, en cuyo caso el afectado no es sólo un Estado. El orador se pregunta al respecto cómo puede establecerse un procedimiento como el previsto cuando el afectado es la comunidad internacional en su conjunto. Sería preferible establecer un procedimiento de notificación, o de presentación de informes periódicos a un comité de expertos, como se ha hecho en materia de derechos humanos y de derecho del mar y se tiene intención de hacer en lo relativo a la prevención de los desastres naturales. El Comité, que podría ser designado por los Estados partes en la futura convención, podría reunirse, bajo los auspicios de una organización internacional como las Naciones Unidas o uno de sus órganos competentes, como el PNUMA, para examinar los informes, recabar información de los Estados partes y formular recomendaciones a una reunión de las partes contratantes o al jefe ejecutivo de la organización de que se trate. Correspondería entonces a los Estados interesados sacar las conclusiones adecuadas y, si hubiera una controversia, recurrir al procedimiento pertinente para su solución pacífica. En ese sentido, el orador considera que la obligación de cooperar, prevista en el artículo 7, debe institucionalizarse en el marco de un comité de composición simplificada, cuyos costos deberían sufragar los Estados partes. Así se fomentaría el espíritu de solidaridad entre los Estados partes, sin el cual las disposiciones sobre cooperación serían letra muerta.

25. El proyecto de artículo 16, relativo a la obligación de negociar, no es realista, pues no refleja el estado actual del derecho internacional y presupone que la sociedad internacional ha alcanzado un grado de integración suficientemente avanzado. En organizaciones integradas como la CEE, los Estados tienen quizá la posibilidad de negociar con otros miembros de la organización regímenes jurídicos que regulen muchas de sus actividades nacionales, pero

eso no sería posible con arreglo a un instrumento de alcance tan amplio como el presente proyecto. Sin embargo, el orador apoyaría una disposición especial sobre relaciones entre Estados vecinos.

26. No debe olvidarse que la publicación de un informe de una organización internacional sobre daños o riesgos de daños que pueden resultar de una actividad concreta disuadiría a los Estados de emprender dicha actividad. La publicación también podría inducir a los Estados a tomar medidas preventivas y a indemnizar por los daños causados.

27. En conclusión, el orador aboga por un enfoque modesto. La Comisión debe centrar su labor en disposiciones encaminadas a alentar, en lugar de obligar, a los Estados a concertar acuerdos específicos.

28. El Sr. NJENGA da las gracias al Relator Especial por su sobresaliente quinto informe (A/CN.4/423) y por su detallada introducción (2108.ª sesión), que permitirá a la Comisión comprender mejor un tema complejo. Encomia las diversas disposiciones presentadas a la Comisión, y en especial los proyectos de artículos revisados 1 a 9, que permitirán refinar aún más el texto.

29. El orador afirma que, por lo que se refiere al tema objeto de debate, siempre ha mantenido que la Comisión debe fijarse un objetivo modesto, a saber, la elaboración de un proyecto de acuerdo marco que no sea excesivamente detallado y que ayude a los Estados a conciliar de mutuo acuerdo sus legítimos intereses. Habida cuenta del creciente perfeccionamiento de la tecnología y de la presión cada vez mayor que padecen los recursos naturales no renovables, cada día es más importante garantizar el equilibrio de intereses entre los Estados. Las actividades legítimas de los Estados no deben ser obstaculizadas, pero su desarrollo tampoco ha de tener consecuencias perjudiciales no razonables para los derechos e intereses de otros Estados o de la comunidad internacional en su conjunto. Si las tuviera, debe poder exigirse a los Estados que adopten medidas para mitigar esas consecuencias y, cuando proceda, que reparen el daño causado. En ese sentido, el orador conviene con el Relator Especial en que «para que el régimen de los presentes artículos se aplique a ciertos actos, éstos deben estar inseparablemente ligados a una actividad que debe ser de riesgo o de efectos nocivos» (A/CN.4/423, párr. 14).

30. Aunque considera dignos de encomio los esfuerzos del Relator Especial por reformular el artículo 1, relativo al ámbito de aplicación del proyecto, el orador estima que la referencia a «otros lugares bajo su jurisdicción» crea considerables dificultades conceptuales. Tampoco le convence la explicación dada (*ibid.*, párr. 21) para la supresión de la palabra «efectivo» tras la palabra «control», pues el «control efectivo» es un concepto que se encuentra en muchos convenios multilaterales y bilaterales. Por consiguiente, el Relator Especial podría estudiar la posibilidad de sustituir la frase «en el territorio de un Estado o en otros lugares bajo su jurisdicción, reconocida por el derecho internacional o, a falta de ésta, bajo su control» por «en una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado». Este es un concepto que se ha definido recientemente en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>6</sup> [art. 2 (9)] y que es lo suficientemente

<sup>6</sup> Véase UNEP/IG.80/3.

amplio para satisfacer las necesidades del tema y al mismo tiempo evitar las complejidades jurídicas a las que el Relator Especial ha hecho referencia. El orador está también de acuerdo con la propuesta del Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 13) de enmendar el artículo 1 para que éste se refiera a las «actividades que se desarrollen bajo la jurisdicción o el control efectivo de un Estado y cuyo ejercicio cause un daño transfronterizo o cree un riesgo apreciable de daño transfronterizo».

31. El orador no considera convincente la explicación del Relator Especial (A/CN.4/423, párrs. 25 y 26) sobre el empleo de la palabra «apreciable». Concretamente, el Relator Especial dice que prefiere usar la palabra «apreciable», que califica al término «daño» en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales, para subrayar la analogía entre ambos temas. Sin embargo, el proyecto sobre los cursos de agua internacionales se centra en un riesgo relativamente cuantificable entre Estados interdependientes vinculados por un curso de agua internacional común. El «riesgo apreciable», según el inciso ii) del apartado a del proyecto de artículo 2, puede identificarse fácilmente en base a las cosas utilizadas en las actividades de que se trate. El texto enmendado propuesto por el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 14), especialmente la segunda variante, que se refiere al riesgo que se puede «descubrir mediante un examen razonable», es mejor. Someter todas las actividades de los Estados a esa norma, con la correspondiente responsabilidad, así como a las exigencias relativas a los procedimientos de notificación, evaluación y negociación previstas en el capítulo III del proyecto, sería poco realista, además de inaceptable, porque coartaría gravemente la libertad de acción de los Estados dentro de sus propios territorios. Ello no significa, sin embargo, que los Estados no deban preocuparse seriamente por las consecuencias perjudiciales de las actividades que se llevan a cabo en sus territorios, especialmente porque las primeras víctimas de esas actividades serían sus propios ciudadanos e intereses, que ningún Estado razonable desea lesionar.

32. El examen de la práctica internacional del Relator Especial (A/CN.4/423, párrs. 79 a 95) pone de manifiesto que hay un umbral más alto que el daño «apreciable». Basándose en los términos utilizados en el Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación, la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, el Acuerdo entre los Estados Unidos de América y México sobre cooperación para la protección y mejoramiento del medio ambiente en la zona fronteriza, de 1983, el Principio 6 del proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, del PNUMA, y en muchos otros instrumentos, el orador está persuadido de que para lograr el apoyo de la comunidad internacional será necesario sustituir en el proyecto la palabra «apreciable» por las palabras «significativo», «sustancial» o «importante», todas las cuales denotan un umbral más alto.

33. El Sr. Njenga invita al Relator Especial a estudiar las propuestas de cambios de redacción en el artículo 2 formuladas por el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párrs. 14 a 16), que contribuyen mucho a aclarar los términos definidos. También está plenamente de acuerdo con la necesi-

dad de añadir una referencia al medio ambiente, por el que la comunidad internacional, tarde pero acertadamente, está mostrando un interés cada vez mayor; sólo una cooperación internacional concertada permitirá actuar con eficacia en esa esfera.

34. El orador está de acuerdo en reemplazar el término «Atribución» por «Asignación» en el título del proyecto de artículo 3. En el párrafo 2, la presunción de que el Estado de origen tiene el conocimiento o los medios de conocer las actividades que se desarrollan en su territorio es también lógica, en la medida en que se trata de una presunción *juris tantum*.

35. La cuestión de la asignación de obligaciones remite al problema de las actividades de las empresas transnacionales, que reviste la mayor importancia para los países en desarrollo. Hay una tendencia creciente a desplazar de los países industrializados a los países en desarrollo la responsabilidad por los efectos perjudiciales graves para la salud y el bienestar de los seres humanos y su medio de dichas actividades. La creciente organización y el fortalecimiento de los grupos de presión ambientales en los países desarrollados han obligado a los gobiernos de esos países a establecer normas de producción cada vez más estrictas, e incluso a imponer una prohibición total de las sustancias que han demostrado tener efectos secundarios particularmente nocivos. Naturalmente, ello ha aumentado los costos de producción, como consecuencia de lo cual muchas empresas transnacionales, con pleno conocimiento y estímulo de sus Estados de origen, han desplazado sus actividades a países en desarrollo, donde no están obligadas a hacer uso de la tecnología más moderna y donde en muchos casos pueden seguir utilizando materiales prohibidos en los Estados industrializados. Más reprochable aún es la reciente expansión del nefasto comercio de productos tóxicos, que entraña el movimiento transfronterizo en masa de desechos tóxicos y peligrosos de los países industrializados a los países en desarrollo, problema que sólo se ha solucionado parcial y en buena medida insatisfactoriamente en el reciente Convenio de Basilea (véase párr. 30 *supra*).

36. Abrumados por el peso ingente de la pobreza, la deuda y las presiones económicas externas, muchos países en desarrollo no están en condiciones de oponerse a algo que a corto plazo parece una propuesta comercial atractiva, pero que, en definitiva, puede tener efectos perjudiciales muy graves para la población y el medio ambiente, así como para otros Estados. La mayoría de las empresas transnacionales, aunque adoptan la nacionalidad del país en desarrollo, permanecen bajo el control efectivo de la empresa central y siguen contando con el apoyo del país industrializado de que se trate. Sin embargo, en los proyectos de artículos en estudio la consideración de esa relación se pasa enteramente por alto, y el país en desarrollo en cuestión sería considerado Estado de origen de la empresa transnacional en él domiciliada, con toda la responsabilidad por daños transfronterizos que ello entraña. De hecho, y dado que los secretos industriales están protegidos en el extranjero, puede ocurrir que el país en desarrollo ni siquiera tenga la capacidad de evaluar directamente la probabilidad de que esos daños se produzcan.

37. Si se tratara exclusivamente de un problema de redacción, el orador no tendría inconveniente en presentar algunas propuestas. Sin embargo, se trata de una cuestión enteramente sustantiva, que exige una atención muy detenida por parte del Relator Especial y de la Comisión para

que los proyectos de artículos puedan ser objeto de un amplio apoyo internacional.

38. El orador expresa su intención de ser breve en sus comentarios sobre los artículos del capítulo II del proyecto, que ya ha sido objeto de debate en anteriores períodos de sesiones y en el que el Relator Especial ha introducido cambios útiles. Podrían proponerse algunos retoques, de los que se haría cargo el Comité de Redacción. Sin embargo, es necesario recalcar la importancia del proyecto de artículo 7, relativo a la cooperación, porque es fundamental para el tema. En dicho artículo debe hacerse especial hincapié en la función de las organizaciones internacionales pertinentes, algunas de las cuales se mencionan expresamente en el informe (A/CN.4/423, párr. 61), y para ello debe redactarse en una forma más positiva. Podría enunciarse, en consonancia con el artículo 242 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, de la siguiente forma:

«Los Estados y las organizaciones internacionales competentes cooperarán de buena fe entre sí para tratar de evitar que las actividades del artículo 1 que se desarrollen en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción nacional o control efectivo causen daños transfronterizos.»

El Comité de Redacción podría también considerar la posibilidad de refundir los artículos 7 y 8.

39. En lo referente a los nuevos artículos sobre evaluación, notificación e información del capítulo III del proyecto, el orador estima que hay que adoptar un enfoque crítico para determinar si dichos artículos, pese a basarse generalmente en artículos provisionalmente aprobados en el tema de los cursos de agua internacionales, no impondrían una obligación innecesariamente gravosa al Estado de origen. Los dos temas son análogos, pero no idénticos: el de los cursos de agua internacionales tiene características especiales debido a la naturaleza de las partes y de las actividades pertinentes, mientras que el presente tema se circunscribe a situaciones mucho más generalizadas, difícilmente adaptables a un régimen rígido y detallado. Por ejemplo, podría entenderse que el proyecto de artículo 10 exige la notificación y la transmisión de información a un número no determinado de Estados cuando el Estado de origen decide emprender una actividad que entrañe riesgo de daños transfronterizos.

40. Otros artículos del capítulo III, como los artículos 13, 14 y 15, son excesivamente detallados para el tipo de acuerdo marco, de por sí modesto, que la Comisión ha previsto. La labor de la Comisión debe centrarse principalmente en alentar a los Estados a celebrar consultas y negociaciones cuando el Estado que tiene intención de realizar la actividad o cualesquiera otros Estados que podrían resultar probablemente afectados o de hecho lo están prevean efectos perjudiciales significativos, con objeto de minimizar, eliminar o mitigar los daños transfronterizos. Disposiciones rígidas con plazos inflexibles podrían tener exactamente el resultado opuesto, pues tenderían a imponer demasiadas restricciones a la libertad de acción.

41. El orador apoya sin reservas el proyecto de artículo 16, relativo a la obligación de negociar cuando los Estados de que se trate estén en desacuerdo respecto de la naturaleza de la actividad o de sus efectos o del régimen jurídico para esa actividad. Estima, sin embargo, que las consultas y el establecimiento de un mecanismo de determinación de los hechos no tiene por qué plantearse como

alternativa; de hecho, pueden ser complementarios. Quizá convenga hacer también una referencia específica a la participación de las organizaciones internacionales competentes cuando sea necesario. Ese enfoque bien podría ser la mejor manera de lograr que las negociaciones se celebren de buena fe y que se restablezca el equilibrio de intereses, tan fundamental para la protección de los derechos e intereses legítimos de los Estados afectados.

42. El Sr. ROUCOUNAS dice que hay que felicitar al Relator Especial por su quinto informe (A/CN.4/423), que refleja las propuestas hechas en el anterior período de sesiones de la Comisión y también de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Hay un creciente interés internacional por el presente tema y es importante lograr que la Comisión no se quede atrás a la hora de aportar su contribución al acervo cada vez más importante de instrumentos y textos pertinentes, que comprende los proyectos de la OCDE y el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>7</sup>, ya mencionados. Si alguna crítica tuviera que hacer es que el informe tal vez sea demasiado abstracto y que carece de ejemplos para ilustrar la naturaleza de las actividades abarcadas por el proyecto de artículos.

43. El Relator Especial ha introducido un elemento nuevo al hablar de actividades que, cuando se repiten, pueden tener efectos perjudiciales para el medio ambiente, criterio que parece tener cierto apoyo en la Asamblea General. Personalmente, el Sr. Roucounas cree que la Comisión no debe abandonar unos conceptos y una terminología bien arraigados en el derecho internacional y que no debe inventar términos nuevos e innecesarios. Por ejemplo, todavía duda de que la expresión «riesgo apreciable» esté lo bastante arraigada en la práctica internacional para justificar que se la utilice en el proyecto. Además, el término «lugares», tal como se utiliza en los proyectos de artículos 1, 2 y 3, debe evitarse, porque el proyecto se aplicará a los buques: un buque no puede considerarse como un «lugar».

44. Con respecto al ámbito del proyecto de artículos, podría utilizarse una fórmula aceptada de modo general, tal como la de «personas y bienes bajo la jurisdicción o el control de un Estado», evitando así cierto número de posibles dificultades semánticas que serían un obstáculo para el progreso de la Comisión. También tiene que expresar reservas acerca de los términos «zonas», en el apartado *c* del artículo 2, y «cosas», en el apartado *e*.

45. En cuanto al proyecto de artículo 4, no hay que olvidar que el proyecto tendrá carácter supletorio y que mientras la Comisión no haya concluido su labor no será posible determinar las relaciones entre los presentes artículos y otros instrumentos internacionales y su posición con respecto a esos instrumentos.

46. El proyecto de artículo 5 plantea el problema familiar de los efectos de los presentes artículos sobre otras normas de derecho internacional. Aprecia los esfuerzos del Relator Especial para explicar su posición con respecto a esa cuestión, pero la estructura conceptual del proyecto sigue siendo poco clara en este aspecto, simplemente porque se reconoce de modo general que las dificultades que se plantean son considerables. Puede ocurrir que la Comi-

<sup>7</sup> Véase nota 6 *supra*

sión se encuentre con que ha de sugerir a la Asamblea General que, para que los presentes artículos alcancen la finalidad perseguida, la Comisión debe sobrepasar la distinción «lícito/ilícito» y concentrarse en el aspecto de la prevención y de la reparación del daño transfronterizo.

47. El proyecto de artículo 6 puede dar una impresión errónea con respecto a la soberanía y podría constituir una disposición más útil si su formulación fuese menos categórica. En general, el Sr. Roucounas aprueba el proyecto de artículo 7 revisado, que introduce el elemento de cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes.

48. Los proyectos de artículos 8 y 9 deberían desarrollarse con más detalle, ya que se refieren a los principios. De todos modos, la frase de introducción del artículo 9 («En cuanto sea compatible con los presentes artículos») todavía se sale del ámbito del proyecto. La «interdependencia» a que se alude en el informe (*ibid.*, párr. 70) puede muy bien ser una realidad del mundo moderno, pero el Relator Especial sólo en parte está en lo cierto cuando luego afirma que esa interdependencia es la que «hace que todos seamos víctimas y victimarios». La finalidad del proyecto es enunciar disposiciones para la prevención y la reparación más que para determinar quién es la víctima y quién el victimario. A falta de un régimen de seguro para los daños transfronterizos que resulten de actividades no prohibidas, la Comisión debe contentarse con ir avanzando paso a paso.

49. El título del capítulo III del proyecto (La notificación, la información y la advertencia por el Estado afectado) no refleja totalmente el contenido del capítulo. En términos generales, la principal característica del capítulo es que se basa considerablemente en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación. Esos artículos se derivan de una práctica internacional extensa y constante recogida en un gran número de normas, procedimientos e instrumentos pertinentes sobre un tema que, aunque guarda relación con el tema de que aquí se trata, es al mismo tiempo diferente. Si las disposiciones del proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales quedaran incorporadas globalmente en los proyectos de artículos sobre la responsabilidad internacional, el resultado podría poner en peligro el progreso que la Comisión ha logrado en este último sector.

50. Del texto del artículo 10 puede desprenderse que el proyecto no está destinado a abarcar las actividades de riesgo existentes, pero que se extiende a actividades que tienen un efecto nocivo acumulativo. Esta distinción debe exponerse más claramente. El Sr. Roucounas está de acuerdo con la disposición del apartado *a* de que cada Estado debe examinar las actividades que pueden causar un daño transfronterizo, pero no está seguro de que un Estado pueda atender la exigencia prevista en el apartado *b* de que haga una notificación oportuna al Estado o los Estados afectados acerca de las conclusiones del examen, puesto que es poco probable que el Estado de origen sepa qué Estados están afectados. Por consiguiente, la disposición debería formularse en términos menos categóricos.

51. Es de suponer que el objeto del proyecto de artículo 12 es simplemente ofrecer al Estado afectado la posibilidad de dirigirse al Estado de origen, esto es, de llamarle la atención acerca de la actividad que se está desarrollando.

52. La situación prevista en los proyectos de artículos 13 a 17 es más compleja por el hecho de que parte del

supuesto de que los Estados interesados concertarán un régimen jurídico estricto. El proyecto de artículo 15 establece un sistema jurídico un tanto extraño, puesto que la obligación primaria todavía no ha sido especificada. Olvidando que la finalidad de esta operación es establecer un régimen supletorio, la Comisión se encamina hacia una presunción en favor de un régimen jurídico propuesto por el Estado presuntamente víctima, pero sin saber de qué se compondrá ese régimen.

53. Se advertirá que el proyecto de artículo 16 se refiere en el título a las negociaciones, pero que en el texto trata de las consultas. También en este aspecto hay que evitar que se establezca un excesivo paralelismo con el proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales, donde el artículo correspondiente<sup>8</sup> responde a un enfoque muy diferente. Con respecto a las negociaciones como tales, la referencia a los precedentes sobre la materia es por fuerza incompleta, y dos asuntos en particular, *Minquiers et Ecréhous*<sup>9</sup> y *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*<sup>10</sup>, han introducido matizaciones.

54. El proyecto de artículo 17 agrega nuevos elementos de presunción y automaticidad, elementos que difícilmente serían aceptables para el artículo 15. ¿Qué ocurrirá, por ejemplo, si el Estado presuntamente afectado envía una advertencia y el Estado de origen contesta? El artículo 17 prevé el caso en que el Estado de origen no conteste, pero no dice qué ocurrirá si contesta. Ello agrava, por consiguiente, las dificultades que plantea el artículo 15.

55. Por último, el proyecto debe incluir disposiciones específicas sobre la indemnización y deben estudiarse por menorizadamente.

56. El Sr. AL-QAYSI elogia los esfuerzos del Relator Especial por encauzar el trabajo de la Comisión en un tema que, si bien en algún momento fue de dudosa viabilidad, se considera ahora de suma prioridad. El quinto informe (A/CN.4/423) muestra que el tema tiene más alcance de lo que originalmente se pensaba; su complejidad se ha acrecentado igualmente, y el Sr. Al-Qaysi considera que, por consiguiente, la Comisión debería aceptar cierto grado de ambigüedad en su labor en la fase actual.

57. El proyecto de artículo 1 abarca ahora actividades que causan efectivamente un daño transfronterizo, así como actividades que crean un riesgo apreciable de causarlo. Es de celebrar que el artículo tenga mayor alcance, pero la formulación debería ser lo bastante precisa para evitar toda confusión entre los dos tipos de actividades. Lo mejor sería tratarlos separadamente, puesto que sus consecuencias son diferentes. Por la misma razón, las obligaciones de orden procesal que dimanen de uno y otro deben, en los artículos subsiguientes, diferenciarse como corresponda.

58. El Sr. Al-Qaysi es partidario del texto enmendado del artículo 1 propuesto por el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 13), pero tiene serias dudas acerca del uso del adjetivo «apreciable» para calificar el «riesgo». Como ya

<sup>8</sup> Artículo 17 (Consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas), aprobado provisionalmente por la Comisión en su período de sesiones anterior [véase *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 37].

<sup>9</sup> Fallo de 17 de noviembre de 1953, *C I J Recueil* 1953, pág. 47.

<sup>10</sup> Fallo de 12 de octubre de 1984, *C I J Recueil* 1984, pág. 246.



se ha señalado, en los textos tenidos en cuenta por el Relator Especial se usa el término «significativo». Al orador no le convence el argumento aducido en el informe (A/CN.4/423, párr. 26) en favor del término «apreciable» sobre la base de armonizar los términos entre el presente tema y el del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En el cuarto informe del Sr. McCaffrey sobre este último tema<sup>11</sup>, la expresión «apreciable» se justificaba más plenamente que en el informe que tiene ahora a la vista la Comisión. Además, sólo se utilizaba para calificar el daño; en cambio, en el presente proyecto de artículos califica tanto el riesgo como el daño. Es más, el proyecto de artículo 2 contiene cinco usos separados de la palabra «apreciable». Asimismo, en su informe (*ibid.*, párr. 57), el propio Relator Especial, al tratar del umbral de tolerancia para los efectos del artículo 6, en vez de tomar como referencia el daño «apreciable», menciona el daño «menospreciable» como límite que no se debe sobrepasar.

59. Sobre la cuestión de si el ámbito de aplicación del proyecto, tal como se define en el artículo 1, se extiende a las actividades de las compañías transnacionales, mucho depende de cómo se entienda la jurisdicción en relación con las disposiciones del derecho interno sobre las compañías. Según el Relator Especial, las empresas privadas participan del deber de prevención previsto en el artículo 8, «y al Estado incumbirá imponer la correspondiente obligación de derecho interno y hacerla cumplir» (*ibid.*, párr. 66).

60. El enunciado del proyecto de artículo 2 debería considerarse provisional, tal como ha sugerido el Sr. Hayes (2109.ª sesión), hasta que se haya completado la primera lectura del proyecto de artículos.

61. El Sr. Al-Qaysi celebra el título revisado del proyecto de artículo 3, y está dispuesto a aceptar también su sustancia, pero la formulación debería simplificarse. La útil propuesta del Sr. McCaffrey parece dar por supuesto que solamente están comprendidas las actividades que entrañan riesgos; de ahí que habría que mantener la referencia al artículo 1.

62. En su opinión, la variante B del proyecto de artículo 5 es el mejor de los dos textos propuestos.

63. La cooperación con las organizaciones internacionales exigida con arreglo al proyecto de artículo 7 debería ser de cumplimiento obligatorio, en vista de que los conocimientos técnicos y la asistencia imparcial de esas organizaciones serían muy útiles para los Estados interesados. Pone en duda la afirmación contenida en el informe de que «tal obligación no sería automática en todos los casos, sino en aquellos que lo requirieran» (A/CN.4/423, párr. 61). ¿Quién decidiría si un caso requiere la asistencia de una organización internacional? Del artículo 7 hay que deducir que el Estado de origen y el Estado potencialmente afectado deben ponerse de acuerdo en que tal necesidad existe; pero si no se ponen de acuerdo, ¿incurrirá el Estado discrepante en una violación de la obligación? Si ése no es el caso, habría que modificar el texto del artículo 7.

64. Si, como sugiere el Relator Especial (*ibid.*, párr. 63), la obligación enunciada en el artículo 7 es una obligación «hacia» un régimen de prevención, no llega a satis-

facer las exigencias de la equidad, puesto que el Estado presuntamente afectado no es beneficiario de la actividad potencialmente nociva. En cambio, el proyecto de artículo 8 atribuye correctamente la carga de la prevención al Estado de origen. El Sr. McCaffrey ha afirmado con razón que la fórmula «los mejores medios practicables y disponibles» debería explicarse; la facultad de actuar implica necesariamente la disponibilidad de los medios para hacerlo.

65. En el proyecto de artículo 9, el término «reparación» debería sustituirse por «indemnización». En la práctica no es necesario que tal indemnización se limite a una indemnización pecuniaria; puede incluir la contribución hecha por las nuevas tecnologías para remediar un caso concreto de daño transfronterizo. Pero puede no «tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño», fuera del que consiste en poner fin a la actividad nociva. Es de suponer que lo que realmente se pretende es un ajuste del equilibrio de intereses.

66. A juicio del Sr. Al-Qaysi, los artículos 1 a 9 todavía no están a punto para ser remitidos al Comité de Redacción.

67. El proyecto de artículo 12 podría incluir una disposición análoga a la del párrafo 2 del artículo 18 del proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales<sup>12</sup>.

68. Los proyectos de artículos 13 a 15 parecen referirse sólo a la prevención de los posibles efectos de una actividad de riesgo, pero, sin embargo, del informe (*ibid.*, párr. 99) se desprende claramente que también se incluyen las actividades que causan daños. Hay, pues, una falta de congruencia con los artículos 1 y 10, que abarcan igualmente ambos tipos de actividades. En interés de la claridad, estos dos tipos de actividad deben tratarse separadamente y definirse especialmente las obligaciones sustantivas derivadas de cada una. Las normas de procedimiento enunciadas en el proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales no deben seguirse demasiado servilmente.

69. Las dos variantes propuestas para el proyecto de artículo 16 deberían tratarse como una obligación de dos grados, y en relación con este punto, el Sr. Al-Qaysi elogia la solución sugerida por el anterior Relator Especial en el párrafo 6 de la sección 2 del plan esquemático.

70. En conclusión, el Sr. Al-Qaysi apoya el enfoque práctico y modesto sugerido por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 119 a 121) para los futuros trabajos sobre el tema. De todos modos, es indispensable un asesoramiento técnico en esta fase, y un planteamiento interdisciplinario contribuiría a eliminar algunas de las incertidumbres subsistentes.

71. El Sr. SOLARI TUDELA dice que los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial constituyen esencialmente un desarrollo progresivo del derecho internacional y prevén toda una serie de posibles situaciones futuras. Coincide con el Sr. Francis (2111.ª sesión) en considerar que el presente tema tiene su raíz en el de la responsabilidad de los Estados. Recuerda que cuando se comenzó a discutir por primera vez en 1978, la Comisión

<sup>11</sup> *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2.

<sup>12</sup> Para el texto del artículo 18 (Procedimientos aplicables a falta de notificación), aprobado provisionalmente por la Comisión en su período de sesiones anterior, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 37.



evitó llamar a los actos o actividades perjudiciales en cuestión como «lícitos», y prefirió calificarlos de «no prohibidos por el derecho internacional». La terminología es de suma importancia, pues muchas de las actividades lindan con la ilicitud o pueden convertirse en ilícitas en el porvenir. Hay actos, tales como los ensayos nucleares en la atmósfera, que ya han experimentado esa transición y otros pueden seguir el mismo camino. Los fluorocarbonos, que son de uso cotidiano en los refrigeradores y en los sistemas de acondicionamiento de aire, tienen entre sus efectos el de destruir la capa de ozono, que es vital para la supervivencia del hombre y cuyo uso será pronto prohibido en virtud de un nuevo tratado internacional. En consecuencia, hay que mantener en el proyecto el término «reparación» (art. 9), que pertenece a la responsabilidad de los Estados.

72. El Sr. Solari Tudela está de acuerdo con las sugerencias que ya se han hecho en el sentido de que el proyecto de artículos abarque las actividades de las empresas multinacionales y los daños al «patrimonio común» de la humanidad.

73. El proyecto de artículo 1 ha sido objeto de una apropiada nueva formulación que abarca tanto el riesgo como el daño. Las dificultades que plantea la palabra «control» son principalmente de interpretación, y podrían resolverse en el comentario, con la mención de ejemplos. El Sr. Solari Tudela sostiene su opinión en el sentido de que debería incluirse en el artículo mismo una lista de las actividades nocivas, y se permite señalar que la CEE ha aprobado recientemente una lista de actividades peligrosas.

74. El proyecto de artículo 3 es aceptable, pero el título de «Obligaciones generales» sería preferible. El artículo 4 tal como está ahora redactado parece estar en contradicción con el principio de que la ley especial deroga la ley general.

75. El artículo revisado sobre la reparación —el proyecto de artículo 9— recoge las opiniones que se han expresado anteriormente. El Sr. Solari Tudela está de acuerdo con la explicación del deber de prevención del artículo 8 formulada por el Relator Especial en el párrafo 50 de su quinto informe (A/CN.4/423), esto es, que el deber de reparación previsto en el artículo 9 debe cuantificarse teniendo en cuenta el grado de cumplimiento por el Estado de origen de su deber de prevención establecido en el artículo 8. El proceso de negociación, no obstante, debería definirse más claramente.

76. Por lo que se refiere a los procedimientos establecidos en el proyecto de artículo 10, sería útil para los Estados una lista de las actividades de que se trata. La palabra «graves» al principio del proyecto de artículo 12 es innecesaria, ya que el artículo 10 simplemente empieza diciendo «Cuando un Estado tuviere motivos razonables para estimar».

77. A juicio del Sr. Solari Tudela, los proyectos de artículos pueden enviarse al Comité de Redacción.

78. El Sr. EIRIKSSON dice que acoge con satisfacción los proyectos de artículos revisados 1 a 9, que representan correctamente las opiniones de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Lo que ha de resultar de la labor de la Comisión sobre el presente tema es el principio de que hay que dar reparación por un daño transfronterizo importante. Por consiguiente, hay que idear un mecanismo para evaluar la reparación y hay que prescribir medidas para prevenir o aminorar el riesgo de ese daño, sin entrar

en muchos detalles. Hay demasiados detalles en los proyectos de artículos 10 a 17. La siguiente prioridad de la Comisión debería ser, por consiguiente, establecer las pautas para negociar la reparación.

79. En cuanto al alcance de los artículos revisados 1 a 9, deberían en realidad abarcar ambas actividades, las que causan y las que crean riesgo de daños transfronterizos, pero el artículo 1 debería trazar una distinción más clara entre ellas. La referencia a la jurisdicción en el artículo 1 podría omitirse, puesto que no se plantea ninguna desviación de las normas internacionales generales; en el artículo 3, no obstante, se incluye una limitación que exige la referencia a áreas de jurisdicción. El Sr. McCaffrey ha sugerido que se extienda el concepto de «territorio» de modo que incluya la jurisdicción extraterritorial, algo que ciertamente podría hacerse en una etapa posterior, siempre que los Estados estén dispuestos a ello.

80. En lo que concierne al término «apreciable», no es posible ninguna definición científica del daño transfronterizo, y de ahí que sea preferible evitar la definición intentada en el inciso ii) del párrafo a del artículo 2. A juicio del Sr. Eiriksson, sólo cinco de los conceptos del proyecto exigen definición en la etapa actual: se trata del riesgo, el término «apreciable», daño transfronterizo (incluyendo «apreciable» y «continuo»), Estado de origen y Estado afectado. El Sr. Eiriksson está de acuerdo con el Sr. Reuter (2110.ª sesión) y con el Sr. Bennouna en considerar que el término «reparación» debe definirse de modo que incluya todas las formas de indemnización y que se distinga del mismo término utilizado en el contexto de la responsabilidad de los Estados.

81. Hay que recoger con satisfacción el nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo 3 y también la versión revisada del artículo 6. Los proyectos de artículos 7 y 8 deberían distinguir más claramente entre las normas aplicables a las actividades que entrañan riesgo y las aplicables a las demás actividades que causan daños.

82. Apoya la propuesta del Sr. Hayes sobre la formulación del proyecto de artículo 9 (2109.ª sesión, párr. 40), que daría protección a las víctimas inocentes. El artículo debe señalar un claro deber de negociar —un simple deber de consultar no es suficiente—, y las pautas aplicables a esas negociaciones deben formularse lo antes posible.

83. Las propuestas de redacción respecto a los capítulos I y II del proyecto son las siguientes:

#### «Artículo 1

»Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que causen daños transfronterizos o que creen un riesgo apreciable de causarlos.

#### «Artículo 2

»A los efectos de los presentes artículos:

»a) Se entiende por «daño transfronterizo» el daño físico apreciable, incluido el daño continuo, a personas o cosas, al uso o disfrute de zonas o al medio ambiente en el territorio o en zonas sujetas a la jurisdicción o el control de un Estado, que en adelante se denominará «Estado afectado», que es causado por actividades desarrolladas en otro Estado;

»b) Se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio o en el de zonas sujetas a su jurisdicción o control se desarrollan las actividades mencionadas en el artículo 1;

»c) Se entiende por “riesgo de causar un daño transfronterizo” la posibilidad de causar un daño transfronterizo que no puede eliminarse por ninguna precaución razonable;»

Para el apartado *d*, el Sr. Eiriksson acudiría a una definición del «riesgo apreciable» y el «daño apreciable» basada en un umbral que pueda definirse.

#### «Artículo 3

»1. El Estado de origen no tendrá las obligaciones enunciadas en los presentes artículos con respecto a una actividad mencionada en el artículo 1 a menos que conociere o hubiere tenido los medios de conocer que esa actividad se desarrollaba o iba a desarrollarse en su territorio o en otras zonas sujetas a su jurisdicción o control.»

El párrafo 2 del artículo 3 sería tal como lo ha propuesto el Relator Especial y se titularía «Limitaciones a la aplicabilidad».

#### «Artículo 6

»El ejercicio por un Estado de origen de su derecho soberano a desarrollar o permitir el desarrollo de las actividades humanas en su territorio o en otras zonas bajo su jurisdicción o control debe ser compatible con la protección de los derechos que emanen de la soberanía de otros Estados.

#### «Artículo 7

»1. Los Estados de origen cooperarán de buena fe con los Estados afectados para tratar de evitar daños transfronterizos derivados de las actividades que creen un riesgo apreciable de causar tales daños.

»2. Cuando se produzcan daños transfronterizos, el Estado de origen cooperará con el Estado afectado para minimizar sus efectos.

#### «Artículo 8

»Los Estados de origen tomarán las medidas apropiadas, de conformidad con el capítulo III, para evitar o minimizar el riesgo de daños transfronterizos.»

84. El Sr. Eiriksson da las gracias cordialmente al Relator Especial por los esfuerzos realizados y espera que se conseguirá un conjunto completo de artículos sobre la materia.

### Organización de los trabajos del período de sesiones (conclusión\*)

[Tema 1 del programa]

85. El Sr. TOMUSCHAT pregunta si para el siguiente tema del programa, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, los artículos del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/422 y Add.1) se examinarán separada o conjuntamente.

86. El PRESIDENTE dice que, puesto que el Comité de Redacción necesita conocer las opiniones de la Comisión sobre todas las partes del proyecto, los miembros no deberían limitarse a comentar artículos separadamente.

87. El Sr. OGISO (Relator Especial) dice que acepta que la Comisión proceda a un examen inicial general o

bien que proceda a examinar los artículos uno por uno. Ahora bien, como su informe preliminar (A/CN.4/415) no se ha debatido en el período de sesiones anterior, los miembros posiblemente deseen formular primero sus comentarios sobre este informe y ocuparse del segundo informe en una fase posterior, si hay tiempo para ello.

88. El Sr. BARSEGOV dice que si los miembros no están en condiciones de formular sus observaciones sobre el tema de las inmunidades jurisdiccionales inmediatamente después de la introducción por el Relator Especial, el tiempo que se ahorre en la sesión del día siguiente podría ser utilizado por los miembros que todavía deseen formular comentarios sobre el tema de la responsabilidad internacional. Los nuevos conceptos que entrañan los diecisiete artículos nuevos o revisados exigen que se disponga de más tiempo para las deliberaciones de este último tema.

89. El PRESIDENTE dice que no se trata de imponer una limitación de tiempo a los oradores; no obstante, el tiempo que pueda ahorrarse en la sesión del próximo día lo necesitará el Comité de Redacción.

90. El Sr. McCAFFREY sugiere que, a fin de que pueda examinarse la materia ordenadamente, el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes debería disponerse en grupos para los efectos de su examen. Señala que el informe preliminar y el segundo informe sobre el tema están relacionados entre sí y que no es posible que los miembros examinen cada uno de ellos separadamente.

91. El PRESIDENTE dice que el problema práctico se resolverá mediante consultas.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2113.ª SESIÓN

*Martes 6 de junio de 1989, a las 15.00 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) (A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/413<sup>2</sup>, A/CN.4/423<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. B)<sup>4</sup>

[Tema 7 del programa]

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte)/Add.1.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter

\* Reanudación de los trabajos de la 2109.ª sesión.

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

ARTÍCULOS 1 A 17<sup>5</sup> (continuación)

1. El Sr. THIAM encomia al Relator Especial por los esfuerzos desplegados para dar contenido a un tema que es polémico desde su nacimiento. Ciertamente, esa polémica, puramente teórica, no impedirá a los hombres utilizar los recursos de la naturaleza y poner al servicio de sus actividades las técnicas de que disponen. Sin embargo, la Comisión ha de proponer a los Estados las normas que deben gobernar sus actividades e indicarles los límites que deben respetar, las responsabilidades que contraen y los medios de solucionar sus controversias. Además, esas reglas, para ser aceptables, deben ser claras, coherentes, equilibradas y equitativas.

2. El Sr. Thiam sigue pensando que el tema de la responsabilidad de los Estados y el actualmente objeto de debate no son compartimientos estancos, y que deberían haberse examinado conjuntamente, en un proyecto único. Así lo pidieron algunos desde el principio, pero el hecho es que la responsabilidad se ha dividido en dos partes, y la Comisión ha emprendido un debate teórico sobre los fundamentos de cada una de ellas.

3. Aunque el Relator Especial hace lo posible por justificar la autonomía de su tema con respecto al de la responsabilidad por ilicitud, de la lectura de la introducción de su quinto informe (A/CN.4/423), y especialmente de la parte consagrada a la noción de riesgo, se deduce que le resulta difícil prescindir totalmente de la noción de culpa; la palabra misma aparece varias veces en el informe, que el orador ilustra con algunos ejemplos. Concluye que el Relator Especial asimila el riesgo a una especie de «culpa original», que sólo se hace efectiva en el momento de producirse el accidente por el que se considerará «culpable» al empresario. Todo ello guarda una gran similitud con la responsabilidad por ilicitud. Por lo demás, el Relator Especial admite la posible coexistencia de ambos tipos de responsabilidad en un mismo proyecto y expone interesantes ideas sobre dicha coexistencia (*ibid.*, párrs. 40 y ss.).

4. Por consiguiente, aún cabe preguntarse si se trata realmente de dos tipos distintos de responsabilidad. En ese sentido hay que resaltar que aunque la distinción entre culpa y riesgo tiene su origen en la doctrina y en la jurisprudencia, ambos elementos se apoyan en los mismos textos básicos. Evidentemente, lo que la Comisión está examinando es la responsabilidad internacional. Pero ¿significa ello que hay que buscar diferencias fundamentales entre los dos tipos de responsabilidad, lo que llevaría a la elaboración de normas específicas sobre la noción de daño y sobre las modalidades de la reparación? ¿No es significativo que todas las normas enunciadas en los proyectos de artículos 6 y 7 de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (véase 2102.<sup>a</sup> sesión, párr. 40) —cesación de la actividad, *restitutio in integrum*, reparación por compensación, etc.— se apliquen, *mutatis mutandis*, al tema actualmente objeto de debate?

(Continuación de la nota 4)

a la Comisión en su 34.º período de sesiones; el plan esquemático se reproduce en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2108.<sup>a</sup> sesión, párr. 1.

5. Más delicada aún es la distinción entre acto y actividad. En efecto, una actividad es una serie de actos encañados y, aun siendo en sí lícita, puede entrañar uno o más actos ilícitos. Por lo demás, el Relator Especial indica que a veces hay actos ilícitos inseparablemente ligados a una actividad no prohibida, y admite que en ese caso la actividad puede proseguir siempre que cesen los actos ilícitos. Cabe preguntarse, sin embargo, cómo podrá proseguir la actividad si el acto ilícito está inseparablemente ligado a ella. En realidad, la distinción entre acto y actividad es más teórica que real.

6. Con carácter general, la noción de actividad no prohibida por el derecho internacional no basta para delimitar el alcance del tema. En efecto, hablar de «actividad no prohibida» equivale a decir que todo lo que no está prohibido está permitido, fórmula peligrosa en derecho, donde debe evitarse la ambigüedad; la mera referencia a la costumbre o a las normas imperativas del derecho internacional no basta para establecer la distinción entre lo lícito y lo ilícito. Por ello parece imponerse la solución consistente en establecer una lista de las actividades pertinentes, que podría modificarse en consonancia con los progresos técnicos.

7. Refiriéndose a los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial, el orador señala que incluyen nociones que la Comisión ya ha examinado detenidamente, como la cooperación (art. 7), sobre la que se ha deliberado a propósito del tema sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Lo mismo puede decirse de la prevención (art. 8).

8. La reparación (art. 9) plantea más dificultades, y el Sr. Thiam lamenta que la noción se haya dissociado de la de víctima inocente. Por un lado, en efecto, hay Estados claramente inocentes; por lo general, son ellos las víctimas de actividades altamente técnicas y los que carecen de los medios para emprenderlas. Pero, por otro lado, no puede excluirse el término «reparación», porque es aplicable a los casos en que el acto ilícito se comete en el marco de una actividad de por sí lícita, y hay que invocar las normas clásicas de la responsabilidad internacional.

9. A menudo se dice que el tema actualmente objeto de debate tiene muchas analogías con el derecho del trabajo, que ofrece ejemplos de situaciones en las que la reparación no cubre la totalidad del perjuicio. Conviene, sin embargo, evitar confusiones innecesarias. El derecho del trabajo se aplica en un marco nacional, donde la solidaridad es más viva, donde los intereses del empleador y del trabajador están a menudo vinculados y donde la buena marcha de la empresa compete a todos. En casos así, la reparación no puede regirse por las normas de derecho común, pues hay que tener en cuenta la necesidad de supervivencia de la empresa. No ocurre lo mismo en el tema objeto de debate, donde la solidaridad se atenúa a medida que se pasa del marco bilateral al regional o al universal. Esa es, por lo demás, la razón por la que el marco que se prestaría mejor a soluciones concretas sería el regional. A ese nivel la solidaridad es más real, como demuestran los resultados tangibles obtenidos por las organizaciones regionales.

10. El Relator Especial podría dar a su proyecto una forma más afín a la de un acuerdo marco, sin olvidar que no puede imponerse nada a los Estados; sólo se les puede proponer una especie de menú de soluciones posibles. La

solución global, aun suponiendo que sea realizable, está aún muy lejos de alcanzarse.

11. Para terminar, el Sr. Thiam señala que la Comisión, después de años de trabajo, no ha avanzado en el difícil tema que tiene ante sí, por lo demás basado en nociones que se prestan a infinitas controversias. Debido a ello, los artículos propuestos no son aceptables más que en la medida en que no dicen nada nuevo en relación con otros proyectos sobre otros temas.

12. El Sr. BARSEGOV subraya en primer lugar que la cuestión de la responsabilidad de los Estados en la esfera de los daños transfronterizos es relativamente nueva. Se ha desglosado del tema de la responsabilidad de los Estados partiendo de la idea de que la responsabilidad puede derivar tanto de la culpa, es decir, de la violación de una obligación internacional, como de una actividad lícita. La elaboración de normas que regulen la responsabilidad causal en tanto que principio general es difícil porque en derecho internacional ese tipo de responsabilidad es una innovación y no emana de acuerdos y convenios entre Estados.

13. La inexistencia de un principio general de responsabilidad objetiva ha sido reconocida. En su cuarto informe (A/CN.4/413), el Relator Especial ya constataba esa realidad objetiva. No ha sido fácil llegar a esa conclusión. Algunos miembros se referían al derecho nacional, invocaban precedentes que a veces no tenían sino una relación muy lejana con el tema objeto de debate o pasaban por alto la práctica contraria a sus tesis. Otros aducían que la práctica judicial interna no era una fuente de derecho internacional y que las escasas decisiones de la CIJ invocadas no tenían relación con la responsabilidad; por ejemplo, en el asunto del *Estrecho de Corfú*<sup>6</sup>, tantas veces citado, se trataba de definir el derecho de paso inocente por las aguas territoriales y no de zanjar la cuestión de la existencia de una norma de responsabilidad causal en derecho internacional. El asunto del *Lago Lanós*<sup>7</sup>, por su parte, era una excepción a la regla. Lo importante ahora es hallar una solución realista y equilibrada teniendo en cuenta el interés de todos los Estados y de la humanidad en su conjunto.

14. El trabajo de la Comisión consiste en elaborar bases jurídicas y extraer principios orientadores en los que puedan inspirarse los convenios y tratados sobre actividades concretas que rigen las relaciones entre los Estados en materia de responsabilidad objetiva no basada en la culpa. La labor es difícil, porque los regímenes jurídicos establecidos por convenio son muy escasos y de ellos no pueden extraerse normas originarias de nuevos principios. Ha sido necesario avanzar a tientas e improvisar. Tras años de trabajo, el Relator Especial logró esbozar un concepto sobre el que parecía posible ponerse de acuerdo. Deseoso de lograr una solución equilibrada, el Sr. Barsegov se pronunció en favor de la remisión de los anteriores proyectos de artículos 1 a 10 al Comité de Redacción en el anterior período de sesiones<sup>8</sup>. Pero antes de que éste haya iniciado su tarea sobre esos textos, el Relator Especial, bajo la influencia de una parte de la CDI y una parte de las delegaciones ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, ha propuesto un nuevo concepto y ha retocado

el proyecto. Los nuevos artículos propuestos (arts. 10 a 17), así como las versiones revisadas de los anteriores proyectos de artículos, se basan precisamente en ese nuevo concepto. Los miembros de la Comisión que no acepten el cambio de enfoque se ven obligados a pronunciarse no sólo sobre los proyectos de artículos, sino también sobre el concepto en que se inspiran.

15. El cambio de fundamento conceptual se manifiesta en el proyecto de artículo 1. Aparentemente, el nuevo concepto es dualista. El Relator Especial propone, como base de la responsabilidad causal, no sólo el daño transfronterizo ligado a una actividad que entraña riesgo, sino también todo daño apreciable en sí. Lo primero que hay que preguntarse entonces es si una actividad lícita que no entraña riesgo puede causar daños transfronterizos. Cuando algunos miembros han insistido en la necesidad de elaborar una lista de actividades de riesgo, se ha sostenido que esas actividades son demasiado numerosas y se multiplican sin cesar. Sin embargo, cuando se trata del daño en tanto que fundamento autónomo de la responsabilidad, se hacen malabarismos con nociones difíciles de delimitar: daño «constante», «virtual», «hipotético», «futuro». El orador insta a los miembros partidarios de este nuevo enfoque a enumerar los daños derivados de una actividad lícita que no entraña riesgo. Con excepción del uso de automóviles y de la calefacción doméstica, mencionados en el quinto informe (A/CN.4/423), es difícil concebirlos, y ya no se sabe de qué se está hablando concretamente.

16. Así las cosas, el proyecto ha sido modificado y el fundamento de la responsabilidad es ahora el daño, fuera de todo contexto. Es más, se presenta ese supuesto dualismo como un compromiso que tiene en cuenta los diversos puntos de vista. En realidad, se trata de imponer una nueva base conceptual, que destruye los fundamentos anteriores, de por sí relativamente frágiles. Sólo hubiera sido posible un compromiso entre dos nociones jurídicas conciliables. Pero cuando se quiere mezclar el vino y el aceite se estropean el uno y el otro. El concepto de la responsabilidad causal, adoptado inicialmente, engloba, ciertamente, la noción de daño, pero como eslabón final. El nuevo enfoque hace del daño el fundamento único de esa responsabilidad, confiriéndole una función completamente distinta. Los dos conceptos se excluyen mutuamente. En efecto, si se admite que a falta de culpa un daño efectivo es fuente de responsabilidad sin que intervenga elemento alguno de riesgo, habrá cada vez, independientemente del riesgo, una responsabilidad fundada en un daño apreciable. Si el nuevo concepto no relega al olvido el elemento de riesgo es porque, basándose en el mero hecho del daño, privaría de todo fundamento jurídico a las medidas de prevención. El orador se pregunta cómo puede obligarse a un Estado a limitar sus actividades legítimas en cooperación con otros Estados si no se postula al mismo tiempo la posibilidad de un daño.

17. Si se acepta el daño, separado artificialmente de su contexto, como fundamento único de la responsabilidad internacional, no queda nada que permita establecer su origen lícito. Decir que el daño podría consistir en una violación de la soberanía territorial (habida cuenta de que todos los Estados tienen libertad de acción en su territorio siempre que ello no amenace a la inviolabilidad territorial de los demás Estados) sería entrar otra vez en la esfera de la responsabilidad por ilicitud. Por consiguiente, el Sr. Barsegov duda mucho de la validez de un enfoque jurídico

<sup>6</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 10.

<sup>7</sup> Véase 2110.ª sesión, nota 13.

<sup>8</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 5.

de esa naturaleza. Además, el Relator Especial parece consciente de la dificultad, pues conserva paralelamente la noción de riesgo, si bien considerablemente debilitada. No obstante, desde el punto de vista jurídico, no es posible hacer malabarismos con dos tipos de responsabilidad, cambiando la una por la otra con arreglo a las necesidades. Hay que escoger una de ellas.

18. Después de los aspectos jurídicos de la cuestión, el Sr. Barsegov desea abordar los aspectos «sociales», es decir, lo referente al objetivo mismo del proyecto de artículos. En la Sexta Comisión, un representante hablando en nombre de varios partidarios del nuevo concepto (hoy ya aceptado por el Relator Especial) dijo que lo que estaba realmente en juego no era la responsabilidad en sentido estricto, sino el principio de la buena fe, la equidad y el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*. El Sr. Barsegov, por su parte, no ve por qué el concepto de la responsabilidad causal que incluye el elemento de riesgo ha de excluir necesariamente la buena fe, la equidad y la obligación de no perjudicar a terceros. Tampoco le parece más equitativo adoptar un concepto de la responsabilidad como consecuencia del cual un Estado que realiza una actividad lícita, sin apartarse de las normas del derecho internacional, es tratado como un Estado enemigo: ¿no se habla de «víctima inocente» y de «reparación», como si el Estado de origen fuera culpable de una violación del derecho internacional? Negarse a considerar al Estado de origen como víctima inocente, igual que el Estado afectado, es olvidar la diferencia esencial entre el daño que sobreviene en el curso de una actividad lícita y el derivado de una violación del derecho. En este último caso, el daño es intencional o consecuencia de una negligencia criminal, y el Estado autor del crimen o de la violación no sólo no sufre perjuicios, sino que obtiene beneficios políticos, militares o de otra índole. Por el contrario, en el primer caso, el daño no es intencional y sus efectos no son selectivos, pues el primero en sufrirlos, y más que nadie, es el Estado de origen.

19. El nuevo concepto sobre el que se basa actualmente el proyecto de artículos se inspira sobre todo en el temor de que la noción de riesgo tenga por efecto limitar la responsabilidad; sus partidarios desearían que ésta se extendiera a todos los daños, con independencia del riesgo, para solventar de una sola vez todos los problemas. Temen, al parecer, que el hecho de tener en consideración el riesgo dé lugar a situaciones en las que se haya perdido toda vinculación entre el riesgo mínimo y el daño máximo. El orador se pregunta, sin embargo, quién sostiene que en la evaluación del riesgo hay que tener únicamente en cuenta la fiabilidad de las instalaciones y no la magnitud del peligro potencial. El argumento de que sólo el daño puede determinarse con exactitud, mientras que el riesgo es imposible de medir; tampoco convence al Sr. Barsegov. Este estima, por el contrario, que, al no haber una enumeración de las actividades previstas en el proyecto, el daño potencial no puede definirse sin una evaluación del riesgo. En efecto, cuando se habla de una actividad de riesgo, no quiere decirse que la actividad misma está en el origen del daño, sino únicamente que introduce una fuente de peligro acrecentado que puede llegar a ser incontrolable. Por otro lado, para que un daño derivado de un accidente constituya un daño transfronterizo es necesario que se den determinadas condiciones. La probabilidad del daño transfronterizo está definida tanto por factores geográficos cons-

—la proximidad de la frontera— como por factores naturales variables con arreglo a un ciclo diario, estacional o anual —la dirección del viento, el régimen de precipitaciones, etc.—. Además, una misma actividad puede presentar riesgos distintos en función de las condiciones económicas y tecnológicas. Las investigaciones conjuntas efectuadas por los Estados y las organizaciones interesadas han permitido perfeccionar los métodos de evaluación; sólo apoyándose en esos métodos, actualmente bastante avanzados, pueden evaluarse el riesgo y el daño. Sobre esa base es posible, por ejemplo, establecer coeficientes de contaminación de diferentes medios que no sobrepasen los límites del daño tolerado a los ecosistemas compartidos por fronteras estatales. Habida cuenta de lo anterior, el Sr. Barsegov considera que la evaluación del daño y la del riesgo están vinculadas y son muy interdependientes, por lo que en ningún caso se puede oponer una a otra, como parece hacerse en el proyecto de artículo 1. El orador considera indispensable evitar todas las contradicciones internas propias del nuevo concepto propuesto y adoptar un concepto único e integrado, sin el cual será imposible progresar.

20. Como es natural, el nuevo concepto adoptado por el Relator Especial se refleja en el texto de los otros artículos propuestos. En efecto, el Relator Especial ha rebajado el umbral a partir del cual el daño aplicable puede engendrar responsabilidad, y en el apartado c del proyecto de artículo 2 define el daño transfronterizo de la manera siguiente: «En el régimen de los presentes artículos, “daño transfronterizo” alude siempre al “daño apreciable”»; por consiguiente, para que hubiera daño apreciable bastaría con que el daño pudiera registrarse con aparatos de detección. El Sr. Barsegov, por su parte, estima que en esta materia debe imperar la prudencia, y se suma a quienes consideran necesario que se establezca un umbral preciso y más elevado para la responsabilidad.

21. Por lo que se refiere al contenido del proyecto de artículo 6, que según el Relator Especial (*ibid.*, párr. 56) tiene por objeto establecer una correlación entre dos aspectos de la noción de soberanía (libertad de acción limitada en lo tocante a las actividades lícitas que se desarrollan en el territorio e inviolabilidad limitada en lo tocante a los efectos transfronterizos perjudiciales de las actividades realizadas fuera del territorio), el Sr. Barsegov subraya que no se puede plantear la cuestión en el plano de los actos ilícitos, porque de hacerlo todas estas relaciones se situarían fuera del ámbito del tema.

22. Por lo demás, todo el sistema de cooperación internacional en materia de prevención y de reparación de los daños, tanto en el territorio del Estado de origen como en el del Estado afectado, se basa en un concepto que hace del riesgo un elemento indispensable. El Relator Especial sigue apoyando en esa base el régimen especial previsto para el presente proyecto, pese a que el riesgo ya no se admite como elemento indispensable de la responsabilidad. El orador estima, por su parte, que es imposible mantenerse en equilibrio entre dos conceptos distintos, y que, desgraciadamente, la ruptura del equilibrio se manifiesta precisamente a propósito de una cuestión tan importante como la cooperación. En efecto, el texto revisado del proyecto de artículo 7 se apoya también en esta filosofía de la «disociación», de oposición entre la parte «víctima» y la parte a la que expresa o implícitamente se atribuye culpabilidad. El Sr. Barsegov no comprende las razones

que han llevado a suprimir la bien equilibrada disposición que figuraba inicialmente en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 anterior, a tenor del cual tanto el Estado de origen como los Estados afectados tenían una obligación recíproca de cooperar. Actualmente se establece que esa obligación sólo existe «en caso de daño producido por accidente», cuando el concepto de la responsabilidad causal sin culpa entraña necesariamente que el daño obedece a circunstancias imprevistas derivadas de fuerza mayor. También se dice que el Estado afectado deberá cooperar con el Estado de origen «de serle ello posible». Evidentemente, nadie está obligado a hacer lo imposible, pero ¿por qué precisarlo únicamente en relación con el Estado afectado? Es extraño limitar de esa forma la cooperación en artículos que, según algunos miembros de la Comisión, enuncian principios generales. En contraste, y habida cuenta de la función cada vez más importante que desempeñan las organizaciones internacionales, el Sr. Barsegov se congratula de que en el artículo 7 se prevea ahora el recurso a dichas organizaciones.

23. Por lo que se refiere a los nuevos proyectos de artículos 1 a 7, el Sr. Barsegov se limitará a hacer algunas observaciones generales. Como muchos otros miembros de la Comisión, los considera demasiado rígidos, pues han sido artificialmente trasplantados del tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación a una esfera muy distinta y sólo afín en unos pocos aspectos.

24. Para terminar, el Sr. Barsegov dice que no sacó de las deliberaciones de la Sexta Comisión la impresión de que fuera necesario modificar radicalmente el fundamento conceptual de la responsabilidad. Algunas delegaciones ni siquiera se refirieron a la cuestión, otras preconizaron un enfoque nuevo y otras, entre las que cabe destacar las de Francia, Guatemala, Jamaica, la Unión Soviética y los Estados Unidos de América, se pronunciaron incluso contra dicho enfoque. No puede decirse que ninguna de las opiniones prevaleciera claramente sobre las otras, como tampoco que pueda sacarse esa conclusión de las deliberaciones de la CDI en su actual período de sesiones. En cualquier caso, para buscar una solución que concilie todos los puntos de vista no debe olvidarse que dicha solución ha de tener fundamento jurídico.

25. El Sr. RAZAFINDRALAMBO, después de recordar su intervención sobre el concepto de riesgo en el anterior período de sesiones de la Comisión<sup>9</sup>, señala que, en lo que concierne al concepto de actividad, el Relator Especial indica que ha descartado los actos aislados, es decir, los actos que no están integrados dentro de una «actividad», a fin de eludir el escollo de la responsabilidad absoluta. No obstante, habría que prever el caso de los actos que, aunque aislados, se repiten a intervalos, como, por ejemplo, ciertos ensayos nucleares. El Sr. Calero Rodrigues (2112.ª sesión) ha hecho a este propósito observaciones muy pertinentes.

26. El concepto de «territorio» no parece indispensable, pues los conceptos de «jurisdicción» y de «control» bastan para responder a todas estas hipótesis. Son estos términos, por otra parte, los que se emplean en el párrafo 2 del artículo 194 y en el artículo 206 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. El

Sr. Razafindralambo sigue pensando también que es preferible calificar el control de «efectivo», sobre todo si se aplica a las actividades; considera más claro a este respecto el proyecto de artículo 1 propuesto por el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 13).

27. Advierte además que en vista de que la tendencia actual es la integración económica de los Estados y la abolición de las barreras aduaneras y fiscales, es muy posible que los conceptos de jurisdicción y control territoriales no tarden en quedar anticuados, por lo menos en el plano económico. Más valdría hablar de «control de las actividades», noción que corresponde a las realidades del mundo contemporáneo, donde son las sociedades multinacionales y no los Estados los que controlan las grandes empresas industriales y comerciales. Por lo mismo, la expresión «a lo largo de su desarrollo» no está justificada, en la medida en que parece excluir los daños que sobrevienen después de la cesación de la actividad. Con respecto a las dificultades expuestas por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/423, párr. 32) en lo que se refiere al caso en que un Estado ejerce su control sobre un territorio en contravención del derecho internacional, esas dificultades desaparecerían si se aplicasen las nociones de jurisdicción y de control a las actividades más que a los lugares. Las poblaciones del Estado afectado podrían estar protegidas, como propone el Relator Especial, mediante la atribución de la jurisdicción a un órgano internacional, como el Consejo de Naciones Unidas para Namibia. Como ha sugerido el Sr. Beesley, la Comisión podría estudiar la posibilidad de considerar ciertos organismos internacionales como «organismos afectados» —por ejemplo, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos en caso de daños al patrimonio común de la humanidad.

28. En lo que se refiere al proyecto de artículo 3, el Sr. Njenga (2112.ª sesión) ha hablado ya de las consecuencias que tendría para los países en desarrollo, y el Sr. Razafindralambo se contentará con aludir a los problemas que plantea a este respecto la presunción establecida en el párrafo 2. El Relator Especial mismo reconoce (A/CN.4/423, párr. 37) que la prueba en contrario de la presunción de que el Estado de origen tiene el conocimiento o los medios de conocer que se desarrolla una actividad en su territorio es muy difícil de probar, pero luego dice, empleando argumentos que no son convincentes, que en el presente caso no sería difícil hacerlo. En realidad, la prueba no consiste solamente en que el Estado de origen muestre que no conocía o no tenía los medios de conocer que se desarrollaba una actividad, sino también que no conocía o no tenía los medios de conocer que esa actividad podía causar un daño transfronterizo, lo cual exige conocimientos técnicos que pocos países en desarrollo poseen. La prueba negativa sería tanto más difícil aquí cuanto que las actividades de que se trata son desarrolladas por sociedades extranjeras, y en particular por compañías multinacionales, cuyos intereses no coinciden necesariamente con los del Estado de origen.

29. A propósito de la reparación (art. 9), el Sr. Razafindralambo se remite también a sus comentarios que hizo en el anterior período de sesiones<sup>10</sup>. Sólo sugiere, para responder a las preocupaciones de algunos, y en particular del Sr. Reuter, que en vez de la palabra «reparación», que

<sup>9</sup> *Anuario...* 1988, vol. I, pág. 39, 2048.ª sesión, párr. 43.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párr. 45 al final.

pertenece al dominio de la responsabilidad por hechos ilícitos, se emplee la palabra «indemnización», más neutra. Se habla, por ejemplo, de indemnización, pronta, adecuada y equitativa en los casos de nacionalización, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, en el artículo 235, prevé también una «pronta y adecuada indemnización» en caso de daños resultantes de la contaminación del medio marino.

30. Sobre los nuevos proyectos de artículos 10 a 17, que son esencialmente textos de procedimiento, el Sr. Razafindralambo se limitará a algunas observaciones preliminares.

31. Con respecto al proyecto de artículo 16, cabe preguntarse si la obligación de negociar no debería, en tanto que principio, figurar en el capítulo II del proyecto, manteniendo las modalidades de aplicación en el capítulo III.

32. Por otra parte, parece difícil imponer a los Estados de origen una obligación sistemática de notificación. En el caso de las actividades existentes, una obligación de este género parece poco realista. En rigor, cabría establecer un régimen transitorio o prever una lista de actividades para las cuales la notificación fuese obligatoria.

33. Para los países en desarrollo, sería una carga particularmente delicada la de apreciar «los motivos razonables» de que habla el proyecto de artículo 10 y estudiar los datos técnicos relativos a las actividades que se desarrollan o van a desarrollarse en su territorio antes de informar de ellas al Estado o los Estados afectados.

34. Pero es sobre todo el proyecto de artículo 12, que prevé el envío de una advertencia por el Estado presuntamente afectado, el que parece teórico, por lo menos en las relaciones Norte-Sur o Sur-Sur. Además, cuando los Estados afectados están muy alejados del Estado de origen, como ocurre a veces, esta advertencia podría interpretarse como una tentativa de injerencia en los asuntos internos del Estado de origen.

35. En general, las medidas previstas en la esfera del procedimiento no parecen aplicables más que en el marco regional y entre países que cuenten con medios técnicos y financieros bastante equivalentes. Si se quiere que esas medidas sean utilizables por los países en desarrollo, hay que atribuir un lugar preponderante a la cooperación y a la asistencia técnica internacionales y prever un verdadero mecanismo de consulta obligatorio de las organizaciones internacionales competentes, como en los artículos 197 y siguientes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar.

36. El Sr. HAYES advierte que el Relator Especial, de acuerdo con la intención que ya había anunciado en el período de sesiones anterior, propone en el capítulo III del proyecto una serie de disposiciones sobre los procedimientos que se han de seguir para prevenir el riesgo de daños o reparar el daño causado, con lo que el riesgo y el daño constituyen, según la nueva versión del proyecto de artículo revisado 1, los dos fundamentos de la responsabilidad. Estas disposiciones exigen por su parte dos observaciones.

37. En primer lugar, las medidas de prevención y las medidas de reparación deberían ser objeto, a su juicio, de artículos separados. Tal es sin duda la intención del Relator Especial, puesto que los proyectos de artículos 10 a 17 no contienen al parecer ninguna disposición que se refiera directamente a la reparación. No obstante, la cláusula pre-

liminar del artículo 10 se aplica a todas las actividades previstas en el artículo 1, es decir, tanto a las actividades que causan un daño como a las actividades que suponen un riesgo de daño. Cabría deducir, por ende, que las disposiciones que siguen se refieren tanto a las medidas encaminadas a prevenir el daño como a las medidas que se han de tomar para atenuar los efectos del daño causado. Ahora bien, estas últimas corresponden a los proyectos de artículos relativos a la reparación. Aun cuando ello deba dar lugar a algunas repeticiones, es importante, para mayor claridad y en interés de la lógica, disociar bien estas dos categorías de medidas.

38. En segundo lugar, para que puedan servir de directrices para los Estados deseosos de definir su propio régimen y a la vez de régimen supletorio aplicable a falta de un régimen particular, los proyectos de artículos deben estar concebidos de modo que mantengan un justo equilibrio entre los dos primeros de estos tres principios enunciados en el informe de la Comisión sobre su 39.º período de sesiones y a los cuales se refirió anteriormente (2109.<sup>a</sup> sesión, párr. 40). Esos dos principios están recogidos en el proyecto de artículo 6, que dispone que: «La libertad soberana de los Estados para desarrollar o permitir el desarrollo de las actividades humanas en su territorio... debe ser compatible con la protección de los derechos que emanan de la soberanía de otros Estados». Si el Sr. Hayes no menciona aquí el tercer principio, relativo a los derechos de la víctima inocente, es simplemente porque a su juicio este principio se aplica más a la reparación que a la prevención.

39. Ahora bien, cabe preguntarse si, ya sea con el carácter de directrices o bien como régimen supletorio, las disposiciones propuestas no son excesivamente detalladas, en vista de las situaciones tan variadas en las que tendrán que aplicarse. Es cierto que, como dice el Relator Especial en su informe, estas disposiciones se inspiran en los trabajos de la Comisión sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, así como en diferentes autoridades e instrumentos. Podrían añadirse otras fuentes, y en particular dos instrumentos adoptados durante el año en curso: un instrumento que tiene fuerza obligatoria, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>11</sup>, adoptado el 22 de marzo de 1989 bajo los auspicios del PNUMA, y un instrumento de carácter más general, la Declaración de La Haya sobre el Medio Ambiente, de 11 de marzo de 1989<sup>12</sup>, en la que los representantes de más de 20 Estados de todas partes del mundo pidieron la elaboración de nuevos principios de derecho internacional en la materia.

40. La cuestión del contenido de los proyectos de artículos relativos a los procedimientos exige un examen a fondo. Por su parte, el Sr. Hayes, aunque convencido de la necesidad de alentar a los Estados a adoptar regímenes particulares, de proporcionarles directrices para este efecto y de proponerles un régimen supletorio que señale procedimientos de notificación, de consulta, de intercambio de informaciones y —contrariamente al parecer del Sr. Graefrath (2111.<sup>a</sup> sesión)— de negociación, todavía no tiene una idea precisa acerca del contenido detallado de estas disposiciones.

<sup>11</sup> Véase 2112.<sup>a</sup> sesión, nota 6.

<sup>12</sup> A/44/340-E/1989/120, anexo.



41. Por último, el Sr. Hayes tiene que hacer dos observaciones preliminares sobre el proyecto de artículo 10. En primer lugar, puesto que, según parece, el tiempo es un elemento muy importante en el procedimiento, tal vez fuera preferible, en el apartado *b* de ese texto, utilizar después del verbo notificar el término «prontamente» en lugar de la expresión «oportunamente», sobre el modelo del proyecto de artículo 14, que al prever que el Estado al que se dirige la notificación comunique sus conclusiones al Estado autor «lo antes posible» expresa claramente el carácter de urgencia de la respuesta a la notificación. Luego, en el apartado *d* sería preferible hablar de las medidas que el Estado autor de la notificación «toma o se propone tomar» que de las medidas que «intenta aplicar».

42. El Sr. Hayes espera tener la posibilidad de comentar más adelante las disposiciones sumamente densas y complejas presentadas en las secciones IV a IX del quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/423).

43. El Sr. AL-BAHARNA toma nota con satisfacción de que, en su quinto informe (A/CN.4/423), el Relator Especial no se contenta con revisar los diez proyectos de artículos remitidos al Comité de Redacción en el anterior período de sesiones, sino que propone además ocho nuevos proyectos de artículos. Se congratula en particular de las modificaciones introducidas en el texto de los artículos que habían motivado una viva controversia en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General e invita a la Comisión a hacer lo posible para llegar a un consenso sobre el alcance y la naturaleza del presente tema, que le permita progresar y de este modo tranquilizar a los escépticos que no creen en la utilidad de una codificación de las normas de derecho internacional sobre la materia.

44. En lo que concierne al alcance de la materia, el Sr. Al-Baharna ha creído siempre que no podía limitarse a las actividades que entrañan riesgo. Nada, a su juicio, justifica la exclusión de la responsabilidad por los daños transfronterizos causados por actividades desarrolladas bajo la jurisdicción de un Estado. De todos modos, no se trata de eliminar la noción de «riesgo». La Comisión debería adoptar un enfoque dualista, haciendo del «daño» o el «perjuicio» el criterio de la responsabilidad y del «riesgo» el criterio de la prevención. Falta determinar si el «riesgo» debe quedar completamente excluido en tanto que fundamento de la responsabilidad. El Sr. Al-Baharna no tiene una idea preconcebida sobre la cuestión, pero aprueba en principio la idea de que las actividades peligrosas que presentan el riesgo de tener consecuencias desastrosas en caso de accidente deben hacer entrar en juego la responsabilidad.

45. Reconociendo en su informe que «no puede en este caso sino prestar oídos a la importante corriente de la Comisión, que prefiere no utilizar el concepto de riesgo como limitativo» y estimando que este «pensamiento puede incorporarse al articulado del proyecto» (*ibid.*, párr. 12), el Relator Especial propone un artículo 1 revisado, que sería aceptable si no presentase algunos fallos conceptuales y terminológicos. Las expresiones «en otros lugares bajo su jurisdicción, reconocida por el derecho internacional» y «o a falta de ésta, bajo su control» son vagas. No se ve bien, en particular, qué es lo que hay que entender por una jurisdicción «reconocida por el derecho internacional». El Sr. Al-Baharna sugiere, pues, que se modifique ese artículo del modo siguiente:

«Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que se desarrollen en el territorio de un Estado o en otros lugares bajo su jurisdicción o su control, cuando las consecuencias físicas de tales actividades causen daños transfronterizos o creen el riesgo de causarlos.»

Esta fórmula podría evitar las controversias en torno a la cuestión de si el derecho internacional reconoce o no la jurisdicción de un Estado en un caso determinado.

46. En lo que concierne al proyecto de artículo 3, el Sr. Al-Baharna considera que al subordinar la responsabilidad al hecho de que el Estado de origen conozca o tenga los medios de conocer que una actividad se desarrolla o está a punto de desarrollarse en su territorio, el texto actual se aparta de los principios fundamentales del derecho. La intención del Relator Especial, que ha tratado de preservar los intereses de los países en desarrollo, es digna de elogio, pero no es seguro que esta condición sea el medio mejor para preservarlos. Por de pronto, en efecto, está formulada en términos generales, de modo que valdría para todos los Estados; además, limitaría considerablemente la responsabilidad. Aunque en el fondo su presencia en el proyecto de artículo 3 no suscita objeciones por su parte, el Sr. Al-Baharna querría que la Comisión reexamine esta presunción de conocimiento. En cuanto a la modificación del título del artículo, considera que el título anterior («La atribución») no era conveniente y que el nuevo («Asignación de obligaciones») se prestaría a confusión. A su juicio, puesto que este texto se orienta esencialmente a establecer las circunstancias en las que es responsable un Estado, podría titularse «Prueba de obligaciones».

47. A propósito del proyecto de artículo 4, el Sr. Al-Baharna hace observar que todavía es difícil en esta etapa saber si los trabajos desembocarán en una convención multilateral o en una especie de reafirmación del derecho. En el primer caso, las relaciones entre el proyecto de artículos y los otros acuerdos internacionales no se regirían por el párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, sino por el párrafo 3 del mismo artículo, en virtud de cuyas disposiciones, en caso de tratados sucesivos, «el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior». Ahora bien, esto no es lo que se dice en el proyecto de artículo 4, que dispone que «se aplicarán... los presentes artículos sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional». En cambio, si no se tiene el propósito de elaborar una convención multilateral, el proyecto de artículo 4 tal vez no sea indispensable.

48. Pasando a referirse al proyecto de artículo 5, el Sr. Al-Baharna dice que las dos variantes le dejan perplejo. A su juicio, las explicaciones que el Relator Especial da en su informe (*ibid.*, párrs. 40 a 54) no ponen fin al debate sobre la cuestión de si la responsabilidad internacional que aquí se prevé se funda o no en la culpa. Es preferible, por otra parte, evitar todo debate teórico y considerar la cuestión de un modo pragmático, como han hecho los miembros del tribunal arbitral en el asunto de la *Fundición de Trail*<sup>13</sup>. Ninguno de los textos propuestos es realmente necesario: bastaría atenerse a las normas generales del derecho internacional y al derecho de los tratados.

49. El Sr. Al-Baharna aprueba en general los proyectos de artículos revisados 6, 7 y 8, que señalan un progreso

<sup>13</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 9.

con respecto a los textos precedentes, aunque parece posible mejorar la redacción.

50. El proyecto de artículo 9, relativo a la reparación, plantea en cambio dificultades, y, como la reparación es un aspecto importante del régimen jurídico que se quiere establecer, es importante profundizar en este concepto. Una de las cuestiones que se plantean a este respecto es la siguiente: ¿cuáles son las posibilidades de recurso que abarca la reparación? En derecho privado, la reparación es sinónimo de indemnización del daño causado y de compensación de los perjuicios sufridos. Si se adopta esta definición, la reparación no se limita probablemente a la indemnización pecuniaria. Pero ¿cuáles son las formas de reparación no pecuniaria? La Comisión deberá ocuparse de esta cuestión, pues la aceptabilidad del instrumento en el que trabaja dependerá mucho de lo que abarque concretamente el concepto de reparación.

51. La redacción del proyecto de artículo 9 deja también que desear. Las primeras palabras, «En cuanto sea compatible con los presentes artículos», son superfluas; es inútil también acudir a la teoría del equilibrio de intereses. Asimismo, como la Comisión en esta fase no hace más que anunciar el principio de la reparación, no parece indispensable puntualizar que la reparación «se determinará por negociación». Sería preferible concretarse a sentar el principio de la reparación en la forma más simple y directa que sea posible.

52. El Sr. Al-Baharna acoge con satisfacción los nuevos proyectos de artículos 10 a 17, relativos a los procedimientos de notificación, el intercambio de información, la negociación, etc., y agradece al Relator Especial sus esfuerzos por avanzar en una materia que es probablemente la más difícil de todas las que tiene en estudio la Comisión. En vista de los progresos realizados en el anterior período de sesiones, debería verse pronto la salida del túnel. No habiendo podido, por falta de tiempo, estudiar en detalle el texto de estos proyectos de artículos, el Sr. Al-Baharna se limitará a algunas observaciones preliminares.

53. Desde el punto de vista del método, parece que el Relator Especial se ha inspirado en disposiciones correspondientes del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Ahora bien, aunque no es posible dejar de tenerlos en cuenta, este proyecto de artículos no es, sin embargo, el mejor modelo que pueda tomarse para unas disposiciones que no se aplicarán sólo a los casos de contaminación de los cursos de agua, sino también a muchas otras situaciones. La solución habría sido elaborar, a partir del régimen previsto para los cursos de agua internacionales, un régimen más general. No es esto lo que ha hecho el Relator Especial, que propone, por el contrario, un procedimiento de notificación más rígido que el contemplado en el régimen relativo a los cursos de agua internacionales. La Comisión podría utilizar un procedimiento generalizado.

54. Por otra parte, el Sr. Al-Baharna no cree que la opinión de la CIJ en los asuntos de las *Jurisdicciones pesqueras*, sobre los que el Relator Especial se ha basado para titular el proyecto de artículo 16 (Obligación de negociar), se aplique «casi textualmente» a las situaciones previstas en el presente tema, como dice en su informe (*ibid.*, párrs. 134 y 135). En esos asuntos, la Corte, que había de pronunciarse sobre los derechos relativos del

Reino Unido e Islandia y los de la República Federal de Alemania e Islandia, en una zona marítima sobre la cual las partes respectivas pretendían tener ciertos derechos de pesca, consideró procedente ordenarles que negociaran: de esta decisión deriva la obligación de negociar. Pero no cabe deducir una obligación de negociar en el caso del daño transfronterizo o del riesgo de daño transfronterizo. Es cierto que de hecho, en los casos de esta naturaleza, los Estados negocian; pero no puede decirse que exista una «obligación» de negociar. El Sr. Al-Baharna sugiere, pues, que se modifique el título del artículo 16 y que sólo se mantenga la palabra «Negociación». En cuanto a las dos variantes propuestas para el párrafo 1, se inclina por la variante A, más sencilla y más fácil de llevar a la práctica que la variante B.

55. Por último, por lo que toca a las consecuencias de la inobservancia de algunos de los procedimientos previstos, el Sr. Al-Baharna considera demasiado complicados los proyectos de artículos relativos a ellos, en particular el proyecto de artículo 12, que prevé el envío de una advertencia por el Estado presuntamente afectado, y el proyecto de artículo 15, que trata de la falta de respuesta a la notificación. En conclusión, el Sr. Al-Baharna exhorta a la Comisión a reexaminar los proyectos de artículos 10 a 17 en el sentido de aligerar el procedimiento. Es importante que en caso de daño o de riesgo de daño transfronterizo, los Estados puedan actuar sin que el procedimiento constituya un obstáculo para ellos.

56. El Sr. YANKOV, después de felicitar al Relator Especial por la calidad de su quinto informe (A/CN.4/423), hace notar que el proyecto de artículo 1, sobre el ámbito de aplicación de los presentes artículos, difiere apreciablemente del texto anterior: al establecer un vínculo entre el riesgo y el daño —esto es, los dos fundamentos de la responsabilidad en la materia—, determina con ello las normas generales que se han de formular, que se aplicarán igualmente a las actividades de riesgo y a las actividades que causen un daño. Para el Sr. Yankov, estas normas deberían tener un triple objetivo: enunciar las directrices que los Estados han de seguir para celebrar acuerdos bilaterales, multilaterales, regionales o mundiales; centrar estas directrices en la prevención, sin perder de vista la compensación, y convertir el deber de cooperación en la regla de oro, sean cuales fueren las modalidades de procedimiento adoptadas.

57. El Sr. Yankov opina, además, lo mismo que varios miembros de la Comisión, que algunas expresiones no son afortunadas: por ejemplo, la expresión «lugares bajo su jurisdicción o control», que se repite a menudo y que podría sustituirse por «las zonas colocadas bajo su jurisdicción o su control».

58. Asimismo, duda de que el proyecto de artículo 7 revisado, sobre cooperación, constituya un progreso, pues contiene términos que se prestan a diversas interpretaciones.

59. El proyecto de artículo 8, que se refiere al importante principio de la prevención, le parece demasiado vago y habría que darle consistencia. Decir, como dice el Relator Especial en su informe, que «el Estado deberá asimismo dictar las leyes y reglamentos administrativos necesarios para convertir esta obligación en una del derecho interno y además hacer cumplir tales normas domésticas» (*ibid.*, párr. 66), es ver únicamente la dimensión nacional de las

«medidas adecuadas» de prevención. Ahora bien, para que sean efectivas, sobre todo en caso de actividades de elevado riesgo o de actividades que pueden tener efectos transfronterizos, las medidas nacionales de prevención deben ser completadas con reglas y normas de carácter internacional, elaboradas por los Estados directamente interesados o por mediación de organizaciones internacionales competentes, como se ha previsto en el artículo 197 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982.

60. Refiriéndose al proyecto de artículo 9, el Sr. Yankov se pregunta cuál es, en este caso, el fundamento jurídico de la reparación, en el marco de una responsabilidad que no es una responsabilidad por hechos ilícitos, tal como el Relator Especial lo señala (*ibid.*, párrs. 69 y 70). El Relator Especial dice acertadamente que esta responsabilidad parece pertenecer más bien a la «distribución de costos», y que en consecuencia tiende a restablecer el «equilibrio de los intereses» afectados por el daño. Pero en tal caso se trataría más bien de «compensación» basada en el principio de la equidad. Además, la reparación, tal como se entiende en este contexto, parece plantear gran número de problemas: ¿cómo determinar, por ejemplo, el Estado de origen cuando el efecto que debe ser objeto de reparación se ha debido a factores múltiples y particularmente extensos?

61. Refiriéndose a los nuevos artículos del capítulo III del proyecto, el Sr. Yankov dice a propósito del artículo 10 que la evaluación en tanto que tal (apartado *a*) debería ser objeto de un artículo separado, pues supone toda una serie de operaciones técnicas, tales como apreciación del riesgo posible, vigilancia, medidas, análisis y establecimiento de normas, que no tienen nada que ver con formalidades como la notificación y la información. Sería preferible, pues, vincular las disposiciones de los apartados *b*, *c* y *d*, que son reglas de procedimiento, con los artículos de procedimiento siguientes, inspirándose en el ejemplo que ofrece la sección 2 de la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar.

62. En lo que se refiere a las disposiciones de los proyectos de artículos 11 a 17, el Sr. Yankov cree, como otros varios miembros de la Comisión, que deberían estar más centradas en torno a la noción de cooperación y ser menos rígidas y específicas, en la inteligencia de que habría que guardarse de reproducir el procedimiento previsto para el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Tratándose en particular de la obligación de negociar (art. 16), parece que la obligación debería fundarse no tanto en el principio de la solución pacífica de las controversias —pero de todos modos sin excluirlo— como en el deber de cooperación.

63. En conclusión, el Sr. Yankov considera que los proyectos de artículos deberían ser examinados más a fondo por la Comisión antes de ser remitidos al Comité de Redacción.

64. El Sr. KOROMA elogia al Relator Especial por el trabajo realizado sobre un tema complejo, que no deja de guardar relación con la responsabilidad de los Estados y con el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y que, destinado inicialmente a no referirse más que a las actividades espaciales y la energía nuclear, se ha ido desarrollando con el curso de los años sin que la Comisión sepa todavía muy bien qué es lo que debe abarcar.

65. El Sr. Koroma considera, lo mismo que varios miembros de la Comisión, que ésta debería ser menos ambiciosa y, en vez de tratar de elaborar un acuerdo marco, debería contentarse con formular principios jurídicos que sirvan de apoyo para las relaciones interestatales bilaterales y regionales. Se trata, en suma, de regir las actividades desarrolladas bajo la jurisdicción de un Estado que causan daños transfronterizos, y cabría sostener incluso que para ello bastaría un solo artículo, que consagre la obligación de todo Estado de no causar perjuicios o daños a sus vecinos con motivo de sus actividades.

66. En este caso, la responsabilidad debería tener por fundamento no el riesgo —en cuyo caso el tema no podría tratarse, puesto que toda actividad comporta un mínimo de riesgo, como, por ejemplo, la construcción de una presa, de una central nuclear, etc.—, sino el daño. Para determinar esta responsabilidad, convendría tener en cuenta, además del riesgo, los principios de causalidad, de previsibilidad y de presunción de negligencia (*res ipsa loquitur*), ver si la víctima tiene participación en el daño causado, a fin de evitar el escollo de la responsabilidad causal. Asimismo, el Sr. Koroma invita al Relator Especial a enunciar principios que tengan en cuenta estos elementos y que completarían los que él menciona en su quinto informe (A/CN.4/423). Convendría también que el Relator Especial trate el método que se ha de seguir para determinar la responsabilidad. Sólo a continuación de eso podrá la Comisión ocuparse de las reglas de procedimiento, suponiendo que respondan a una necesidad.

67. Aludiendo a la sugerencia que se ha hecho de incluir en el presente tema ciertos aspectos del derecho del medio ambiente, el Sr. Koroma dice que existen ciertamente similitudes entre los dos campos, pero el segundo es mucho más amplio que el primero, pues concierne a los mares y océanos, al espacio ultraterrestre, los polos ártico y antártico, a la capa de ozono, la conservación del agua y otros recursos naturales. Por otra parte, la Comisión podría hacer del derecho del medio ambiente un tema distinto de su programa, que estudiaría con ayuda de expertos, pero no puede añadirlo al tema que se examina.

68. En conclusión, el Sr. Koroma opina que no es conveniente en la fase actual que se remitan los proyectos de artículos al Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 18.05 horas.*

## 2114.ª SESIÓN

*Miércoles 7 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación)** (A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/413<sup>2</sup>, A/CN.4/423<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. B)<sup>4</sup>  
[Tema 7 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

ARTÍCULOS 1 A 17<sup>5</sup> (continuación)

1. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ opina, como el Sr. Beesley (2110.ª sesión), que el presente tema se integra en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional. Por consiguiente, la Comisión debe estar dispuesta a examinar asuntos concretos conexos que interesen a los Estados, precisamente porque su objetivo es desarrollar las normas que rigen ciertas actividades, tratar de evitar el daño que éstas pudieran causar y garantizar que ese daño no quede sin sanción.

2. No obstante, la definición, la metodología y la redacción de los proyectos de artículos plantean problemas jurídicos. Como ha dicho el Sr. Reuter (*ibid.*), el hecho de que el tema lleve mucho tiempo en el programa de la Comisión no es razón para despachar apresuradamente los proyectos de artículos, ocultando esos problemas fundamentales. El Relator Especial, al tratar de definir los aspectos fundamentales del tema, ha buscado un punto de apoyo y ha introducido el concepto de las actividades que entrañan riesgo. Sin embargo, las actividades mismas no están prohibidas por el derecho internacional. La dificultad ha de resolverse; debe descartarse la idea de formular superficialmente una serie de proyectos de artículos para que el Comité de Redacción resuelva los problemas fundamentales. Al definir las obligaciones, tanto en materia de negociación como de prevención, la Comisión debe determinar el objeto de esas obligaciones y, en consecuencia, la base de la responsabilidad que conllevan.

3. Se ha sugerido que se establezca un vínculo entre el concepto de riesgo y el concepto de daño, para que la responsabilidad no se base únicamente en el riesgo; ello obliga a establecer un régimen jurídico adecuado. En derecho positivo, los regímenes particulares de responsabilidad son regulados por convenios o acuerdos específicos, eventualmente bajo los auspicios de una instancia jurisdiccional o arbitral, como en el asunto de la *Fundición de Trail*<sup>6</sup>. Se han citado varias veces los convenios sobre la utilización pacífica de la energía nuclear, la contaminación del mar por hidrocarburos u otras sustancias contaminantes y los objetos espaciales. En todos esos casos la responsabilidad sólo existe cuando se causa un daño (responsabilidad objetiva), y el Estado sólo incurre en responsabilidad

si no ha cumplido sus obligaciones de vigilancia. La responsabilidad por riesgo, sin embargo, no puede concebirse sino en ausencia de un acto o hecho internacionalmente ilícito. El campo de aplicación de ese tipo de responsabilidad disminuye, por lo tanto, a medida que los Estados admiten nuevas obligaciones internacionales, con la consecuente responsabilidad por actos ilícitos; pero hasta el presente los Estados se han mostrado muy reticentes a aceptar el principio de la responsabilidad por riesgos derivada de actos lícitos.

4. La Declaración de Estocolmo de 1972<sup>7</sup> y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, insisten más sobre las obligaciones de prevención de la contaminación que sobre la oportunidad de establecer un régimen inédito de responsabilidad. Ambos instrumentos se limitan a reenviar al derecho internacional o a la obligación tradicional de vigilancia. El orador no considera del todo concluyentes los ejemplos citados hasta el momento en la Comisión en apoyo del nuevo régimen de responsabilidad. Por ejemplo, el laudo arbitral en el asunto de la *Fundición de Trail* fundaba la responsabilidad sobre una negligencia constitutiva de una violación de la obligación de vigilancia. El fallo de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* se refería, de manera análoga, a la obligación de todo Estado de no permitir que su territorio se utilice para actos contrarios a los derechos de otros Estados<sup>8</sup>. Por consiguiente, es difícil aceptar que la responsabilidad pueda derivar de actos o actividades que entrañen riesgo. En ese sentido, el orador concuerda con el Sr. Roucounas (2112.ª sesión) en que sería mejor no describir las actividades como lícitas o ilícitas, sino como actividades físicas que han causado daño.

5. Evidentemente, existe en la Comisión mucha incertidumbre sobre los objetivos del proyecto. El Sr. Díaz González, por su parte, está dispuesto a sumarse a la preparación de un proyecto de convenio sobre el medio ambiente, pero eso no es lo mismo que un proyecto de convenio para regular actividades no prohibidas por el derecho internacional. Por lo que se refiere a los términos empleados, el orador conviene con el Sr. Reuter en que el término «reparación» tiene un significado jurídico muy concreto y consecuencias que no pueden vincularse con el riesgo, por lo que sería mejor sustituir el término por «compensación» o «indemnización». Con todo, un régimen de compensación tendría que prever casos en los que los beneficios de la actividad en cuestión se compartieran; por ejemplo, cuando el Estado vecino puede tanto beneficiarse como resultar perjudicado por la ubicación de una central eléctrica.

6. Las propuestas del Relator Especial merecen, ciertamente, un estudio más detenido, pero hay que aclarar más los fundamentos del tema antes de remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción. Una redacción más precisa ayudaría a superar algunas de las dificultades; en ese sentido, el orador apoya la modificación del proyecto de artículo 1 propuesta por el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 13). Sin embargo, para que la Comisión pueda decidir exactamente lo que debe regularse, el fondo de los proyectos de artículos 1 a 9 ha de estudiarse más detenidamente. Sería, desde luego, prematuro remitir los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 al Comité de Redacción sin

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1985, vol. II (primera parte)/Add 1

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>4</sup> El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, el plan esquemático se reproduce en *Anuario* 1982, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2108.ª sesión, párr. 1

<sup>6</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 9

<sup>7</sup> *Ibid.*, nota 6

<sup>8</sup> *Ibid.*, nota 10

que la Comisión haya conciliado los criterios divergentes sobre el tema mismo.

7. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/423) pone de relieve su rigor lógico al analizar conceptos abstractos, así como su versatilidad para dar cabida a las principales tendencias que se manifestaron en el debate de la CDI en su anterior período de sesiones y en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

8. Sus propias opiniones sobre el fundamento del tema en el derecho internacional y sobre su viabilidad fueron expresadas en el 39.º período de sesiones<sup>9</sup> y no desea repetirlas. Sin embargo, reconoce la importancia de las consideraciones que han inducido a algunos miembros de la Comisión a referirse una vez más a los aspectos fundamentales del tema: la preocupación por que el proyecto sea aceptable para los Estados, la conciencia de los diversos grados de reconocimiento, en distintos sistemas jurídicos, de los conceptos subyacentes, y los problemas terminológicos. Las críticas doctrinales no son menos convincentes: Brownlie llega a la conclusión de que el proyecto está «fundamentalmente mal concebido... el contagio puede inducir a una confusión general respecto de los principios de la responsabilidad de los Estados»<sup>10</sup>. Akehurst<sup>11</sup> afirma que el hecho de no distinguir entre la licitud de las actividades y la ilicitud de los actos cometidos en el desarrollo de esas actividades ha llevado, especialmente en la esfera del medio ambiente, a confundir la responsabilidad *ex delicto* con la responsabilidad *sine delicto*, simplemente porque la actividad misma es lícita. Se trata de cuestiones básicas inquietantes que no pueden quedar sin respuesta. El Relator Especial podría tal vez seguir el ejemplo de su antecesor entablando un diálogo constructivo sobre el tema con miras a reducir las diferencias conceptuales.

9. En su informe (*ibid.*, párr. 5), el Relator Especial introduce el concepto de «culpa condicional». Dicho concepto es una ficción jurídica; personalmente, el orador no está seguro de que pueda constituir la base teórica de la responsabilidad derivada de las actividades que entrañan riesgo. Los tribunales, incluso cuando se ha producido daño, no prohíben las actividades de que se trata, sino que se limitan a exigir una compensación pecuniaria. Esa práctica no es compatible con la presunción de que siempre ha habido una culpa oculta, que sólo se activa cuando se produce el daño. El concepto de culpa condicional tiene también connotaciones de responsabilidad por ilicitud; por consiguiente, debe eludirse, para evitar confusiones con las consecuencias de la responsabilidad de los Estados. La teoría del enriquecimiento injusto, que establece un sistema de compensación basado en la distribución de costos, sería tal vez una base teórica más firme para la responsabilidad sin culpa, si una fuera necesaria. De hecho, esa teoría se menciona, si bien de forma indirecta, en el informe (*ibid.*, párr. 70).

10. El Relator Especial aduce que las actividades causantes de un daño apreciable deben quedar englobadas en el tema, porque en derecho internacional general no existe una prohibición que las excluya de él (*ibid.*, párr. 10). El orador estima que ese argumento no es válido. Muchos autores apoyan el argumento contrario, según el cual la certeza de los daños transfronterizos apreciables conlleva la responsabilidad del Estado. Handl dice:

[ ] cuando los Estados descargan contaminantes intencionalmente, a sabiendas de que esa descarga tiene que causar o causará con considerable certeza efectos perjudiciales transnacionales significativos, es evidente que se tendrá al Estado de origen por responsable de los daños resultantes. La conducta causal se estimará internacionalmente ilícita<sup>12</sup>

En opinión del orador, también habrá responsabilidad si puede probarse que ha existido negligencia grave.

11. En el informe (*ibid.*, párrs. 6 y 7 y 12 a 14) se habla de la necesidad de evitar el «temido» concepto de la «responsabilidad absoluta». Eso fue lo que indujo al Relator Especial a introducir en su cuarto informe (A/CN.4/413) el concepto de actividades que entrañan riesgo. En el quinto informe, sin embargo, señala que una «importante corriente de la Comisión... prefiere no utilizar el concepto de riesgo como limitativo» (A/CN.4/423, párr. 12). Ha reintroducido, por tanto, el concepto de responsabilidad por daños, eludiendo al mismo tiempo la responsabilidad absoluta mediante la exclusión del daño causado por un acto único. Sin embargo, la responsabilidad por actividades no es otra cosa que la responsabilidad por riesgo bajo otro nombre, conclusión ratificada por la afirmación de que «se vincula la responsabilidad al carácter de la actividad» (*ibid.*, párr. 14). Además, desde el punto de vista de la víctima inocente, causan daño tanto los actos singulares como los actos que forman parte de una actividad. Nada justifica distinguir entre un acto que constituye parte intrínseca de una actividad y un acto aislado; por lo demás, tampoco es posible determinar, como no sea arbitrariamente, que un acto no es parte intrínseca de una actividad.

12. Como el Relator Especial señala acertadamente (*ibid.*, párr. 50), un régimen de responsabilidad causal comparado con un régimen de responsabilidad por ilicitud sería una solución menos dura para el Estado de origen. Las diferencias entre responsabilidad causal y responsabilidad absoluta son fundamentalmente de grado: la última entraña menos excepciones y menos factores interpuestos en la cadena causal. El régimen de responsabilidad absoluta se establece en muchos tratados multilaterales relativos a cuestiones concretas. Tras pasar revista a esos tratados, Goldie llega a la conclusión de que «estamos asistiendo al nacimiento, especialmente en el plano internacional, de una forma de responsabilidad más rigurosa que la habitualmente denominada responsabilidad causal»<sup>13</sup>. Por esa razón, el orador no está de acuerdo con el Relator Especial en que la responsabilidad absoluta «exige un grado de solidaridad propio de sociedades mucho más integradas que la actual comunidad internacional» (*ibid.*, párr. 4).

13. En otras partes del informe (*ibid.*, párrs. 40 y ss.) se demuestra que un régimen de responsabilidad causal puede coexistir perfectamente, en el mismo instrumento, con un régimen basado en la ilicitud, tanto si las obligacio-

<sup>9</sup> Anuario 1987, vol I, págs 174 y ss, 2019ª sesión, párrs 55 a 59, y 2020ª sesión, párrs 1 a 26

<sup>10</sup> I. Brownlie, *System of the Law of Nations State Responsibility*, parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág 50

<sup>11</sup> M. B. Akehurst, «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haya, vol XVI, pág 3

<sup>12</sup> G. Handl, «Liability as an obligation established by a primary rule of international law. Some basic reflections on the International Law Commission's work», *ibid.*, págs 58 y 59

<sup>13</sup> L. F. E. Goldie, «Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *ibid.*, pág 194

nes en este último caso son obligaciones de conducta como si son obligaciones de resultado. El orador no está seguro, sin embargo, de que la norma de responsabilidad causal vigente en otros acuerdos internacionales sobre la misma cuestión, en el sentido del proyecto de artículo 4, pueda coexistir con las obligaciones, menos rigurosas, enunciadas en el presente proyecto de artículos. Como en el artículo 4 se renuncia a la *lex specialis*, las obligaciones contenidas en esos acuerdos perderían vigor si los Estados partes fueran también partes de los presentes artículos. Si así fuera, en un momento en que la importancia de las cuestiones ambientales es cada vez mayor, la reticencia de la Comisión a admitir una norma general de responsabilidad absoluta constituiría un retroceso.

14. El uso del mismo adjetivo, «apreciable», para describir tanto el riesgo como el daño induce a confusión, pues en una *scala* de riesgo significa detectable o previsible, en contraposición a oculto o imperceptible. Así se deduce del inciso ii) del apartado *a* del proyecto de artículo 2. «Detectable» sería una palabra más adecuada. Sin embargo, en una *scala* de daño la palabra «apreciable» sugiere claramente un grado entre mínimo y masivo y se evitarían muchas confusiones si se sustituyera por «significativo», que es más afín con instrumentos pertinentes, incluso recientes.

15. En lo tocante a las obligaciones de procedimiento del capítulo III del proyecto y a su aplicabilidad, el orador dice que las disposiciones comparables del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se basan en la premisa de que dichos cursos son ecosistemas autocontenidos, y de que los Estados del curso de agua pueden ser identificados fácilmente «en la gran mayoría de los casos por simple observación»<sup>14</sup>. Esta identificación no es posible en los presentes proyectos de artículos habida cuenta de la amplitud de su alcance, tanto *ratione materiae* como *ratione personae*. Dado que ni el Estado afectado ni el Estado de origen son fácilmente reconocibles en cualquier circunstancia, es difícil ver cómo podrán cumplirse los deberes de procedimiento en materia de notificación, por ejemplo. Al respecto, el orador se congratula de que se haga referencia en el proyecto a las organizaciones internacionales, que desempeñan una función importante, tanto ayudando a los Estados a cumplir sus obligaciones de prevención como trabajando para determinar los hechos y contribuyendo al establecimiento de un régimen de compensación. La naturaleza bilateral de las obligaciones de procedimiento tendrá que modificarse para dar cabida a una participación más directa de las organizaciones internacionales.

16. En lo tocante al aplazamiento o no aplazamiento de la iniciación de nuevas actividades, el orador no está de acuerdo con el Relator Especial (*ibid.*, párr. 112) en que deba darse prioridad a la libertad de acción. Subraya al respecto que una vez que se ha producido un daño físico apreciable probablemente no habrá reparación posible, por haberse creado una situación irreversible. El pago de una compensación pecuniaria por los errores pasados puede satisfacer al Estado afectado, pero contribuirá poco a mitigar los daños al medio ambiente. Por lo demás, la existencia de la nueva actividad sería un hecho consumado,

que obstaculizaría los esfuerzos de los Estados interesados por establecer un régimen específico. En los asuntos sobre *Ensayos nucleares*, la CIJ decretó medidas provisionales de protección, instando al Gobierno francés a «evitar ensayos nucleares que causaran el depósito de precipitaciones radiactivas»<sup>15</sup> en los territorios en cuestión. Se sobreentiende que, como los mandatos judiciales no se refirieron al fondo, éstos eran sin perjuicio de la licitud o lo contrario de la actividad en cuestión. El aplazamiento de una actividad nueva es también más coherente con un antiguo principio del derecho islámico que ha sido codificado en el artículo 30 del Código Civil otomano como «La evitación del daño tiene primacía sobre la obtención de beneficios», *Dar'ul mafacidi awla min jalb'il manafi'i* (دَرْءُ الْمَفَاحِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَنَافِعِ).

17. Por lo que se refiere a la obligación de negociar, el orador estima que las negociaciones pueden ser en realidad necesarias, especialmente en una esfera en la que la licitud de las actividades no se presta a normas rígidas, pero no deben suplantar a las normas sustantivas.

18. Refiriéndose a los proyectos de artículos, el orador se pregunta si la frase «a lo largo de su desarrollo» en el artículo 1 significa que se excluye el riesgo o daño durante parte del proceso. Lo mismo cabe preguntarse en relación con el inciso i) del apartado *a* y el apartado *b* del proyecto de artículo 2. Es necesario modificar el enunciado de ambos artículos. Una redacción más precisa resolvería también el problema de las empresas transnacionales y debería tener en cuenta las cuestiones de la responsabilidad solidaria y de las personas jurídicas.

19. El nuevo título del proyecto de artículo 3, «Asignación de obligaciones», evitará confusiones con la imputabilidad en materia de responsabilidad por ilicitud. El proyecto de artículo 6 revisado parece reflejar mejor la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* que el texto anterior, donde sólo se reconocía la protección de terceros en relación con las actividades que entrañasen riesgo apreciable.

20. La exigencia, en el proyecto de artículo 7, de que los Estados cooperen de buena fe es superflua, pues la cooperación de mala fe es una contradicción en sí misma. Las modalidades de cooperación deben exponerse en términos análogos a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, especialmente en los artículos 202 y 197.

21. En relación con el proyecto de artículo 8, el orador recuerda que el Sr. Riphagen señaló que, en pura lógica, no se puede hablar de deberes de prevención y de reducción al mínimo. Como la cuestión de la responsabilidad depende del cumplimiento de los deberes pertinentes, es importante explicar el significado de las palabras «prevenir» y «minimizar».

22. En el proyecto de artículo 9, el término «compensación» es, desde luego, más adecuado que «reparación» en lo tocante a la responsabilidad por actividades no prohibidas. El orador se pregunta si el régimen especial que ha de elaborarse abarcará algo más que la compensación pecuniaria. En su opinión, también debería darse cabida a

<sup>14</sup> *Anuario...* 1987, vol. II (segunda parte), pág. 27, párrafo 2 del comentario al artículo 3 (Estados del curso de agua).

<sup>15</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France)*, *mesures conservatoires*, mandatos judiciales de 22 de junio de 1973, C.I.J. *Recueil* 1973, págs. 99 y 135, especialmente págs. 106 y 142.



la asistencia técnica. Además, los tribunales podrían exigir que la actividad pertinente se suspendiera o al menos se redujera cuantitativamente; en ese sentido, el asunto de la *Fundición de Trail*<sup>16</sup> es un precedente que constituye un ejemplo de lo que podría denominarse «cesación parcial». La referencia a la negociación en el artículo 9 no puede suplantar a las normas sustantivas, como ya ha señalado. Todos los elementos que ha mencionado deben estudiarse detenidamente con miras a su inclusión en un régimen de compensación por actos lícitos.

23. El Sr. BEESLEY dice que la Comisión debe centrar su labor en la solución de los problemas y no adoptar un enfoque puramente teórico. Las opiniones son divergentes. Algunos miembros abogan por un conjunto de artículos basados en el daño, mientras que otros prefieren un proyecto basado en el riesgo. No deja de ser significativo el hecho de que los defensores de ambas posiciones hayan aducido argumentos que podrían utilizarse contra ellos mismos. Es evidente que el criterio subjetivo adoptado por algunos miembros refleja, como debe ser, los diferentes sistemas jurídicos en que se han formado. Pese a ello, el orador sigue creyendo que es posible hallar un terreno común. En cierta medida realmente se ha progresado. Por ejemplo, la Comisión está superando la dificultad inicial que planteaba la regulación del problema del «patrimonio común», cuando antes se mantenía que sería demasiado complicado abordar cuestiones de responsabilidad entre Estados, por no hablar de la responsabilidad de un Estado ante la comunidad internacional en su conjunto. Todos los miembros de la Comisión aceptan, sin embargo, la necesidad de desarrollo progresivo del derecho.

24. El criterio centrado en la solución de los problemas ha sido defendido por el Sr. Hayes, que ha formulado la interesante sugerencia (2113.ª sesión) de separar las dos ramas del tema en dos capítulos, de los que uno contendría los artículos sobre responsabilidad sin culpa y el otro los artículos sobre las cuestiones relativas al riesgo. El orador, por su parte, ya ha citado (2110.ª sesión) precedentes de responsabilidad sin culpa en resoluciones de tribunales arbitrales. Concretamente, el laudo en el asunto de la *Fundición de Trail*<sup>17</sup> se basó realmente en el concepto de responsabilidad causal y no en el de negligencia. Existe también un notable cuerpo de disposiciones convencionales sobre responsabilidad absoluta por actividades especialmente peligrosas. No es seguro que de ese cuerpo legal sea posible extraer alguna norma de derecho consuetudinario. No obstante, el criterio de la responsabilidad causal, por sí solo, no es suficiente para formular un conjunto coherente de proyectos de artículos. Es necesario tener en cuenta, por un lado, la responsabilidad causal o sin culpa, y, por otro, la responsabilidad absoluta. Esta última está regulada en una serie de convenios internacionales sobre responsabilidad internacional por daños causados por actividades especialmente peligrosas.

25. Schneider<sup>18</sup> ha citado recientemente varias decisiones judiciales y arbitrales internacionales basadas en el concepto de la responsabilidad causal y ha demostrado claramente que no es intercambiable con el concepto de responsabilidad absoluta. La responsabilidad causal se basa en el daño, no en la culpa. En opinión del orador,

ya existe, o se está desarrollando, una norma de responsabilidad causal por daños ambientales, basada en el daño y no en la culpa. Sin embargo, no conviene hacer demasiado hincapié en ese punto, porque probablemente profundizaría la divergencia de opiniones en la Comisión. De hecho, otro autor, Ian Brownlie, opina que el derecho internacional carece de una doctrina sobre la responsabilidad causal sin culpa.

26. La responsabilidad absoluta se establece inequívocamente en muchos convenios multilaterales en relación con cuestiones como los daños causados por las instalaciones nucleares, los buques nucleares, los objetos espaciales y algunos casos de contaminación por hidrocarburos. Entre los instrumentos pertinentes cabe citar la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, de 1962; la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963; el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 1960; el Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materias nucleares, de 1971, y el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972<sup>19</sup>. Naturalmente, los tratados presentan algunas diferencias en lo relativo a cuestiones como las excepciones, pero en todos ellos se establece claramente la norma de la responsabilidad sin culpa y no la de la responsabilidad basada en el riesgo. No puede decirse, sin embargo, que el riesgo, y especialmente el riesgo excepcional, no sea pertinente al tema y no deba tomarse en cuenta en los proyectos de artículos.

27. Ante todas esas dificultades, la Comisión tiene que encontrar una solución, y el orador, por su parte, lo considera posible. Deberían proseguir las deliberaciones sobre los proyectos de artículos 10 a 17, mientras que el Comité de Redacción centra su trabajo en los proyectos de artículos 1 a 9, teniendo presentes tanto lo dicho en el debate como las sugerencias sobre la forma de tratar las cuestiones gemelas del riesgo y la culpa. La Comisión es el órgano idóneo para tratar problemas que quizás sean antiguos en algunos contextos, pero no por ello dejan de ser nuevos en términos de legislación. Sin duda, habrá que trabajar mucho para superar las dificultades. Por razones metodológicas, debe darse trabajo al Comité de Redacción, aunque éste tenga a veces que comunicar a la Comisión que no ha resuelto ningún problema.

28. Para terminar, el orador señala a la atención de la Comisión algunos extractos de precedentes útiles en materia de actividades en el espacio ultraterrestre y derecho de la atmósfera, de los que oficiosamente ya ha distribuido copias a los miembros, y afirma que conviene estar informado de las actividades pertinentes que tienen lugar fuera de las Naciones Unidas.

29. El Sr. MAHIOU dice que tiene intención de referirse al presente tema en el próximo período de sesiones. Su intervención será necesariamente larga, habida cuenta de la importancia del excelente quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/423) y de los 17 proyectos de artículos que contiene. El Relator Especial ha puesto los pies en el suelo, rescatando el tema del nebuloso reino de la teoría. Gracias a ello, la Comisión empieza a comprender más

<sup>16</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 9.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Op. cit.* (2111.ª sesión, nota 17), págs. 164 y ss.

<sup>19</sup> En el documento A/CN.4/384, anexo I, figuran referencias a estas convenciones.



claramente el significado y el objetivo de un tema extremadamente importante. Por el momento, el orador se limita a señalar que está de acuerdo en que los proyectos de artículos 1 a 9 se remitan al Comité de Redacción.

**Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>20</sup>, A/CN.4/415<sup>21</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>22</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)**

[Tema 3 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS EN SEGUNDA LECTURA

30. El PRESIDENTE recuerda que, en el período de sesiones anterior, el Relator Especial presentó su informe preliminar sobre el tema (A/CN.4/415)<sup>23</sup>, en el que analiza los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) acerca de los proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura en el 38.º período de sesiones, en 1986. En ese informe, el Relator Especial también propone algunas enmiendas a los proyectos de artículos que tienen en cuenta los comentarios y observaciones de los gobiernos. Por falta de tiempo, sin embargo, la Comisión no pudo examinar el tema en el período de sesiones anterior.

31. Los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura<sup>24</sup> dicen lo siguiente:

PARTE I

INTRODUCCIÓN

**Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos**

Los presentes artículos se aplican a la inmunidad de un Estado y de sus bienes respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado.

**Artículo 2.—Términos empleados**

1. Para los efectos de los presentes artículos:

- a) se entiende por «tribunal» cualquier órgano de un Estado, sea cual fuere su denominación, con potestad para ejercer funciones judiciales;
- b) se entiende por «contrato mercantil»:
  - i) todo contrato o acuerdo mercantil de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios;
  - ii) todo contrato de préstamo u otro acuerdo de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía concerniente a ese préstamo o de indemnización concerniente a ese acuerdo;
  - iii) cualquier otro contrato o acuerdo, sea cual fuere su naturaleza, mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, pero con exclusión de los contratos individuales de trabajo.

2. Las disposiciones del párrafo 1 relativas a la terminología empleada en los presentes artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esa terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado.

<sup>20</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>21</sup> *Ibid*

<sup>22</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>23</sup> Véase *Anuario* 1988, vol. I, págs. 275 y ss., 2081ª sesión, párrs. 2 a 26

<sup>24</sup> *Anuario* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 8 y ss

**Artículo 3.—Disposiciones interpretativas**

1. Para los efectos de los presentes artículos se entenderá que el término «Estado» comprende:

- a) el Estado y sus diversos órganos de gobierno;
- b) las subdivisiones políticas del Estado que están facultadas para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado;
- c) los organismos o entidades del Estado, en la medida en que estén facultados para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado;
- d) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter.

2. Para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si en la práctica de ese Estado tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato.

**Artículo 4.—Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos**

1. Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado en relación con el ejercicio de las funciones:

- a) de sus misiones diplomáticas, sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; y
- b) de las personas adscritas a ellas.

2. Los presentes artículos se entenderán asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado.

**Artículo 5.—Irretroactividad de los presentes artículos**

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en los presentes artículos a las que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes estén sometidas en virtud del derecho internacional independientemente de los presentes artículos, éstos no se aplicarán a ninguna cuestión relativa a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados o de sus bienes que se suscite en un proceso promovido contra un Estado ante un tribunal de otro Estado antes de la entrada en vigor de los presentes artículos respecto de los Estados interesados.

PARTE II

PRINCIPIOS GENERALES

**Artículo 6.—Inmunidad del Estado**

Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en los presentes artículos [y en las normas pertinentes del derecho internacional general].

**Artículo 7.—Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado**

1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 6 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado.

2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá promovido contra otro Estado, se designe o no a éste como parte en el proceso, siempre que tal proceso tenga efectivamente por objeto obligar a ese otro Estado a someterse a la jurisdicción del tribunal o a soportar las consecuencias de una resolución dictada por el tribunal que puedan afectar a los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.

3. En particular, un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá promovido contra otro Estado cuando se promueva contra uno de sus órganos, o contra una de sus subdivisiones políticas o uno de sus organismos o entidades en relación con un acto realizado en ejercicio de las prerrogativas del poder público, o contra uno de sus representantes en relación con un acto realizado en su carácter de representante, o cuando el proceso tenga por objeto privar a ese otro Estado de sus bienes o del uso de bienes que estén en su posesión o bajo su control.

**Artículo 8.—Consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción**

Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado en relación con cualquier cuestión si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión:

- a) por acuerdo internacional;
- b) en un contrato escrito; o
- c) por una declaración ante el tribunal en un caso determinado.

**Artículo 9.—Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal**

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado:

- a) si él mismo ha promovido ese proceso; o
- b) si ha intervenido en ese proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo.

2. El apartado b del párrafo 1 no se aplicará a ninguna intervención ni a ningún acto realizados con el solo objeto:

- a) de invocar la inmunidad; o
- b) de hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en el proceso.

3. La falta de comparecencia de un Estado en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado no se considerará como consentimiento de ese Estado en que ese tribunal ejerza jurisdicción.

**Artículo 10.—Reconvenciones**

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción en un proceso que él mismo haya promovido ante un tribunal de otro Estado en lo concerniente a una reconvención formulada contra él y basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal.

2. Ningún Estado que intervenga en un proceso ante un tribunal de otro Estado para presentar una demanda podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de ese tribunal en lo concerniente a una reconvención formulada contra él y basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda presentada por él.

3. Ningún Estado que formule reconvención en un proceso promovido contra él ante un tribunal de otro Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de ese tribunal en lo concerniente a la demanda principal.

**PARTE III**

**[LIMITACIONES DE] [EXCEPCIONES A]  
LA INMUNIDAD DEL ESTADO**

**Artículo 11.—Contratos mercantiles**

1. Si un Estado celebra con una persona física o jurídica extranjera un contrato mercantil, y si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a ese contrato mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza tal jurisdicción en un proceso basado en ese contrato mercantil y, por consiguiente, no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en ese proceso.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará:

- a) en el caso de un contrato mercantil concertado entre Estados o entre gobiernos;
- b) si las partes en el contrato mercantil han pactado expresamente otra cosa.

**Artículo 12.—Contratos de trabajo**

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona física respecto de servicios ejecutados o que hayan de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado, si el trabajador ha sido contratado en ese otro Estado y está protegido por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en ese otro Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará:

- a) si el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio del poder público;

b) si el proceso se refiere a la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato;

c) si el trabajador no era nacional ni residente habitual del Estado del foro en el momento de concertarse el contrato de trabajo;

d) si el trabajador es nacional del Estado empleador en el momento de promoverse el proceso;

e) si el trabajador y el Estado empleador han pactado otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

**Artículo 13.—Lesiones a las personas y daños a los bienes**

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a una acción de indemnización por causa de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes corporales, si el acto o la omisión que se alegue ser atribuible al Estado y que haya causado la muerte, las lesiones o el daño se ha producido total o parcialmente en el territorio del Estado del foro y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.

**Artículo 14.—Propiedad, posesión y uso de bienes**

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada para impedir que el tribunal de otro Estado, por lo demás competente, ejerza su jurisdicción en un proceso relativo a la determinación:

a) de un derecho o interés del Estado respecto de bienes inmuebles situados en el Estado del foro, la posesión o el uso por el Estado de esos bienes inmuebles o una obligación del Estado nacida de su interés respecto de tales bienes inmuebles o de su posesión o uso de esos bienes;

b) de un derecho o interés del Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, de donación o de ocupación de bien vacante;

c) de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes que formen parte del patrimonio de una persona fallecida, de un demente o de un quebrado;

d) de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes de una sociedad en el caso de su disolución o liquidación; o

e) de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes en fideicomiso o de bienes poseídos de otro modo a título fiduciario.

2. Nada impedirá que un tribunal de otro Estado ejerza jurisdicción en un proceso promovido ante él contra una persona que no sea un Estado, no obstante el hecho de que el procedimiento concierne a bienes o esté dirigido a privar al Estado de bienes:

a) que se encuentran en posesión del Estado o bajo su control; o

b) respecto de los cuales el Estado reivindica un derecho o interés, si el Estado mismo no hubiera podido invocar la inmunidad de haberse promovido el proceso contra él o si el derecho o interés reivindicado por el Estado no está reconocido ni fundado en un principio de prueba.

**Artículo 15.—Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial**

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

a) a la determinación de cualquier derecho del Estado sobre una patente de invención, dibujo o modelo industrial, nombre comercial o razón social, marca de fábrica o de comercio, derecho de autor o cualquier otra forma análoga de propiedad intelectual o industrial que goce de protección jurídica, aunque sea provisional, en el Estado del foro; ni

b) a la alegación de una presunta lesión por el Estado, en el territorio del Estado del foro, de un derecho mencionado en el apartado a perteneciente a un tercero y protegido en el Estado del foro.

**Artículo 16.—Cuestiones tributarias**

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de

otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a las obligaciones tributarias, como derechos, impuestos y otros gravámenes análogos, a que pueda estar sujeto con arreglo a la legislación del Estado del foro.

*Artículo 17.—Participación en sociedades u otras colectividades*

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a su participación en una sociedad u otra colectividad, con personalidad jurídica propia o sin ella, y concerniente a las relaciones entre el Estado y la sociedad o colectividad o los demás participantes, cuando ésta:

a) comprenda socios que no sean Estados u organizaciones internacionales; y

b) se haya constituido con arreglo a la ley del Estado del foro o tenga la sede de su dirección o su establecimiento principal en ese Estado.

2. El párrafo 1 no se aplicará si las partes en litigio han pactado por escrito lo contrario o si los estatutos o cualquier otro instrumento por el que se haya creado o se rija la sociedad o colectividad de que se trate contienen disposiciones en contrario.

*Artículo 18.—Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial*

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado que tenga la propiedad de un buque destinado a un servicio comercial [no gubernamental], o que lo explote, podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a la explotación de ese buque siempre que, en el momento de nacer el derecho de acción, el buque fuera utilizado o estuviera destinado exclusivamente a ser utilizado para fines comerciales [no gubernamentales].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica a los buques de guerra y buques auxiliares, ni a otros buques de propiedad de un Estado o explotados por éste y utilizados o destinados a ser utilizados en un servicio gubernamental no comercial.

3. A los efectos de este artículo, se entenderá por «proceso relativo a la explotación de ese buque», en particular, cualquier proceso que tenga por objeto decidir:

a) sobre una demanda relativa a abordajes u otros accidentes de navegación;

b) sobre una demanda relativa a asistencia, salvamento o avería gruesa;

c) sobre una demanda relativa a reparaciones, avituallamiento u otros contratos relativos al buque.

4. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo al transporte de un cargamento a bordo de un buque de propiedad de ese Estado o explotado por él y destinado a un servicio comercial [no gubernamental] siempre que, en el momento de nacer el derecho de acción, el buque fuera utilizado o estuviera destinado exclusivamente a ser utilizado para fines comerciales [no gubernamentales].

5. Lo dispuesto en el párrafo 4 no se aplica al cargamento transportado a bordo de los buques a que se refiere el párrafo 2, ni al cargamento perteneciente a un Estado y utilizado o destinado exclusivamente a ser utilizado en un servicio gubernamental no comercial.

6. Los Estados podrán alegar la prescripción y todas las demás excepciones y limitaciones de responsabilidad a que puedan acogerse los buques y cargamentos de propiedad privada y sus propietarios.

7. Si en un proceso surge alguna cuestión en relación con el carácter gubernamental y no comercial del buque o del cargamento, un certificado firmado por el representante diplomático u otra autoridad competente del Estado al que pertenezca el buque y comunicado al tribunal hará prueba del carácter de ese buque o de ese cargamento.

*Artículo 19.—Efectos de un compromiso arbitral*

Si un Estado concluye por escrito un compromiso con una persona física o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con un [contrato mercantil] [negocio civil o mercantil], ese Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un

tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

a) a la validez o la interpretación del compromiso arbitral,

b) al procedimiento de arbitraje,

c) a la anulación del laudo,

a menos que el compromiso arbitral disponga otra cosa.

*Artículo 20.—Casos de nacionalización*

Las disposiciones de los presentes artículos no prejuzgarán ninguna cuestión que pueda surgir con relación a los efectos extraterritoriales de medidas de nacionalización adoptadas por un Estado respecto de bienes muebles o inmuebles o de cualesquiera otros bienes objeto de propiedad industrial o intelectual.

PARTE IV

INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO  
DE MEDIDAS COERCITIVAS  
EN LO QUE CONCIERNE A SUS BIENES

*Artículo 21.—Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas*

Todo Estado goza de inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de medidas coercitivas, incluida cualquier medida de embargo y ejecución, en lo que concierne al uso de sus bienes o de los que estén en su posesión o bajo su control, [o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido,] a menos que:

a) dichos bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente con fines comerciales [no gubernamentales] por el Estado y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso; o

b) hayan sido asignados o destinados por el Estado a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

*Artículo 22.—Consentimiento en las medidas coercitivas*

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de las medidas coercitivas en lo que concierne al uso de sus bienes o de los que estén en su posesión o bajo su control, [o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido,] si ha consentido expresamente en la adopción de tales medidas respecto de esos bienes, y dentro de los límites de ese consentimiento, en los términos indicados:

a) por acuerdo internacional;

b) en un contrato escrito; o

c) por una declaración ante el tribunal en un caso determinado.

2. El consentimiento en el ejercicio de jurisdicción a que se refiere el artículo 8 no ha de entenderse que entraña consentimiento en la adopción de medidas coercitivas a tenor de la parte IV de los presentes artículos, para lo cual será necesario un consentimiento separado.

*Artículo 23.—Clases especiales de bienes*

1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado con fines comerciales [no gubernamentales], conforme a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 21, los bienes de un Estado de las siguientes clases:

a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que estén situados en el territorio de otro Estado y sean utilizados o estén destinados a ser utilizados para los fines de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados con fines militares;

c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado que estén situados en el territorio de otro Estado;

d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y que estén situados en el territorio de otro Estado y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;

e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico o histórico en el territorio de otro Estado y que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

2. Ninguna clase de bienes mencionada en el párrafo 1, ni parte de ella, será objeto de medidas coercitivas en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, a menos que el Estado de que se trate haya asignado o destinado esos bienes a tenor de lo dispuesto en el apartado *b* del artículo 21, o haya consentido específicamente en la adopción de medidas coercitivas respecto de esa clase de sus bienes, o de parte de ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.

#### PARTE V

#### DISPOSICIONES DIVERSAS

##### *Artículo 24.—Notificación del acto de incoación de un proceso*

1. La notificación del acto de incoación de un proceso contra un Estado por mandamiento judicial o cualquier otro documento se hará:

*a)* de conformidad con cualquier acuerdo especial sobre notificación entre el demandante y el Estado interesado;

*b)* a falta de tal acuerdo, de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado;

*c)* a falta de tal acuerdo o convenio, transmitiéndola por vía diplomática al ministerio de relaciones exteriores del Estado interesado; o

*d)* en defecto de lo que antecede, y si la legislación del Estado del foro y la del Estado interesado lo permiten:

*i)* transmitiéndola por correo certificado dirigido al jefe del ministerio de relaciones exteriores del Estado interesado con acuse de recibo; o

*ii)* por cualquier otro medio.

2. La notificación por los medios a que se refieren el apartado *c* y el inciso *i)* del apartado *d* del párrafo 1 se entenderá practicada cuando el ministerio de relaciones exteriores haya recibido los documentos.

3. A esos documentos se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado.

4. El Estado que comparezca en relación con el fondo en un proceso promovido contra él no podrá alegar después que la notificación del acto de incoación del proceso no se hizo con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 y 3.

##### *Artículo 25.—Fallo en ausencia*

1. No se dictará fallo en ausencia contra ningún Estado salvo que se pruebe el cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos 1 y 3 del artículo 24 y haya expirado un plazo no inferior a tres meses contado desde la fecha en que se haya hecho o se entienda practicada, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 24, la notificación del mandamiento judicial u otro documento por el que se incoe el proceso.

2. Del fallo en ausencia dictado contra un Estado se transmitirá a éste copia, a la que se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado, por uno de los medios indicados en el párrafo 1 del artículo 24, y el plazo señalado para recurrir contra el mismo, que no deberá ser inferior a tres meses contados desde la fecha en que el Estado interesado haya recibido o se entienda que ha recibido la copia del fallo, comenzará a correr a partir de esa fecha.

##### *Artículo 26.—Inmunidad respecto de medidas coactivas*

Todq Estado gozará de inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de cualquier medida coactiva en virtud de la cual haya de realizar o abstenerse de realizar determinado acto so pena pecuniaria.

##### *Artículo 27.—Inmunidades procesales*

1. El hecho de que un Estado no presente cualquier documento o no revele cualquier otra información para los efectos de un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, o de que se niegue a presentar tal documento o a revelar tal información, no entrañará consecuencias distintas de las que resulten de ese comportamiento en relación con el fondo del asunto. En particular, no se impondrá al Estado ninguna multa o pena por razón de ese comportamiento.

2. Ningún Estado está obligado a prestar caución, fianza o depósito, sea cual fuere su denominación, para garantizar el pago de las costas o gastos judiciales de cualquier proceso en que sea parte ante un tribunal de otro Estado.

##### *Artículo 28.—No discriminación*

1. Las disposiciones de los presentes artículos se aplicarán sin discriminación en las relaciones entre los Estados partes en ellos.

2. Sin embargo, no se considerará discriminatorio:

*a)* que el Estado del foro aplique restrictivamente cualquiera de las disposiciones de los presentes artículos porque así aplique esa disposición el otro Estado interesado;

*b)* que, por acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato diferente del que se establece en las disposiciones de los presentes artículos.

32. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su segundo informe sobre el tema (A/CN.4/422 y Add.1), que la Comisión examinará junto con el informe preliminar.

33. El Sr. OGISO (Relator Especial) dice que tal vez sea demasiado pronto después de la aprobación de los proyectos de artículos en primera lectura en 1986 para llegar a una apreciación justa de las opiniones de la comunidad internacional acerca de estos artículos, sobre todo en vista de que solamente 29 países han presentado sus observaciones hasta la fecha (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) y de que su informe preliminar (A/CN.4/415) no ha dado lugar a ningún comentario de fondo en la Sexta Comisión en el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General. El objeto de su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1) es, pues, desarrollar su informe preliminar y sugerir otras enmiendas a algunos de los proyectos de artículos a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos, con el fin de facilitar el debate de la Comisión.

34. Por lo que se refiere a la parte II del proyecto (Principios generales), dice que básicamente el proyecto de artículos consiste en un principio general de la inmunidad de los Estados, tal como se enuncia en el artículo 6, y cierto número de excepciones o limitaciones a ese principio, previstas en los artículos 11 a 19 de la parte III. Aunque, en primera lectura, ha habido una clara división de pareceres en la Comisión entre quienes favorecen una norma absoluta de la inmunidad del Estado y los que son partidarios de una norma restrictiva, se ha aceptado de modo general que el principio de la inmunidad de los Estados existe como norma de derecho internacional consuetudinario. Esa conclusión ha sido considerada como la justificación para dar comienzo a la labor sobre esta materia.

35. En su informe preliminar, el Relator Especial no se ha ocupado en detalle de la práctica judicial y el derecho interno, que ya había sido tratada extensamente en los ocho informes del anterior Relator Especial<sup>25</sup>. Atendiendo la petición de algunos miembros de la Comisión, el Relator Especial incluyó de todos modos en su segundo informe una breve exposición de la evolución reciente en la práctica general de los Estados respecto a la inmunidad de los Estados.

36. Un punto de vista que se desprende de los comentarios de los gobiernos es que el Estado es absolutamente

<sup>25</sup> Véase *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 105, notas 351 y 353.

inmune a la jurisdicción de un tribunal extranjero en casi todas las circunstancias, salvo que haya consentido expresamente en someterse a tal jurisdicción. Según este criterio, la inmunidad absoluta es una norma de derecho internacional general y los Estados que no la observan infringen el derecho internacional. Ahora bien, en la práctica judicial y en el derecho interno, la doctrina de la inmunidad absoluta ha ido cediendo terreno gradualmente a la doctrina de la inmunidad restringida. El proceso en virtud del cual los tribunales nacionales han adoptado un criterio restrictivo se estudia brevemente en su segundo informe (*ibid.*, párrs. 5 a 9).

37. De esta breve recapitulación de la práctica de los Estados se desprende que ya no puede decirse que la teoría absoluta de la inmunidad de los Estados sea una norma universalmente obligatoria de derecho internacional consuetudinario. Puede aducirse que los Estados que no han consentido en la modificación de esa norma pueden todavía fundarse en la doctrina de la inmunidad absoluta, pero, como señalaba el anterior Relator Especial en su sexto informe<sup>26</sup>, a menos que los partidarios de la doctrina absoluta ofrezcan una prueba concreta de una decisión judicial que admita la inmunidad en casos en que hubiera sido negada en los países que practican la inmunidad restringida, las tendencias restrictivas no pueden negarse en los países que practican la inmunidad restringida. En otras palabras, no se puede negar mediante la simple enunciación de una doctrina contraria o con la mera declaración de un principio absoluto. El hecho decisivo es que la práctica judicial de los Estados que han sostenido la inmunidad absoluta ha cambiado radicalmente.

38. Y a la inversa, se plantea la cuestión de si, con arreglo al derecho internacional general, un Estado goza ahora de libertad para negar la inmunidad a otro Estado según tenga por conveniente. Si la norma de la inmunidad del Estado se rige por el derecho internacional, cabe suponer que el derecho internacional contiene una norma en virtud de la cual la libertad de los Estados para denegar la inmunidad a otros Estados está limitada. Ahora bien, como el problema del grado de esas limitaciones no ha sido resuelto, no es posible llegar a una formulación precisa del consenso general. Es más, los que abogan por la doctrina restrictiva de la inmunidad de los Estados han propuesto que los actos de un Estado extranjero se dividan en dos categorías: actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, y que el Estado extranjero tenga derecho a la inmunidad sólo con respecto a la primera categoría. Por desgracia, en la práctica esa distinción ha planteado dificultades en su aplicación y ésa parece ser una de las razones por las que los que abogan por la doctrina de la inmunidad absoluta dudan en aceptar la tendencia restrictiva. En suma, no hay una significación única, generalmente aceptada tanto de los actos *jure imperii* como de los actos *jure gestionis*, aunque cierto número de estudiosos apoyan el principio de la inmunidad restringida. De todos modos, en vista de la clara tendencia hacia el reconocimiento del principio de que la inmunidad jurisdiccional de los Estados no es ilimitada, el Relator Especial considera que las dos categorías de actos deben elaborarse y definirse en términos jurídicos objetivos.

39. En su informe preliminar (A/CN.4/415, párr. 67), el Relator Especial propuso que en el artículo 6 (Inmunidad del Estado) se suprimiesen las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general», que figuraban entre corchetes. También sugirió, de conformidad con la propuesta del Gobierno de España, que esta cuestión podía tratarse en el preámbulo de la futura convención. No sería totalmente ilógico, por supuesto, dada la reciente evolución en favor de la doctrina de la inmunidad restringida, mantener esas palabras. El peligro está en que podría dar lugar a un aumento en las excepciones a la inmunidad y, por consiguiente, a una restricción excesiva sobre los actos *jure imperii*. Si, por esta y otras razones, se acuerda que se supriman las palabras de que se trata, el Relator Especial propone el siguiente nuevo artículo 6 *bis* con objeto de preservar el equilibrio entre los dos puntos de vista contrapuestos (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17):

«Artículo 6 bis

»A pesar de lo dispuesto en el artículo 6, cualquier Estado Parte podrá, al firmar esta Convención o depositar su ratificación o adhesión, o en cualquier otra fecha posterior, declarar cualquier excepción a la inmunidad de los Estados además de los casos comprendidos en los artículos 11 a 19, con arreglo a lo cual el tribunal de ese Estado podrá incoar un proceso contra otro Estado Parte, a menos que este último Estado formule objeciones dentro de treinta días a partir de la fecha de la declaración. El tribunal del Estado que haya hecho la declaración no podrá incoar un proceso con arreglo a la excepción a la inmunidad de los Estados contenida en la declaración contra el Estado que ha formulado objeciones contra esa declaración. El Estado que haya hecho la declaración o el Estado que haya presentado la objeción podrá retirar su declaración o su objeción en cualquier momento.»

Un artículo de esa índole no sería incompatible con la actual tendencia en la práctica de los Estados hacia la regla restrictiva de la inmunidad y puede conducir a la formación de una norma precisa de derecho internacional consuetudinario basada en una práctica judicial entre los Estados uniforme y regular. El Sr. Ogiso comprende, no obstante, que si se adopta el proyecto de artículo 6 *bis* y se suprimen las palabras entre corchetes del artículo 6, puede ser que haya que revisar el artículo 28.

40. Volviendo a la parte III del proyecto, los miembros recordarán que la Comisión retuvo dos alternativas para el título, a saber, la expresión «limitaciones de» la inmunidad del Estado y la expresión «excepciones a» la inmunidad del Estado. Si bien el Relator Especial no cree que la elección entre las dos alternativas plantee ninguna dificultad particular, tal vez fuera preferible más adelante, durante la segunda lectura, remitir la cuestión al Comité de Redacción, pidiéndole que formule la recomendación apropiada después de haber examinado todos los proyectos de artículos.

41. En relación con el artículo 11, sobre contratos mercantiles, señala que en su informe preliminar propuso que el párrafo 2 del artículo 3, que se refiere a la determinación de un contrato mercantil, se reemplace por el texto del párrafo 3 del nuevo artículo 2 propuesto (A/CN.4/415, párrs. 29 y 39). Ha sugerido que se tenga en cuenta la opinión de cierto número de gobiernos que no estuvieron de acuerdo con el uso del criterio de la finalidad para determinar si ciertas actividades deben considerarse como

<sup>26</sup> *Anuario...* 1984, vol. II (primera parte), pág. 16, documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párrs. 46 y 47.

comerciales. Esos gobiernos consideraron también que el párrafo 2 del artículo 3, en particular la frase «si en la práctica de ese Estado tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato», era vago, excesivamente subjetivo y artificial. A juicio del Relator Especial, el criterio de la finalidad es particularmente necesario en ciertos casos como las actividades de ayuda alimentaria y debe tenerse en cuenta en los casos relativos a los contratos pertinentes.

42. Ahora bien, el doble criterio establecido en el párrafo de que se trata está relacionado primordialmente con la naturaleza del contrato y también con la práctica pertinente de un Estado extranjero, algo que puede dar lugar a incertidumbres en la aplicación porque «la práctica de ese Estado» no es forzosamente clara y podría de ese modo tender hacia la doctrina de la inmunidad absoluta. Partiendo de una interpretación literal de la disposición, es manifiesto que el criterio de la finalidad debe utilizarse como elemento suplementario en casos de duda; pero, como se indica en el comentario al artículo,

si de la aplicación del criterio de la «naturaleza» se desprende que el contrato o acuerdo es aparentemente mercantil, el Estado tiene la posibilidad de impugnar esta conclusión atendiendo a la finalidad del contrato o acuerdo<sup>27</sup>

43. La finalidad de un contrato estará casi siempre determinada de modo unilateral, conforme a la práctica del Estado demandado, según ha señalado el Reino Unido en su comentario sobre el párrafo 2 del artículo 3. En realidad, el doble criterio está destinado a ofrecer una protección adecuada a los países en desarrollo en sus esfuerzos de desarrollo económico nacional. La necesidad de la disposición es innegable, pero podría lograrse un criterio más equilibrado mediante la fórmula sugerida para el párrafo 3 del nuevo artículo 2 propuesto (*ibid.*):

«Para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato; pero si un acuerdo internacional entre los Estados interesados o un contrato escrito entre las partes estipula que el contrato tiene un fin público gubernamental, ese fin deberá tenerse en cuenta para la determinación del carácter no mercantil del contrato.»

44. El Relator Especial celebraría que la Comisión le diera nuevas indicaciones respecto del nuevo artículo 11 *bis* propuesto (*ibid.*, párr. 122), dado que la cuestión de que se trata es de importancia capital.

45. Con respecto al artículo 13, tal como indicaba el anterior Relator Especial en su quinto informe<sup>28</sup>, las disposiciones pertinentes de instrumentos de codificación recientes prevén la denegación de la inmunidad en caso de hechos ilícitos de Estados extranjeros que causan la muerte, lesiones corporales o materiales o pérdida de bienes. Estas disposiciones suelen exigir la jurisdicción territorial para que sea aplicable la excepción en caso de delito o cuasidelito. En consecuencia, la segunda condición territorial del artículo puede suprimirse.

46. Por lo que se refiere a la cuestión de la responsabilidad de los Estados, la ilicitud del hecho o de la omisión

no está determinada por referencia a las normas de derecho internacional. Según el comentario al artículo 13 (anteriormente artículo 14), «esta excepción a la regla de la inmunidad sólo se aplica en los casos o circunstancias en que el Estado interesado habría sido responsable en virtud de la *lex loci delicti commissi*»<sup>29</sup>. En otras palabras, que la ley aplicable es en principio la ley del Estado del foro.

47. En un asunto célebre y aparentemente excepcional, *Letelier c. República de Chile* (1980), relacionado con el homicidio de un ex Embajador de Chile ante los Estados Unidos de América, se interpuso una acción contra Chile ante un tribunal de los Estados Unidos con arreglo a la sección 1605 *a* (5) de la *United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*. Chile reivindicó la inmunidad soberana fundándose en que el hecho constituía un acto público de asesinato político. El tribunal, no obstante, decidió que cabía afirmar la jurisdicción sobre un Estado extranjero por sus actos públicos ilícitos. A veces un Estado no puede, por consideraciones políticas, sustanciar un procedimiento a base de las normas sobre la responsabilidad de los Estados previstas por el derecho internacional, pero no se puede decir que sea más apropiado que la víctima recurra al tribunal local contra un Estado extranjero con arreglo a la ley del Estado del foro.

48. Además, si bien el artículo 13 contempla la lesión a la integridad física de la persona y los daños tangibles a los bienes, puede aducirse que su ámbito es demasiado amplio para contar con el apoyo de un número suficiente de Estados en su actual formulación. La intención de la Comisión, según se refleja en su comentario, es que el artículo 13 contemple principalmente los accidentes que se producen ordinariamente en el territorio del Estado del foro. Este artículo fue restablecido a su forma actual en 1984, después de haber sido sustituido por el anterior Relator Especial por una disposición que circunscribía su aplicación a los accidentes del tráfico, para los cuales se podía recurrir normalmente a la protección de un seguro. En todo caso, la Comisión debe reconsiderar el ámbito de este artículo teniendo en cuenta el hecho de que hasta ahora las demandas de reparación relacionadas con infracciones criminales rara vez se han encontrado en la práctica. Si se redujera de tal modo el alcance del artículo, el proyecto de artículo 6 *bis* (véase párr. 39 *supra*) podría ser de interés como factor de transacción.

49. Varios países, tales como los Estados Unidos, el Reino Unido, Singapur y Sudáfrica, cuentan en la actualidad con legislación respecto a cuasidelitos en materia no comercial. No obstante, casi todos los asuntos judiciales sustanciados antes de la promulgación de esa legislación se referían a accidentes de la circulación, y el Relator Especial tiene entendido que el asunto *Letelier* puede ser el único caso en que la excepción por atentado contra la integridad física de las personas haya dado por resultado la inadmisión de la inmunidad. Por eso el Relator Especial desea obtener el parecer de la Comisión acerca de la cuestión de si, restringiendo el alcance del artículo 13 a los accidentes del tráfico, podría resultar más aceptable.

50. Algunos gobiernos de países en desarrollo han formulado objeciones al artículo 15 por considerar que tendrían efectos perjudiciales para el crecimiento y desarrollo

<sup>27</sup> *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 39, párr. 2 del comentario al párrafo 2 del artículo 3.

<sup>28</sup> *Anuario* 1983, vol. II (primera parte), pág. 27, documento A/CN.4/363 y Add.1.

<sup>29</sup> *Anuario* 1984, vol. II (segunda parte), pág. 69, párr. 2 del comentario.

económicos de sus países. En general, opinan que abstenerse de promulgar una legislación que proteja la propiedad industrial o intelectual es compatible con los intereses nacionales, puesto que la reproducción libre de cualquier adelanto tecnológico en sus países podría ser beneficioso para la sociedad en general. Puede aducirse que la protección de los derechos de propiedad intelectual es una de las condiciones importantes para la expansión de la actividad comercial mundial.

51. El artículo 15 no afecta de por sí, en modo alguno, la competencia de un Estado para seleccionar y llevar a la práctica su propia política dentro de su territorio. En realidad, establece dos restricciones territoriales específicas para que la excepción propuesta a la inmunidad del Estado pueda aplicarse. En primer lugar, la infracción que se alega debe haber ocurrido dentro del territorio del Estado del foro, y en segundo lugar, el asunto debe tratarse de derechos protegidos en el Estado del foro. Por consiguiente, en virtud del artículo 15, un tribunal interno no tiene competencia para decidir acerca de una infracción ocurrida fuera del territorio del Estado del foro. A este respecto, la observación del Gobierno de México sobre el apartado *a* (véase A/CN.4/415, párr. 160) es muy pertinente y proporciona una interpretación correcta del artículo.

52. El Relator Especial propuso en su informe preliminar que se suprimiesen las palabras «no gubernamental» en el artículo 18 (*ibid.*, párr. 191). Si se mantienen, los párrafos 1 y 4 podrían interpretarse en el sentido de que un buque de propiedad del Estado y utilizado para un servicio comercial goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de otro Estado. Así, mientras que todos los buques comerciales explotados en virtud de un sistema de comercio estatal pueden invocar la inmunidad, los barcos comerciales explotados con arreglo al sistema de la libre empresa, tanto si pertenecen a Estados industrialmente adelantados como a Estados en desarrollo, estarían sujetos a la jurisdicción local. Una consecuencia jurídica tan desigual es totalmente inaceptable para un número apreciable de Estados. La supresión de las palabras «no gubernamental» estaría en consonancia con la tendencia general en las convenciones internacionales, tales como la Convención de Bruselas de 1926 sobre la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados, la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, de 1958 (art. 22), y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982 (arts. 31 y 32).

53. A este propósito, dos gobiernos han señalado que sería conveniente introducir en los proyectos de artículos el concepto de propiedad del Estado separada, con objeto de resolver el problema relacionado con los buques de propiedad del Estado o los buques explotados por el Estado para un servicio comercial. Habida cuenta de estas observaciones y de la necesidad de una nueva disposición semejante al proyecto de artículo 11 *bis* propuesto en su informe preliminar, sugiere que se incorpore en el artículo 18 el siguiente nuevo párrafo 1 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26):

«Si una empresa estatal, sea un organismo o una entidad distinta del Estado, explota un buque de propiedad del Estado y destinado a un servicio comercial por cuenta del Estado y si, en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado, los litigios relativos a la explotación de ese buque corresponden a la jurisdicción del tribunal de otro Estado, se entenderá que aquel Estado ha consentido en el ejercicio de esa jurisdicción en un proceso relativo a la explotación de ese buque, a

menos que la empresa estatal, con derecho a poseer bienes de Estado separados y a disponer de ellos, tenga capacidad para demandar o ser demandada en ese proceso.»

Aunque la redacción de este párrafo difiere de la del proyecto de artículo 11 *bis*, no se pretende ningún cambio de fondo, y el Relator Especial confía en que se hará el ajuste necesario en el Comité de Redacción.

54. Un gobierno ha sugerido que la Comisión considere la cuestión de las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por el Estado para servicio comercial. Como señaló en su segundo informe (*ibid.*, párr. 28), esta materia se rige por los tratados internacionales sobre la aviación civil, entre ellos el Convenio sobre la reglamentación de la navegación aérea (París, 1919), el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Varsovia, 1929), el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves (Roma, 1933), el Convenio sobre aviación civil internacional (Chicago, 1944) y el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 1952). El Relator Especial se inclina por la opinión de que, aparte de estos tratados, no hay una regla uniforme de derecho internacional consuetudinario concerniente a la inmunidad de las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por el Estado. Además, hay pocos asuntos judiciales de interés que puedan constituir práctica de los Estados. El orador sugeriría, pues, que la cuestión de las aeronaves se estudie con arreglo al criterio expuesto en su informe, en el comentario, en vez de insertar una disposición especial en el artículo 18.

55. Con respecto a las dos alternativas entre corchetes del artículo 19, la expresión «negocio civil o mercantil» es preferible a la de «contrato mercantil». Si el fundamento que sirve de base al artículo es el consentimiento implícito, no hay razón para denegar la inmunidad en los casos en que media un acuerdo de arbitraje aduciendo una excepción como la de un contrato mercantil. Además, la mención de «negocio civil» parece tener la ventaja de no excluir asuntos como el arbitraje de controversias nacidas del salvamento de un buque y que podrían no considerarse como exclusivamente mercantiles.

56. En cuanto a la mención de un tribunal, el artículo 19 emplea las palabras «ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente», mientras que la propuesta original del anterior Relator Especial decía «por un tribunal de otro Estado en cuyo territorio de acuerdo con cuya ley se haya realizado o vaya a realizarse el arbitraje» (*ibid.*, párr. 33). El Relator Especial prefiere esta última fórmula. Aunque a veces se dice que el arbitraje es un procedimiento particular de solución de controversias distinto de la solución por vía judicial, los tribunales ordinarios han aportado su apoyo al arbitraje. A la vista de esta práctica jurídica, el artículo 19 introduce en el proyecto el principio de la denegación de la inmunidad del Estado ante los tribunales nacionales en los procedimientos relacionados con el arbitraje, aun cuando una de las partes sea un Estado extranjero. Naturalmente, las modalidades de esta función de supervisión por los tribunales nacionales puede variar según las normas aplicables de cada ordenamiento jurídico interno. Con arreglo al artículo 19, la supervisión del arbitraje se extiende a las cuestiones relacionadas con el compromiso arbitral, tales como la interpretación y la validez de ese compromiso, el procedimiento arbitral y la



revocación de los laudos arbitrales. Alguna legislación interna específica que un laudo puede ser revocado por razones de orden público. En el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958, se dispone que la revocación de un laudo sólo puede ser decidida por un tribunal del Estado en donde haya tenido lugar el arbitraje.

57. Acerca de la cuestión del alcance de las actuaciones judiciales que entrañan el ejercicio de la jurisdicción de supervisión por un tribunal de otro Estado, un Gobierno ha sugerido que se agregue en el apartado c del artículo 19 una referencia al «reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral» (*ibid.*, párr. 35).

58. Salvo una excepción, las leyes recientes no consideran el hecho de que un Estado se someta al arbitraje como una renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de la ejecución, pero el Relator Especial no ha tenido la oportunidad de estudiar la parte pertinente de las recientes reservas de los Estados Unidos en relación con este punto. En la práctica de los Estados, parece que se han manifestado dos opiniones contrapuestas acerca de si, al concertar un compromiso de arbitraje, un Estado no puede hacer valer su inmunidad en un procedimiento relativo a la ejecución de un laudo arbitral dictado contra él. En opinión del Relator Especial, la ejecución de los laudos arbitrales se trata correctamente en el proyecto de artículos, no obstante la observación de Australia en la que se sugiere la necesidad de una formulación más explícita (*ibid.*, párr. 37 al final).

59. Si se enfoca la cuestión desde el punto de vista de que la demanda de ejecución no tiene ninguna utilidad más que la de constituir un primer paso hacia la ejecución, la excepción de inmunidad del Estado podría invocarse en el procedimiento dirigido a obtener la orden preliminar en la medida en que el Estado no ha dado su consentimiento para someterse a la jurisdicción de los tribunales con respecto a la ejecución propiamente dicha. Por otra parte, si se considera, estableciendo una distinción entre el reconocimiento de un laudo y su ejecución, que el reconocimiento es el complemento natural del carácter obligatorio de todo compromiso arbitral y no debe estar expuesto a consideraciones de inmunidad soberana, la inmunidad sería aplicable al proceso de ejecución pero no a la etapa anterior, que es la del reconocimiento del laudo arbitral.

60. En relación con esta cuestión, los tribunales franceses establecen una distinción estricta entre el reconocimiento de los laudos arbitrales y la ejecución efectiva de éstos (*ibid.*, párr. 40). El método de tratar las demandas de ejecución de laudos arbitrales contra un Estado extranjero puede ser propio de Francia, pero ofrecerá a la Comisión una orientación útil para reexaminar la cuestión. Por consiguiente, el Relator Especial sugiere que, para incluir el caso en que el Estado del foro adopte una legislación interna que admita el mismo criterio que el tribunal francés, la Comisión podría agregar un nuevo apartado d al artículo 19 que diga: «al reconocimiento del laudo», en la inteligencia de que no debe interpretarse en el sentido de que suponga la renuncia a la inmunidad de ejecución.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2115.ª SESIÓN

*Jueves 8 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)** (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/415<sup>2</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

### SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS<sup>4</sup> EN SEGUNDA LECTURA (*continuación*)

1. El Sr. OGISO (Relator Especial), continuando la presentación de su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1), resume las observaciones y comentarios recibidos de los gobiernos con respecto a la parte IV del proyecto de artículos (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas en lo que concierne a sus bienes).

2. Aunque la mayoría de los gobiernos consideran que la inmunidad con respecto a las medidas coercitivas es distinta de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, algunos juristas aducen que ofrecer a los demandantes la posibilidad de intentar una acción contra un Estado extranjero para privarles luego, por la acción de la inmunidad de ejecución, de los beneficios de su acción cuando obtienen una decisión favorable, equivale a exponerles a la doble decepción de un fallo inejecutable y de unos gastos onerosos. El Gobierno suizo observa que el proyecto de artículos se aparta sensiblemente en este punto del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972. De todos modos, el régimen establecido por este Convenio, que se basa en la obligación de los Estados contratantes de respetar voluntariamente los fallos pronunciados contra ellos, es difícil de transponer sin más modificación. Aparte de la renuncia a la inmunidad, la *State Immunity Act 1978* del Reino Unido autoriza la ejecución de las sentencias y de los laudos arbitrales sobre los bienes utilizados o destinados a ser utilizados con fines comerciales. La *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos establece como norma general la inmunidad respecto de las medidas de ejecución, y prevé cierto núme-

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31.

ro de excepciones relativas todas ellas a los bienes comerciales. En los países europeos, la tendencia general es la de permitir la ejecución respecto de bienes comerciales, pero no respecto de bienes destinados a fines públicos. El artículo 21 del proyecto va en este sentido. Queda por estudiar si la frase «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso» al final del apartado a, debe suprimirse, como sugieren varios gobiernos, lo cual tendría más en cuenta la práctica europea. Si no se acepta esta sugerencia, podría agregarse al comienzo del artículo la cláusula «Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa», de modo que se atiendan en parte las preocupaciones de los partidarios de la supresión de aquella frase.

3. El apartado a del párrafo 1 del artículo 23 concierne a las cuentas bancarias del Estado, que están a menudo comprendidas en las medidas restrictivas. Cabría concebir estas cuentas como activos comerciales por naturaleza o, por el contrario, considerar que la simple posibilidad de una utilización futura con fines públicos basta para fundar la inmunidad, pero estos dos puntos de vista son un tanto extremos. En lo que se refiere a los fondos depositados en cuentas bancarias colocadas bajo el control de misiones diplomáticas o consulares, se los considera destinados a un fin público y gozan, por tanto, de la inmunidad. De todos modos, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, no regula expresamente la cuestión general de las cuentas bancarias, y el apartado d de que se trata, tal como está actualmente redactado, parece corresponder bastante fielmente al derecho consuetudinario. El único punto que queda por resolver es el de las cuentas de los bancos centrales. Contrariamente al Tribunal de Apelación británico, que denegó la inmunidad en dos ocasiones en un caso semejante, la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos otorga la inmunidad de embargo y de ejecución a los activos poseídos por un banco central o por una autoridad monetaria extranjera. Teniendo en cuenta las observaciones de la República Federal de Alemania y las disposiciones de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, el Relator Especial propone que se modifique el apartado c del párrafo 1 del proyecto de artículo 23 del modo siguiente: «los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado que estén situados en el territorio de otro Estado y que sirvan para fines monetarios».

4. En lo que concierne al artículo 28, el Relator Especial ha indicado ya que cabría pensar en suprimirlo si se adoptase el nuevo artículo 6 *bis* propuesto (véase 2114.ª sesión, párr. 39). En efecto, el artículo 28 ha sido criticado por varios gobiernos por considerar que puede dar lugar a interpretaciones diferentes. Por otra parte, los dos gobiernos que han formulado críticas con respecto al apartado a del párrafo 2 se fundan en interpretaciones opuestas de la frase «aplique restrictivamente cualquiera de las disposiciones de los presentes artículos»: uno teme que esta expresión sea interpretada abusivamente en el sentido de restringir la norma general de la inmunidad de los Estados; el otro, por el contrario, teme que pueda interpretarse como restricción del alcance de las excepciones a la norma.

5. Se advertirá que el apartado b del párrafo 2 del artículo 28 («que, por acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato diferente del...») se separa ligeramente del texto del apartado b del párrafo 2 del artículo 47 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas

(«que, ... los Estados se concedan recíprocamente un trato más favorable...»), lo que traduce la diferencia de naturaleza entre los dos instrumentos. El Relator Especial insta a la Comisión a medir bien las consecuencias jurídicas de esta disposición antes de decidirse a adoptarla.

6. El Sr. CALERO RODRIGUES pide al Relator Especial que aclare si propone en realidad nuevas modificaciones a la redacción de los proyectos de artículos.

7. El Sr. OGISO (Relator Especial) responde que, aunque la mayor parte de las modificaciones que él propone son adiciones al texto, algunas pueden tener repercusiones en los artículos anteriormente aprobados; así, la adopción del nuevo artículo 6 *bis* propuesto supondría la supresión del artículo 28, que hasta ahora no había sido propuesta.

8. El Sr. KOROMA señala, a título de observación general sobre el proyecto de artículos, que aunque los textos de leyes y los ejemplos de jurisprudencia citados en el segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1) puedan dar la impresión de que la doctrina de la inmunidad absoluta ha sido abandonada, esta doctrina sigue siendo la de la inmensa mayoría de los Estados de Asia, Africa y América Latina. Añade que en una cuestión de tal naturaleza, son las tesis de los Estados y no las decisiones de los tribunales internos las que han de constituir las fuentes principales del derecho. El Sr. Koroma había pedido, por otra parte, al anterior Relator Especial que utilizara como fuente no solamente las decisiones de los tribunales, sino también los argumentos invocados ante éstos por los Estados demandados.

9. Por último, querría saber si el Relator Especial tiene la intención de que el nuevo artículo 6 *bis* propuesto vaya a reemplazar al artículo 6, en cuyo caso cabe preguntarse qué es lo que va a quedar del principio de la inmunidad jurisdiccional.

10. El Sr. OGISO (Relator Especial) responde que él propone que se suprima en el artículo 6 la frase entre corchetes y que se añada el artículo 6 *bis* al texto modificado.

11. El Sr. BENNOUNA querría que, en la fase de la segunda lectura del proyecto de artículos, la Comisión evite entrar nuevamente en un debate general que carecería de interés teórico y sólo serviría para comprometer el progreso de sus trabajos. Lo que la Comisión debe hacer ahora es examinar los proyectos de artículos aprobados en primera lectura para decidir los cambios que hay que hacer en ellos habida cuenta de las observaciones formuladas por los gobiernos, y orientar los trabajos del Comité de Redacción, que tendrá que ultimar el texto definitivo en 1990.

12. El Sr. SHI dice que el tema objeto de debate es muy delicado, pues afecta a la soberanía, a la igualdad soberana y a los intereses de los Estados. El anterior Relator Especial, en su segundo informe<sup>5</sup>, señalaba que el principio de la inmunidad de los Estados estaba establecido en el derecho internacional consuetudinario. No obstante, existen dos corrientes opuestas, la de la inmunidad absoluta y la de la inmunidad limitada, cada una de las cuales responde a la práctica de determinados países, siendo la primera la que refleja la práctica de la gran mayoría de

<sup>5</sup> Anuario... 1980, vol. II (primera parte), pág. 209, documento A/CN.4/331 y Add.1.

los Estados. Desde hace unos decenios, se constata en algunos países, especialmente los países occidentales desarrollados, una tendencia a preferir el principio de la soberanía limitada. Si no se logra conciliar ambos puntos de vista, el problema puede repercutir negativamente en las relaciones políticas y económicas entre los Estados.

13. Como ejemplo, el Sr. Shi cita el asunto *Jackson et al. c. República Popular de China* (1982), que se planteó ante el tribunal federal del distrito de Alabama, y cuyo desarrollo explica detalladamente. Algunos ciudadanos norteamericanos, invocando la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, querían obligar al Gobierno chino a redimir bonos emitidos por China antes de 1949. El Gobierno chino, por su parte, señaló al Gobierno de los Estados Unidos el carácter absoluto de su inmunidad soberana y rechazó la citación. Se dictó fallo en ausencia, y los demandantes trataron de promover un procedimiento de embargo o ejecución forzosa, ante lo cual el Gobierno chino hizo saber al Departamento de Estado de los Estados Unidos que si los bienes de la China en los Estados Unidos se incautaban judicialmente, el Gobierno chino se reservaba el derecho a tomar contramedidas. Tras celebrarse conversaciones entre las delegaciones jurídicas de los dos Gobiernos y tras otras peripecias, el asunto se sobreesió en virtud de la irretroactividad de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*. Otros demandantes, en asuntos análogos ante otros tribunales de los Estados Unidos, retiraron también sus demandas. De todo ello se desprende que de no haber sido por la moderación del Gobierno chino y la efectiva cooperación del Gobierno de los Estados Unidos, la oposición entre los dos conceptos de la inmunidad soberana de los Estados habría tenido consecuencias difíciles de prever.

14. El ejemplo citado demuestra que la Comisión ha de buscar una fórmula de transacción en la que se establezca el debido equilibrio entre las dos doctrinas. Desgraciadamente, los proyectos de artículos aprobados en primera lectura se inspiran fundamentalmente en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, y en la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos, y no puede decirse que constituyan manifestación del derecho internacional general y de la práctica de la gran mayoría de los Estados. Por consiguiente, el Sr. Shi está en desacuerdo con la opinión formulada por el Relator Especial en su segundo informe, que dice:

ya no se puede sostener que la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados sea una norma universalmente obligatoria del derecho internacional consuetudinario. En realidad, [...] la doctrina de la inmunidad absoluta sigue siendo la norma que observan los Estados que no han accedido a su modificación\* [...] (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 10).

De hecho, la norma consuetudinaria de la inmunidad soberana no es únicamente válida para las relaciones entre los Estados partidarios de la doctrina de la inmunidad absoluta, sino también para sus relaciones con los Estados de la corriente opuesta, y la doctrina «restrictiva» sólo puede aplicarse a las relaciones entre los Estados que la mantienen. Pero ello conlleva una polémica interminable, cuando de lo que se trata, por el contrario, es de adoptar una actitud conciliadora.

15. Considerados desde esa perspectiva, los proyectos de artículos que la Comisión tiene ante sí deberán modificarse para ser aceptables para el conjunto de la comunidad internacional. En efecto, los miembros de esa comunidad se caracterizan por su gran diversidad política, económica

y social, jurídica y técnica. Y no les basta con la coexistencia; es necesario que esa coexistencia se desarrolle en paz, armonía y buena vecindad, por no mencionar las necesidades derivadas de las relaciones económicas. Por consiguiente, el proyecto debe fortalecer el principio de la inmunidad del Estado, conforme a la soberanía y a la igualdad soberana de los Estados, tener en cuenta los intereses de los Estados y adaptarse a sus diversos regímenes económicos, sociales y jurídicos. Sólo orientando en ese sentido la segunda lectura podrá alcanzarse el objetivo apetecido, que es, como dice el Gobierno de China en sus observaciones y comentarios,

establecer el debido equilibrio entre la limitación y prevención de los abusos del procedimiento judicial nacional contra los Estados soberanos extranjeros y el establecimiento de medios razonables y equitativos de resolución de las controversias, en forma que contribuya a salvaguardar la paz mundial y a facilitar la cooperación económica internacional y los contactos amistosos entre los pueblos. [...] (A/CN.4/410 y Add.1 a 5.)

16. Tras esas consideraciones generales, el Sr. Shi, abordando analíticamente los proyectos de artículos, observa que el Relator Especial tiene la intención de refundir en un texto único los artículos 2 y 3, solución que el orador considera perfectamente aceptable. Observa igualmente que en el apartado *b* del párrafo 1 del nuevo artículo 2 (A/CN.4/415, pág. 29) se intenta precisar lo que se entiende por «Estado», pero que las expresiones empleadas («diversos órganos de gobierno», «subdivisiones políticas del Estado», «organismos o entidades del Estado») no se definen, y que las explicaciones que se dan en el comentario sobre el artículo 3<sup>6</sup> no son suficientes. En cualquier caso, para algunos países, y especialmente para los países socialistas, es importante que las empresas estatales no queden englobadas en la definición de la palabra «Estado», circunstancia que debe deducirse del enunciado del artículo.

17. El inciso ii) del apartado *c* del párrafo 1 del nuevo artículo 2 es superfluo. La práctica constante desde la segunda guerra mundial demuestra que en las transacciones financieras entre los gobiernos y las instituciones financieras privadas extranjeras se prevé casi sistemáticamente la renuncia de los gobiernos a su inmunidad. Esta práctica seguirá vigente con independencia de la suerte que corra la futura convención, porque los bancos y otras instituciones financieras privadas ven en ella una forma de proteger sus derechos e intereses; en lo tocante a las obligaciones emitidas por un Estado, dicha práctica protege también al tenedor, fortaleciendo al mismo tiempo la solvencia del gobierno emisor.

18. En el párrafo 3 del nuevo artículo 2 se trata de establecer la naturaleza mercantil del contrato buscando un equilibrio entre su naturaleza y su finalidad. Se atribuye, sin embargo, más importancia a la naturaleza del contrato, dado que, según la disposición propuesta, la finalidad sólo se tendrá en cuenta si así se estipula en un acuerdo internacional o en un contrato entre las partes. Ello entraña, ciertamente, un retroceso en relación con el texto anterior (párr. 2 del antiguo artículo 3).

19. La parte II del proyecto (Principios generales) es una codificación del principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes, y su disposición fundamental es el artículo 6, donde se reafirma la norma general de la inmunidad del Estado. El artículo es aceptable en su

<sup>6</sup> *Anuario...* 1986, vol. II (segunda parte), pág. 14.

forma actual, siempre que se suprima la frase entre corchetes «y en las normas pertinentes del derecho internacional general». Las palabras «según lo dispuesto en los presentes artículos», que la preceden inmediatamente, hacen superflua la frase entre corchetes, que induce a confusión y priva de sentido al proyecto en su conjunto. En efecto, ¿cuáles son esas otras «normas pertinentes del derecho internacional general»? Y si existen, ¿por qué no están incluidas en el proyecto? El nuevo artículo 6 *bis*, que el Relator Especial propone para sustituir la mencionada frase (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17), podría ser una solución, a condición de que se redujeran al mínimo las excepciones previstas en los artículos 11 a 19.

20. La parte III del proyecto suscita dos observaciones de carácter general. La primera es que la naturaleza misma de la inmunidad del Estado hace preferible el título de «Excepciones a la inmunidad del Estado» al de «Limitaciones de la inmunidad del Estado». La segunda es que esas excepciones, consecuencia necesaria del estado actual de las relaciones económicas y comerciales internacionales, deben mantenerse al nivel mínimo que la realidad justifica.

21. En el artículo 11 figuran las excepciones relativas a los contratos mercantiles. Habida cuenta del número cada vez mayor de Estados que realizan actividades mercantiles, es inevitable que se originen controversias en esa esfera entre Estados y particulares extranjeros, y la falta de medios jurídicos para solucionar esas controversias pondrá a los particulares en una posición de desventaja ante Estados soberanos, lo que sólo puede repercutir desfavorablemente en la circulación internacional de bienes, servicios y recursos financieros. Por consiguiente, el artículo 11 es perfectamente adecuado en la medida en que hace de los contratos mercantiles excepciones a la inmunidad de los Estados, lo que sería aceptable acompañado de una reserva enunciada así: «a condición de que el contrato mercantil tenga un vínculo territorial apreciable con el Estado del foro»; ésa era, por lo demás, la propuesta del anterior Relator Especial en 1983<sup>7</sup>. Considera esa reserva indispensable, dada la falta de precisión de la expresión «en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado», por no mencionar la heterogeneidad de las normas de conflicto. Incluso la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos prevé ese «vínculo territorial».

22. Por otro lado, al formular la excepción prevista en el artículo 11, hay que tener en cuenta que los sistemas económicos, sociales y jurídicos de los Estados distan mucho de ser idénticos; algunos, por ejemplo, atribuyen al Estado funciones mercantiles que otros no consideran como tales. Esta confusión hace que a menudo sea difícil, en caso de litigio, identificar al demandado, y que a veces el demandante recurra a medios de derecho interno para atacar en un mismo asunto al Estado mismo y a la empresa estatal en virtud de su presunta identidad. Razón de más para consagrar la noción de «bienes de Estado separados», como hace el Relator Especial en el nuevo artículo 11 *bis* propuesto (A/CN.4/415, párr. 122).

23. Con todo, ese artículo 11 *bis* no debe definir únicamente la noción de bienes de Estado separados: también es necesario que exima al Estado extranjero soberano de la obligación de invocar su inmunidad con ocasión de una controversia derivada de un contrato mercantil entre una

empresa estatal con bienes separados y personas extranjeras. La excepción tiene también importancia para los países en desarrollo, dados los gastos exorbitantes que conlleva ese tipo de procesos.

24. Habida cuenta de esas consideraciones, el Sr. Shi propone, con carácter provisional, la siguiente redacción del nuevo artículo 11 *bis*:

«1. Si una empresa estatal celebra con una persona física o jurídica extranjera un contrato mercantil, y si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a ese contrato mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, el Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso basado en ese contrato mercantil, a menos que la empresa estatal sea una entidad jurídica distinta del Estado con derecho a poseer una parte separada determinada de los bienes de Estado y a usar y disponer de ella, con sujeción a las mismas normas de responsabilidad en materia de contratos mercantiles que las personas físicas o jurídicas, y que el Estado no sea de ningún modo responsable, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, de las obligaciones que aquélla haya contraído.

»2. En cualquier proceso basado en un contrato mercantil, de la índole a que se refiere el párrafo anterior, un certificado firmado por el representante diplomático u otra autoridad competente del Estado cuya nacionalidad posea la empresa estatal y enviado directamente al ministerio de relaciones exteriores para que éste lo transmita al tribunal constituirá prueba fehaciente de la naturaleza de la empresa estatal.»

25. El artículo 12, relativo a los contratos de trabajo, no tiene cabida en el proyecto, como han sugerido algunos gobiernos. Por lo demás, el anterior Relator Especial, en su quinto informe<sup>8</sup>, había señalado a la atención de la Comisión la escasez de decisiones judiciales y de ejemplos de práctica estatal en esa esfera concreta. Se trata, por consiguiente, de una excepción que no corresponde a una necesidad.

26. Al establecer el principio de la no inmunidad del Estado ante una acción de indemnización por causa de lesiones a las personas o daños a los bienes, el artículo 13 tiene por objeto proteger mejor a los particulares, lo que es perfectamente comprensible. Sin embargo, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, consagra la inmunidad de los agentes diplomáticos en el Estado receptor. El orador se pregunta si el Estado no debe disfrutar de la misma inmunidad que sus agentes. En segundo lugar, el artículo 13 recomendado es la negación misma del principio de la inmunidad jurisdiccional del Estado, en la medida en que no distingue entre el acto soberano y el acto de derecho privado, como exigiría la doctrina restrictiva. En tercer lugar, la atribución a un Estado de una acción u omisión ilícita es propia de la esfera de la responsabilidad internacional del Estado, y aceptar que una jurisdicción interna pueda inculpar a un Estado extranjero sería contrario a los principios de la soberanía y la igualdad soberana de los Estados. El anterior Relator Especial, por su parte, reconocía en su quinto informe que el derecho internacional consuetudinario no

<sup>7</sup> *Anuario...* 1983, vol. I, pág. 326, 1806.ª sesión, párr. 73.

<sup>8</sup> *Anuario...* 1983, vol. II (primera parte), pág. 27, documento A/CN.4/363 y Add.1.

prevé el ejercicio de la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se comete un acto ilícito cuando ese acto es atribuible a un Estado extranjero. Por consiguiente, es evidente que el artículo 13 no tiene otro fundamento jurídico que la legislación recientemente adoptada por algunos países. Por último, como señalaba la secretaría del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano en un memorando a la Asamblea General en su trigésimo séptimo período de sesiones, en 1982, hacer de las lesiones a las personas o los daños a los bienes excepciones a la inmunidad del Estado originaría un torrente de acciones contra los gobiernos y sería una herida siempre abierta en las relaciones entre los Estados.

27. Por todas las razones citadas, conviene suprimir el artículo 13. Ello no significa privar de todo recurso a los particulares, pero sería mejor, como se ha dicho en anteriores períodos de sesiones, que fueran los gobiernos pertinentes quienes solucionaran, por vía diplomática, los casos previstos en el artículo. Los accidentes de circulación, por su parte, están cubiertos por los correspondientes seguros.

28. El Relator Especial propuso que se suprimieran los apartados *b* a *e* del párrafo 1 del artículo 14 (propiedad, posesión y uso de bienes), y adujo al respecto razones convincentes. En primer lugar, las disposiciones de los apartados *c* a *e* son propias de la práctica de los países de *common law* y a veces del todo ajenas a otras tradiciones jurídicas. En segundo lugar, existe el peligro de que se interprete que abren camino a una jurisdicción extranjera incluso cuando no hay vínculo alguno entre el bien y el Estado del foro. Como señala el Relator Especial, la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos no prevé nada análogo a esas disposiciones.

29. El artículo 16 (Cuestiones tributarias) es totalmente inaceptable. Su texto permitiría a los Estados promover ante sus tribunales acciones contra otros Estados para el cobro de impuestos o gravámenes; aprobarlo sería contrario a la noción misma de soberanía e igualdad soberana de los Estados.

30. En lo tocante al artículo 18, el Relator Especial recomendó la supresión de las palabras «no gubernamentales» al final del párrafo 1 y que se añadiera un nuevo párrafo 1 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26). El orador puede aceptar esa supresión y no tiene nada en contra del nuevo texto, siempre que sea objeto de algunas modificaciones formales. Como dice también el Relator Especial, es inútil prever una disposición concreta relativa a las aeronaves: el Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional, de 1944, firmado por la mayoría de los Estados, establece una distinción suficientemente clara entre las aeronaves de propiedad del Estado y las aeronaves civiles. Por lo demás, una gran mayoría de las compañías aéreas son empresas estatales, y no parece que se haya planteado nunca el problema de la inmunidad de jurisdicción.

31. A propósito del artículo 19, relativo a los efectos de un compromiso arbitral entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera, el orador pone de relieve que los tribunales de algunos países pueden ejercer algún tipo de control sobre el arbitraje mercantil, y que en consecuencia cabe interpretar que el consentimiento del Estado al arbitraje equivaldría a consentir ese control ejercido por una jurisdicción de otro Estado. Por consiguiente, es importante precisar si esta excepción a la inmunidad debe

aplicarse al arbitraje de controversias relativas a «un contrato mercantil» o a «un negocio civil o mercantil», expresión esta última que parece ampliar el alcance de la excepción. Como de lo que se trata precisamente es de limitar las excepciones, el Sr. Shi es partidario de restringir el alcance del artículo 19 a los contratos mercantiles tal como se definen en el apartado *c* del nuevo artículo 2 (A/CN.4/415, párr. 29). Acepta, por lo demás, la propuesta del Relator Especial de añadir un nuevo apartado *d* al artículo 19 relativo al reconocimiento del laudo arbitral, siempre que el texto no pueda interpretarse como una renuncia a la inmunidad de las medidas de embargo y ejecución.

32. Por lo que se refiere al artículo 20 (Casos de nacionalización), es evidente que las medidas de nacionalización adoptadas por un Estado en su propio territorio son un acto del Estado y no pueden englobarse en las excepciones a su inmunidad. Sin embargo, el artículo 20 dista mucho de estar claro: ¿constituye o no una excepción? Si lo es, ¿qué conclusiones cabe extraer? Y si no lo es, ¿qué hace este texto en la parte III del proyecto? En cualquier caso, el orador no comparte la interpretación del artículo expuesta por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 41). Además, hay pocas posibilidades de que los Estados acepten el artículo; vale más suprimirlo, o en todo caso ubicarlo en la introducción del proyecto, como sugieren algunos gobiernos.

33. El Sr. Shi reconoce la importancia de la parte IV del proyecto (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas en lo que concierne a sus bienes): el principio en ella establecido constituye, en la medida en que se distingue del de la inmunidad jurisdiccional del Estado, un contrapeso esencial a las excepciones a la inmunidad enunciadas en la parte III. En efecto, se establece que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no entraña una renuncia a la inmunidad de ejecución, de lo que se sigue que las excepciones a la inmunidad jurisdiccional previstas en el proyecto no conllevan la falta de inmunidad respecto de las medidas coercitivas. Ahora bien, cabe señalar que la actual redacción del artículo 21, y especialmente de su apartado *a*, limita considerablemente el principio de inadmisibilidad de las medidas coercitivas respecto de los bienes del Estado. Concretamente, el Sr. Shi no puede aceptar las recomendaciones del Relator Especial, formuladas a la luz de las opiniones de algunos gobiernos, que conduzcan a suprimir las palabras «no gubernamentales» y «guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso». Esas supresiones tendrían el deplorable efecto de limitar el principio de la inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas más aún de lo que se limita, por ejemplo, en la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos. La modificación del apartado *a* en los términos propuestos por el Relator Especial enturbiaría las relaciones entre los Estados, especialmente en caso de ejecución de fallos en ausencia.

34. Según el Sr. Shi, el artículo 21, primero de la parte IV, debería enunciar expresa y explícitamente el principio de la inmunidad de los Estados respecto de medidas coercitivas en lo que concierne al uso de sus bienes, y su redacción debería inspirarse en el artículo 23 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, con el añadido de algunos elementos del artículo 22 del presente proyecto de artículos. El párrafo 1 del artículo 21 sería entonces del tenor siguiente:

«1. No se podrán tomar medidas coercitivas, incluida cualquier medida de embargo y ejecución, contra los bienes de un Estado en el territorio de otro Estado salvo que el Estado haya consentido en ello expresamente, y dentro de los límites de ese consentimiento, en los términos indicados:

- »a) por acuerdo internacional;
- »b) en un contrato escrito; o
- »c) por una declaración ante el tribunal en un caso determinado.»

Vendría a continuación el texto del párrafo 2 del artículo 22:

«2. El consentimiento en el ejercicio de jurisdicción a que se refiere el artículo 8 no ha de entenderse que entraña consentimiento en la adopción de medidas coercitivas a tenor de la parte IV de los presentes artículos, para lo cual será necesario un consentimiento separado.»

35. El actual artículo 22, por su parte, sería sustituido por el siguiente texto:

«Los bienes del Estado contra los que se podrán tomar medidas coercitivas en virtud del artículo 21 son los bienes:

»a) que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente con fines comerciales no gubernamentales por el Estado y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso; o

»b) que hayan sido asignados o destinados por el Estado a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.»

36. Por lo que se refiere al artículo 23, el Sr. Shi no puede aceptar la supresión de las palabras «no gubernamentales» que figuran entre corchetes en el párrafo 1. En efecto, esas palabras no tienen aquí exactamente el mismo sentido que en el artículo 18. Por lo demás, el párrafo 2 debería suprimirse, como proponen algunos gobiernos, por ser contrario a la finalidad misma del párrafo 1.

37. Refiriéndose en particular a la parte V del proyecto (Disposiciones diversas) y al artículo 24 (Notificación del acto de incoación de un proceso), el Sr. Shi dice que puede aceptar el texto revisado propuesto por el Relator Especial para los párrafos 1 y 2 (A/CN.4/415, párr. 248), si bien con la supresión de las palabras «de ser necesario» en el párrafo 3; la traducción de los documentos de incoación de un proceso debe ser obligatoria, pues es esencial para el buen desarrollo del proceso y asegura la debida protección del Estado demandado.

38. El artículo 25 (Fallo en ausencia) parece centrado exclusivamente en el desarrollo del proceso. La cuestión es importante, pero convendría establecer también que un tribunal sólo puede dictar un fallo en ausencia si el demandante fundamenta la competencia del tribunal y su demanda o recurso en elementos de prueba que el juez estime satisfactorios. El Sr. Shi sugiere que se modifique el párrafo 1 en ese sentido y también que se supriman en el párrafo 2 las palabras «de ser necesario», por las razones aducidas en relación con el párrafo 3 del artículo 24.

39. Por último, el Sr. Shi estima que quizá no sea conveniente consagrar en el proyecto de artículos normas sobre el arreglo de controversias en materia de interpretación y aplicación. Si el proyecto ha de revestir la forma de un convenio internacional, sería más prudente, como demues-

tra la experiencia, consagrar al arreglo de controversias un protocolo facultativo separado. Por lo demás, se trata de una cuestión que habrá de resolver, en su caso, una conferencia diplomática.

40. Aunque la Comisión haya ultimado el examen en primera lectura del proyecto de artículos, aún persisten ciertas diferencias de opinión entre sus miembros y entre los gobiernos. Por consiguiente, el examen en segunda lectura será difícil, pero no cabe duda de que la Comisión está en condiciones de superar los obstáculos y ultimar el examen en segunda lectura durante el mandato de sus actuales miembros.

41. El Sr. REUTER, después de haber anunciado que limitará su intervención a los once primeros artículos y de haber felicitado al Relator Especial por su fidelidad a su predecesor, su espíritu de transacción y su arte para la síntesis, hace observar que el Relator Especial se ha dedicado sobre todo, tanto en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1) como en su presentación oral, a las disposiciones controvertidas. Este modo de proceder permitirá a los miembros de la Comisión, primeramente, tomar una posición clara con respecto a estas disposiciones, y luego, ponerse de acuerdo sobre fórmulas de transacción, aun cuando las transacciones sobre los principios constituyen algo aleatorio.

42. En efecto, hay dos posiciones encontradas: por un lado están quienes consideran que existe un principio, y que este principio es una norma de derecho internacional establecida, que tiene un valor absoluto; y por otro, los que, como el propio Sr. Reuter, piensan que se plantean aquí varios principios de derecho internacional: la inmunidad del Estado, ciertamente, pero también la incapacidad del Estado para comerciar en el territorio de otro Estado, principio que por lo demás ha cambiado radicalmente en el curso de los años. Ahora bien, ocurre que no hay en la materia normas de derecho internacional precisas y lógicas, que constituyan un cuerpo jurídico que sea actualmente aplicable. Existen en cambio directrices nacionales, orientaciones. Es incluso ahí donde reside la dificultad del tema que se estudia, puesto que se trata de hacer de las normas nacionales normas internacionales. La labor que la Comisión tiene ante sí exige, pues, prudencia. De todos modos, los acuerdos regionales celebrados por Estados dotados de estructuras análogas y la multitud de acuerdos bilaterales muestran de modo evidente que el problema de la inmunidad de los Estados no es obstáculo para el comercio internacional, que se desarrolla incluso entre Estados con ideologías, estructuras y principios muy distintos. Así pues, si la Comisión no tiene éxito en esta tarea, tendrá que extraer lecciones de ello: ciertas materias están maduras para la codificación, otras no lo están.

43. Por consiguiente, se plantea la cuestión de si la materia que se estudia está madura para ser codificada en forma de norma aceptable para los dos grupos de intereses, de estructuras contrapuestas. Desde su informe preliminar (A/CN.4/415), el Relator Especial veía con lucidez los problemas de las estructuras, es decir, esta libertad que el derecho interno da al Estado de descentralizarse, de medir los poderes y la responsabilidad de los organismos a los que encarga que comercien, de no dedicarse a ello él mismo o de hacer lo que estime oportuno. Son en general los Estados socialistas los que aprovechan esta libertad y los que quieren reivindicar las ventajas de ella. Pero, en el plano del derecho internacional, ¿es posible abandonar



a los Estados la acción absolutamente libre de la personalidad jurídica de las entidades que constituyen uno de los componentes del poder público? Por lo que toca al tema de la responsabilidad de los Estados, la Comisión ha contestado negativamente, previendo un régimen particular para los actos que emanan de las entidades descentralizadas —regionales, comunales o de otro tipo— que detentan el poder público, y el criterio que se ha aplicado aquí no era el de la definición del Estado, sino un criterio objetivo, a saber, que el Estado es responsable de ciertas entidades que gozan de la delegación del poder público. Y es una realidad que en derecho internacional las actividades de la persona jurídica elegidas por intereses privados no pueden contraponerse a los Estados, ni siquiera a los Estados bajo la jurisdicción de los cuales pueden operar esos intereses privados.

44. Refiriéndose a los artículos que se examinan, el Sr. Reuter pone de manifiesto un punto fundamental: la expresión «contrato mercantil», a que se refiere el artículo 2, y también los artículos 3 y 11. Parece, en efecto, que para elaborar un texto equitativo y aceptable a propósito de los contratos mercantiles, hay que atenerse a criterios objetivos. La cuestión que entonces se plantea es saber si la finalidad de un contrato mercantil es un criterio objetivo válido. Esto no quiere decir que el Sr. Reuter sea hostil a la mención de este criterio; pero a condición de que sea con toda objetividad. Con respecto a esta cuestión, no basta decir que la finalidad es un criterio que puede, por sí solo, servir para determinar la naturaleza de un contrato, pues, en el sistema socialista, por ejemplo, todos los fines son fines que corresponden a un interés general: el interés estatal. Así pues, si bien el Sr. Reuter está de acuerdo en mantener la inmunidad absoluta, no juzga conveniente hacerlo por un procedimiento tan indirecto. Hay que tener en cuenta que un contrato mercantil ordinario, que no hace entrar en juego la inmunidad del Estado, puede transformarse en contrato que, por el contrario, haga entrar en juego esa inmunidad: es el caso, por ejemplo, que se ha mencionado en un período de sesiones anterior, de un contrato de entrega de productos alimenticios durante la ejecución del cual sobreviene una carestía, que obliga al Estado que ha celebrado el contrato a hacer uso de toda clase de privilegios: modificar el contrato, imponer nuevas cargas a la otra parte contratante para alcanzar la finalidad fundamental. Sería conveniente, pues, encontrar una fórmula adecuada, completando acaso los textos propuestos por el Relator Especial. No basta referirse a la práctica de los Estados: hay que hacer intervenir también la existencia de tratados, de acuerdos. El Sr. Reuter propone, en consecuencia, que se añada una disposición para prever que, si un contrato mercantil pierde su carácter mercantil a raíz de circunstancias excepcionales, los poderes públicos tienen derecho a modificarlo y, por consiguiente, a considerar que se aplica la inmunidad del Estado. Cree que sería bastante fácil encontrar una solución de transacción sobre este punto.

45. Pasando al problema planteado por la mención de «organismos» —que en el sentido del proyecto de artículos están comprendidos en la expresión «Estado»—, el Sr. Reuter observa que el párrafo 1 del proyecto de artículo 3 debe vincularse a este respecto con el párrafo 3 del proyecto de artículo 7, que le completa. Pero, según él, la cuestión de la representación del Estado no se trata bastante a fondo en esas disposiciones. Algunos miembros

o antiguos miembros de la Comisión se han interesado por esta cuestión: el Sr. Reuter alude en particular a los trabajos del Sr. Tomuschat, y dice que ha recibido un extracto de un artículo firmado por el Sr. Jean Salmon y el Sr. Sompong Sucharitkul, que se publicará en el *Annuaire français de droit international*, 1987, con el título de «Les missions diplomatiques entre deux chaises: immunité diplomatique ou immunité d'Etat?». Por ejemplo, ¿puede un diplomático que represente a un Estado en un proceso acumular los dos tipos de inmunidades: las que posee en su calidad de diplomático y las que posee tal vez el Estado que comparece en justicia? ¿Cómo debe proceder el tribunal en un caso semejante? En otras palabras, el mandato dado a un representante por el representado, ¿lleva consigo todas las inmunidades de este último? Otro ejemplo: ¿qué ocurrirá en caso de proceso entablado contra un organismo de un Estado descentralizado? ¿No hay casos en que estos organismos representan al Estado? Es una cuestión que no puede tratarse a la ligera. Si bien en ciertos aspectos puede resolverse bastante fácilmente, sin plantear cuestiones políticas importantes, en otros aspectos, por el contrario, y sobre todo cuando se trata de bienes separados, puede ocasionar serias divergencias de pareceres.

46. En el proyecto de artículo 6, cuyo texto habría que reexaminar, ¿hay que conservar la fórmula que figura entre corchetes, que desagrade a algunos, o buscar otra? Al Sr. Reuter, por su parte, le resulta difícil creer que las grandes cuestiones que aquí están en juego puedan resolverse mediante esta fórmula. Duda también de que la expresión «según lo dispuesto en los presentes artículos» sea afortunada. ¿No podría encontrarse una fórmula neutra, concebida, por ejemplo, en los términos siguientes, después de modificar el comienzo del artículo: «todo Estado... de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado dentro del marco de las disposiciones de los presentes artículos»? El texto quedaría así desprovisto de toda pretensión de principio, y el Sr. Reuter desearía conocer el parecer de los otros miembros de la Comisión sobre esta solución. En cuanto a la solución de transacción propuesta por el Relator Especial en su segundo informe en la forma de un nuevo artículo 6 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17), inspira inquietud al Sr. Reuter, que teme que este mecanismo ingenioso abra el camino para la extensión de las limitaciones de la inmunidad diplomática o de las excepciones a esa inmunidad. En efecto, como hay grandes probabilidades de que el proyecto de artículos se convierta en un proyecto de convención, el instrumento futuro podría ser objeto de reservas. Ahora bien, en la práctica, las reservas son ampliamente aceptadas, a pesar de las disposiciones estrictas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. El proyecto de artículo 6 *bis* constituiría, pues, un regalo para los Estados hostiles a la inmunidad.

47. Preocupado por la equidad, el Relator Especial desea que el proyecto de artículo 28 aporte una especie de compensación a los partidarios de la fórmula entre corchetes en el proyecto de artículo 6, en el caso en que sea suprimida. El Sr. Shi acaba de hacer a este propósito observaciones que puntualizan el alcance del proyecto de artículo 28, y la República Democrática Alemana hace observar por su parte (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) que la reciprocidad es algo fundamental, pero que no se sabe hasta dónde conduce este principio. El Sr. Reuter comparte este punto de vista. Un proyecto de artículo sobre la responsabilidad



es necesario, y debe ser amplio y generoso; pero la cuestión exige un examen todavía más a fondo. En cambio, no le atrae la propuesta de España, encaminada a añadir en el preámbulo de la futura Convención, después de la supresión de la fórmula entre corchetes en el artículo 6, la disposición siguiente: «*Afirmando* que las normas del derecho internacional general continuarán rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en la presente Convención» (*ibid.*). Se llega aquí al meollo del problema: ¿quién tiene derecho a decir que hay lagunas en la Convención? Más vale evitar las fórmulas que plantean dudas sobre los principios.

48. El Sr. Reuter aprueba los proyectos de artículos 8 y 9, y en particular las recomendaciones hechas por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/415, párrs. 89 a 92 y 98 y 99), pero si bien está de acuerdo con el principio enunciado en el párrafo 3 del artículo 9, considera no obstante que habría que modificar el texto, pues la fórmula «no se considerará como consentimiento» es demasiado general. Bastaría con «No valdrá necesariamente como consentimiento», pues aunque parezca imposible, hay circunstancias en que la ausencia vale como comparecencia.

49. En lo que concierne al título de la parte III, el Sr. Reuter se pregunta si hay realmente una diferencia entre los términos «limitaciones» y «excepciones». ¿No habría que encontrar otro término, que no se preste a controversia? Tampoco le han convencido nunca las explicaciones ofrecidas por el anterior Relator Especial a propósito del artículo 11, y más concretamente con respecto al «contrato mercantil celebrado entre Estados o de gobierno a gobierno». También aquí se plantea un problema de representación: ¿el gobierno no representa al Estado?

50. Por último, a propósito del nuevo artículo 11 *bis* (*ibid.*, párr. 122), el Sr. Reuter repite que el problema de la representación, que hace entrar en juego las relaciones del Estado con las entidades distintas del Estado en derecho interno, es un problema delicado. No hay objeción importante al proyecto de artículo 11 *bis*, pero desea que esta cuestión sea examinada más a fondo por la Comisión.

51. El Sr. TOMUSCHAT dice que, gracias al ejemplar informe del Relator Especial y al trabajo realizado por su predecesor, el proyecto de artículos merece ser adoptado en segunda lectura durante el mandato de los actuales miembros de la Comisión. Confía, por consiguiente, en que ésta logre superar las dificultades que aún subsisten. Antes que centrar su atención en las cuestiones de principio suscitadas por el proyecto de artículos, el Sr. Tomuschat desea hacer hincapié, a la luz de las observaciones formuladas por los gobiernos, en algunos problemas de redacción.

52. El artículo 2 (Términos empleados) plantea varios de ellos, tanto en su forma anterior como en la nueva forma propuesta. Por lo que se refiere a esta última (A/CN.4/415, párr. 29), celebra que el Relator Especial haya decidido, al definir el término «Estado», no mencionar únicamente al Estado central y sus diversos órganos, sino tener también en cuenta otras entidades: ello es consecuencia natural del concepto funcional del privilegio de la inmunidad, consagrado en los artículos 6 y siguientes. El orador señala, no obstante, que si el criterio decisivo en materia de inmunidad es la actividad comercial, poco importa saber si es el Jefe del Estado o un agente de una

administración local quien ha actuado; por el contrario, si se tiene la inmunidad por un privilegio personal derivado de la naturaleza de la persona jurídica, quizá sea necesario reexaminar las disposiciones relativas a los términos empleados.

53. El Sr. Tomuschat abriga dudas sobre la noción fundamental de «autoridad soberana» en tanto que opuesta a las nociones de «gobierno» o de autoridad «gubernamental», términos empleados en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>9</sup>. Señala al respecto que en el comentario sobre el proyecto de artículo 3 (Disposiciones interpretativas) del presente proyecto se dice que «las subdivisiones del Estado del nivel administrativo de las autoridades locales o municipales no suelen realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado»<sup>10</sup>. Señala también que un comentarista de la ley británica de 1978 sobre la inmunidad de los Estados, *State Immunities Act 1978*, donde también se emplean los términos «autoridad soberana», asimila «autoridad soberana» a «autoridad suprema», concluyendo que sólo en casos excepcionales podría invocar la inmunidad una autoridad de otra naturaleza. En opinión del Sr. Tomuschat, sería equivocado restringir de esa forma el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, sobre todo si se considera su texto francés, donde se habla de las «prerogatives de la puissance publique», expresión que se utiliza en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. En este último caso, la Comisión opinó que en inglés debía traducirse esa fórmula por «government» o «governmental authority». Si se utiliza otra expresión para el caso actualmente objeto de debate, se llegará a conclusiones erróneas. Quizá el anterior Relator Especial deseaba atenerse a los términos del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, que pone en pie de igualdad la «autoridad soberana», el «poder público» y los «*acta jure imperii*». Sin embargo, la Comisión debe ser fiel a la lógica de sus propios proyectos. Por consiguiente, el Sr. Tomuschat preferiría que en el texto inglés se sustituyera la palabra «sovereign» por «governmental», al menos en el inciso iii) del apartado b del párrafo 1 del nuevo artículo 2. No obstante, la Comisión podría también retocar el comentario, indicando que el nivel al que se ejerce el poder público es de poca importancia. Debería, por ejemplo, ser evidente que una decisión de una instancia judicial inferior es un acto de la autoridad del Estado en la misma medida en que lo es una decisión de los tribunales superiores del mismo Estado y, por tanto, está igualmente excluida de impugnación en el extranjero.

54. El texto del inciso ii) del apartado b del nuevo artículo 2 tampoco es satisfactorio. Cuando se trata de Estados divididos en provincias o regiones quizá sea exacto decir que son las subdivisiones políticas del Estado las facultadas para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado. Sin embargo, esa fórmula no tiene en cuenta el caso de los Estados federales, donde tanto el Estado central como los Estados federados son Estados, y donde a veces estos últimos, escudándose en su mayor antigüedad, recalcan que los poderes del Estado central derivan de la preexistencia de los federados como

<sup>9</sup> Anuario... 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

<sup>10</sup> Anuario... 1986, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 3 del comentario.

entidades políticas. Ello no obsta para que los Estados federados no ejerzan las prerrogativas del poder público del Estado propiamente dicho, que no puede ser otro que el Estado central. Por consiguiente, sería mejor decir: «las subdivisiones políticas del Estado investidas de poderes soberanos o gubernamentales». Por el contrario, quizá sea necesario hablar de «autoridad soberana» a propósito de los componentes de un Estado federal, de modo que las anteriores críticas del Sr. Tomuschat al término «soberana» no son aquí aplicables.

55. El Sr. Tomuschat abriga también dudas sobre la expresión «organismos o entidades», tomada de la ley de los Estados Unidos de 1976 sobre las inmunidades de los Estados (*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*). Desgraciadamente, esa ley extiende el privilegio de la inmunidad a las sociedades de naturaleza privada que pertenecen, en su mayor parte o exclusivamente, al Estado. El orador estima, por su parte, que, sea quien fuere su propietario, una sociedad mercantil no merece un trato privilegiado. Quizás baste con precisarlo en el comentario.

56. El Sr. Tomuschat preferiría que se sustituyera «contrato mercantil» por «actividad comercial», porque el mero hecho de que un Estado concierte un contrato de negocios con un particular o una sociedad permite suponer que no ha hecho uso de sus prerrogativas. Sin embargo, quizá sea demasiado tarde para modificar ese punto del proyecto, dado que en el artículo 11, donde se enuncia la única norma a la que se aplica el apartado c del párrafo 1 del nuevo artículo 2, se utiliza «contratos mercantiles». En cualquier caso, aun sin cambiar los términos citados, habría que suprimir la palabra «mercantil» en el inciso i) del apartado c del párrafo 1, pues la lógica exige que la definición y lo definido no sean idénticos.

57. Tampoco es lógico el inciso iii) del apartado c del párrafo 1: «otro» contrato o acuerdo difícilmente puede ser un contrato mercantil, habida cuenta del texto del inciso i) del apartado c del mismo párrafo. También aquí habría que suprimir el adjetivo «mercantil».

58. El párrafo 3 del nuevo artículo 2 es mejor que el texto aprobado en primera lectura (párr. 2 del antiguo artículo 3). No obstante, el Sr. Tomuschat cree entender que, con arreglo al texto actual, el contrato concertado entre las partes debe estipular expresamente que tiene un fin público. Tal vez se trate de una fórmula de transacción aceptable. El orador estima, sin embargo, que podrían obtenerse mejores resultados utilizando como fundamento la naturaleza de la transacción. Apoyarse en su finalidad no puede sino suscitar dudas, porque el poder público ha de tener siempre presente el interés público. Un Estado no es una persona privada que actúe con ánimo de lucro: en ese sentido, el Sr. Tomuschat suscribe las palabras del Sr. Reuter.

59. En lo tocante al párrafo 2, el Sr. Tomuschat sigue creyendo innecesario decir que la terminología empleada se entiende sin perjuicio de otros instrumentos internacionales y del derecho interno de los Estados. Sin embargo, convendría precisar que el hecho de utilizar los términos empleados en otros instrumentos internacionales o en derecho interno no significa necesariamente que la Comisión los acepta en el sentido que tienen en su contexto original. Concretamente, por lo que se refiere a las palabras «organismos o entidades», debería indicarse que la Comisión no se remite a la interpretación que se da en ellos en la ley

de los Estados Unidos, que llama «entidades» a las sociedades privadas. Todos los términos empleados por la Comisión conllevarán, por el solo hecho de su presencia en el proyecto de artículos, connotaciones que les son propias, y sería mejor insistir en la autonomía de esos términos que explicar que la Comisión no desea inmiscuirse en el ámbito del derecho interno de los Estados o de los instrumentos internacionales vigentes.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2116.ª SESIÓN

*Viernes 9 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*) (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/415<sup>2</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

#### SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

#### EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS<sup>4</sup> EN SEGUNDA LECTURA (*continuación*)

1. El Sr. TOMUSCHAT, reanudando la intervención que había comenzado la sesión anterior, dice que no le parece prudente restringir la reserva establecida en el párrafo 2 del artículo 4 a los jefes de Estado, porque es muy probable que éstos no sean las únicas personas que disfruten de los privilegios e inmunidades a los que se refiere el artículo. Por consiguiente, tal vez convenga añadir la frase «u otros funcionarios gubernamentales» después de «jefes de Estado», con objeto de tener presentes las normas aplicables del derecho internacional, admitiendo la posibilidad de que existan también otras personas que disfruten de determinados privilegios e inmunidades.

2. Las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general» que figuran entre corchetes en el artículo 6 son muy problemáticas, pero tal vez resulten

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31.

necesarias si las limitaciones y excepciones tienen un carácter demasiado restrictivo. Sólo puede prescindirse de las normas de derecho consuetudinario si se establece un equilibrio equitativo. En todo caso, el objetivo debe ser presentar a la Asamblea General un texto aceptado por consenso.

3. En opinión del orador, el nuevo artículo 6 *bis* propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) sería inaplicable porque no puede interpretarse como una reserva. El efecto de una reserva es limitar las obligaciones que un Estado de otro modo contraería de conformidad con un tratado multilateral. Sin embargo, con arreglo al artículo 6 *bis* propuesto, un Estado adquiriría derechos frente a otros Estados en virtud de una declaración unilateral. Aunque se eludiera ese subterfugio mediante una objeción, se estaría estableciendo un precedente inadecuado en derecho internacional.

4. En el párrafo 2 del artículo 7, las palabras «siempre que tal proceso» plantean un problema, pues son ambiguas. Si se trata de apoyarse en un momento determinado, el texto debe especificar aquel en que se inició el proceso.

5. Las modificaciones del artículo 11 propuestas (A/CN.4/415, párr. 121) son aceptables. Las palabras en el párrafo 1 «se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza tal jurisdicción» que figuraban en el texto original eran confusas y se desviaban considerablemente de la frase normalmente utilizada en otros artículos, a saber, «el Estado no podrá invocar». Cabría interpretarlas en el sentido de que los Estados pueden anular la limitación o la excepción declarando que no tienen intención de renunciar a su inmunidad al concertar un contrato mercantil. Evidentemente, la seguridad jurídica exige redactar el artículo 11 en consonancia con las demás disposiciones pertinentes.

6. Por lo que se refiere al uso de la palabra «Estado», el orador está de acuerdo con las observaciones formuladas por el Gobierno de Australia. El proyecto sería más fácilmente comprensible si se hiciera siempre referencia al «Estado del foro», por un lado, y al «Estado extranjero», por otro. La conveniencia de tal modificación es evidente en particular en el párrafo 2 del artículo 3. En el texto aprobado se hace referencia a «ese Estado», pero no se especifica de cuál de los dos Estados se trata, circunstancia que sólo se aclara en el comentario.

7. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que ya ha expuesto muchas veces sus opiniones sobre los proyectos de artículos. Estima que los únicos puntos sobre los que debería expresarse ahora se refieren a las posibles enmiendas en segunda lectura. Los dos informes del Relator Especial pueden considerarse un encomiable intento de reconciliar opiniones contrapuestas.

8. El orador considera aceptable la propuesta del Relator Especial de combinar los artículos 2 y 3, y no tendría ningún inconveniente en prescindir del título del artículo 3, «Disposiciones interpretativas». El único cambio importante derivado de la fusión de los dos artículos está en relación con los contratos. En el texto aprobado del párrafo 2 del artículo 3 se establece que la finalidad del contrato debe tenerse en cuenta para determinar si el contrato es o no de carácter mercantil cuando esa finalidad es pertinente en la práctica del Estado interesado. El Relator Especial ha señalado que la eliminación del criterio de la finalidad puede dar lugar a dificultades, y la solución que propone

en el párrafo 3 del nuevo artículo 2 (A/CN.4/415, párr. 29) puede ser aceptable. Conferiría a los Estados el derecho de determinar, por anticipado y de común acuerdo, si un contrato debe considerarse mercantil. Aunque esa propuesta reduce en cierta medida el alcance de la referencia a la finalidad, aporta más claridad al texto.

9. El orador apoya la modificación del artículo 4 propuesta por Australia, a saber, añadir las palabras «con arreglo al derecho internacional» después de la palabra «Estado» en la cláusula preliminar del párrafo 1.

10. El artículo 6 ha planteado muchas dificultades y tiene una importancia fundamental. El Sr. Calero Rodrigues ya ha indicado que prefiere que se supriman las palabras que figuran entre corchetes, porque de hecho limitarían el alcance de los proyectos de artículos. No tiene objeciones para que se incluya en el preámbulo de la futura convención un párrafo como el sugerido por España. Pero tiene dudas respecto a la sugerencia del Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) de que sea conveniente incluir un nuevo artículo 6 *bis*. A su juicio, la utilidad del nuevo artículo no es evidente; la redacción no es clara y probablemente el régimen resultante sería demasiado complejo.

11. El orador apoya los cambios de redacción del artículo 7 propuestos por Australia. Sin embargo, el nuevo texto propuesto por el Relator Especial para el apartado c del artículo 8 (A/CN.4/415, párr. 93) no mejora mucho el texto actual. Tal vez sea preferible utilizar simplemente la frase «por una declaración escrita presentada ante el tribunal».

12. Las observaciones del Reino Unido y México sobre el artículo 9 están bien fundadas y pueden incorporarse adecuadamente a un texto revisado. Por otro lado, cabe dudar de la conveniencia de la propuesta del Relator Especial de incluir un nuevo párrafo 4 en el artículo 10, en la forma propuesta por Tailandia, porque el nuevo texto (*ibid.*, párr. 107) dista mucho de estar claro. A tenor del nuevo texto, podría invocarse la inmunidad si la reconvencción apuntara a obtener una reparación de monto superior o de índole distinta, criterio que podría resultar impracticable. Sin embargo, la propuesta de combinar los párrafos 1 y 2 formulada por Australia tiene muchas ventajas.

13. Por lo que se refiere al artículo 11, el orador coincide con el Relator Especial en que la referencia en el párrafo 1 a «las normas aplicables de derecho internacional privado» debe mantenerse, y también en que las palabras «se considerará que el Estado ha consentido» son innecesariamente complicadas.

14. El nuevo artículo 11 *bis* propuesto, sobre bienes de Estado separados (*ibid.*, párr. 122), ya ha sido objeto de detenido examen y es en principio aceptable. No obstante, debe redactarse de otra forma. En el contexto del artículo 11 *bis*, lo más importante es tener en cuenta la necesidad de asegurarse de que el contratante no se lleva la impresión de que la empresa con la que está tratando está necesariamente respaldada por el Estado.

15. El Sr. MAHIOU dice que las observaciones y comentarios de los gobiernos sobre los proyectos de artículos le parecen muy interesantes, pero que la exposición del tema no es todo lo clara que cabría desear, por lo que a veces resulta difícil discernir las opiniones del Relator Especial en sus informes. Aunque es evidente que existen

dos criterios divergentes sobre la inmunidad jurisdiccional, a saber, el de la inmunidad absoluta y el de la inmunidad limitada, debería ser posible ponerse de acuerdo sobre la finalidad subyacente del proyecto. En realidad, pone en duda de que existan solamente dos conceptos o posiciones respecto a las inmunidades. Los dos conceptos extremos de la llamada inmunidad «absoluta» o «limitada» se han manifestado por cierto en los debates, pero parece ser la opinión de una minoría, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General. En la presentación del problema, por lo tanto, no se debería poner énfasis en las dos posiciones extremas: sería mejor hacer resaltar el criterio flexible y pragmático que parece ser predominante y que ofrece una base para la elaboración de un proyecto de convención aceptable en general. Una interpretación extrema haría difícil o imposible la tarea de codificación. Cabe recordar que la interpretación restrictiva está consagrada en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, pero también que hasta el momento sólo se ha adherido a ese Convenio una minoría de Estados europeos, mientras que el objetivo de la Comisión al elaborar los presentes artículos es llegar a un texto aceptable para la comunidad internacional en su conjunto. Por consiguiente, aunque el Convenio europeo merece detenida consideración, no hay razón para atenerse sumisamente a él en todos sus aspectos.

16. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, aunque se han citado casos de limitación de la inmunidad del Estado, no debe olvidarse que en la mayoría de esos casos los Estados interesados han impugnado las decisiones de los tribunales. Por consiguiente, al examinar la práctica estatal no basta con hacer una simple referencia a esas decisiones judiciales. En términos generales, el orador no está de acuerdo con el Relator Especial en que puede detectarse en la práctica de los Estados una aquiescencia implícita a la norma de la responsabilidad limitada. Concretamente, la práctica de los Estados africanos y asiáticos no fundamenta esa suposición.

17. Al exponer las tendencias que se están manifestando en las decisiones sobre inmunidad de los tribunales internos, el Relator Especial se ha referido a la jurisprudencia de algunos países. Sin embargo, también es necesario examinar las divergencias en la jurisprudencia de los países europeos. El Relator Especial menciona en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 40) una decisión del *Tribunal de grande instance* de París en 1970, según la cual un Estado extranjero, por el solo hecho de hacerse parte en una cláusula compromisoria, habría aceptado renunciar a su inmunidad de jurisdicción respecto de los árbitros y su laudo hasta el procedimiento de *exequatur*, inclusive. La misma posición adoptó la Corte de Apelaciones de París en 1981. No toda la doctrina francesa, sin embargo, ha aceptado esas decisiones. Un jurista, Pierre Bourel, especialista en arbitraje internacional, ha sostenido en un artículo publicado en la *Revue de l'arbitrage* (1982) que en ambas decisiones se confunde el acuerdo de arbitraje con la aceptación del procedimiento de *exequatur*. El mismo tratadista advierte contra una interpretación demasiado amplia de las cláusulas de arbitraje, porque la mera existencia de dichas cláusulas no basta para demostrar que el acto objeto de la controversia es un acto comercial *jure gestionis*. Incluso los Estados partidarios del criterio restrictivo interpretan a veces una misma cláusula de forma diferente. Por lo que se refiere a los contratos de

trabajo —regulados en el artículo 12 del proyecto—, el orador señala que en el artículo 5 del Convenio europeo de 1972 se excluye expresamente la inmunidad de jurisdicción, mientras que en el artículo 32 del mismo Convenio se establece una excepción a esa regla para el personal diplomático. En un caso promovido por un miembro del personal de una embajada extranjera ante el *Employment Appeal Tribunal* del Reino Unido (*Bengupta c. Republic of India*, 1982), el tribunal dictaminó que el demandado tenía inmunidad; sin embargo, en un caso parecido, en el que era parte el mismo país, promovido ante el Tribunal Federal de Suiza (*S. c. Etat indien*, 1984), el tribunal dio una interpretación opuesta del Convenio europeo. La divergencia de los precedentes obliga, por tanto, a interpretar con prudencia las tendencias que se manifiestan en los diversos países y regiones.

18. El Relator Especial ha logrado mejorar en muchos sentidos los textos aprobados de los artículos 1 a 11. La nueva versión propuesta del artículo 7 (A/CN.4/415, párr. 79), relativo al modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado, es sustancialmente mejor que la anterior. También es útil, en tanto que aclaración, el nuevo texto del apartado c del artículo 8 (*ibid.*, párr. 93). Sin embargo, la palabra «cuestión» en la cláusula preliminar debe sustituirse por «controversia». El orador aprueba también el nuevo texto propuesto para el artículo 9 (*ibid.*, párr. 11), y en principio no se opone al nuevo párrafo 4 del artículo 10 (*ibid.*, párr. 107), aunque le gustaría saber las razones que justifican su inclusión. Evidentemente, hay que poner fin a la polémica sobre las virtudes respectivas de los términos «limitaciones» y «excepciones» en el título de la parte III del proyecto. Por lo que se refiere al párrafo 1 del artículo 11, el orador prefiere la versión simplificada (*ibid.*, párr. 121).

19. Quedan, sin embargo, algunas cuestiones no aclaradas en los proyectos de artículos. La primera es la relación entre el proyecto y los convenios diplomáticos existentes y las consecuencias del criterio restrictivo. Según el artículo 4, los privilegios e inmunidades existentes no son afectados. Sin embargo, la Comisión no ha estudiado adecuadamente esa cuestión. Conforme al criterio restrictivo, los actos *jure gestionis* de un Estado, por ejemplo los contratos mercantiles, no disfrutan de inmunidad; pero esos mismos actos, cuando son realizados por personal diplomático, disfrutan de inmunidad diplomática en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961. La Comisión debe preguntarse si quiere llegar al resultado paradójico de que un Estado pueda ser demandado por determinados actos que estarían excluidos de la jurisdicción de los tribunales internos si hubieran sido realizados por los agentes diplomáticos del mismo Estado. El orador insta al Relator Especial a considerar la cuestión y a hacer cuanto le sea posible por eliminar las ambigüedades.

20. En segundo lugar, hay algunas dificultades terminológicas, especialmente cuando difieren los textos francés e inglés de los proyectos de artículos. En los artículos 3 y 7, las expresiones «sovereign authority» y «puissance publique» se utilizan como equivalentes, mientras que en el artículo 7 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>5</sup>, la expresión inglesa utilizada para «puissance publique» es «govern-

<sup>5</sup> Véase 2115.ª sesión, nota 9

mental authority». La divergencia es también sustantiva, porque por «puissance publique» también puede entenderse una entidad estatal que no ejerce autoridad soberana. Hay que aclarar la cuestión y armonizar los textos.

21. La tercera crítica del orador se refiere a los criterios utilizados para definir el contrato mercantil. En los artículos 2 y 3 se hace referencia tanto a la finalidad como a la naturaleza del contrato, en un esfuerzo por conciliar diferentes criterios sobre la materia. Hay situaciones en las que la naturaleza del contrato no basta para determinar su carácter. Así ocurre cuando se trata de defender o actuar para mitigar sufrimientos públicos, como en casos de sequía o hambruna, situaciones que deben reflejarse en las definiciones del artículo 2. Tampoco debe olvidarse que los Estados no pueden prever siempre las situaciones excepcionales que pueden producirse. El enunciado debe estudiarse de nuevo a la luz de esas observaciones.

22. La frase «y en las normas pertinentes del derecho internacional general» que figura entre corchetes en el artículo 6 es ambigua; la expresión abriría paso a la aplicación de futuras normas y podría interpretarse de diferentes modos, como expresión de cualquiera de los dos criterios, restrictivo y tradicional, sobre la inmunidad de los Estados. El nuevo artículo 6 *bis* propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) no resuelve el problema. Con arreglo al nuevo artículo, cualquier Estado podría declarar cualquier excepción a la inmunidad además de los casos comprendidos en los artículos 11 a 19; sin embargo, una larga lista de excepciones sería contraria a la finalidad del proyecto. Evidentemente, para evitarlo es necesario retocar el artículo.

23. No es fácil comprender el alcance exacto del nuevo artículo 11 *bis* propuesto (A/CN.4/415, párr. 122), habida cuenta, sobre todo, de la brevedad de la explicación. El concepto de los bienes de Estado «separados» es nuevo y debe explicarse. El orador no comprende qué significa un contrato «en nombre del Estado», y se pregunta si en ese contexto las entidades estatales han de tratarse como equivalentes del Estado. Si una empresa estatal, con arreglo a un contrato, utiliza bienes, por ejemplo aeronaves, que pertenecen al Estado, sólo la empresa será responsable en virtud del contrato, y la función que desempeñaría el Estado mismo no está clara. En ese sentido, el orador suscribe las observaciones de la República Democrática Alemana sobre el párrafo 1 del artículo 3, y en buena medida apoya también su propuesta de inclusión de un nuevo párrafo 2 (A/CN.4/410 y Add.1 a 5).

24. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que está de acuerdo con el Sr. Mahiou en que la tendencia a limitar la inmunidad dista mucho de ser universal. La inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes es un concepto plenamente reconocido, basado en la igualdad soberana de los Estados, por lo que la Comisión debe codificar el tema en una forma que englobe tanto las excepciones que se manifiestan en la práctica de los Estados como las necesarias para el desarrollo de las relaciones internacionales. El Relator Especial es partidario de un sistema de inmunidad funcional y ha hecho mucho por conciliar los dos criterios divergentes. Hay que lograr un equilibrio adecuado que refleje la interdependencia de los países de economía de mercado y los países socialistas y de los Estados que exportan capital y tecnología y los Estados que exportan materias primas.

25. El orador estima adecuada, en aras de una mayor simplicidad, la idea de combinar los artículos 2 y 3 en uno solo, titulado «Términos empleados», y apoya el párrafo 3 enmendado del nuevo artículo 2 combinado (A/CN.4/415, párr. 29), que solventa las dificultades de interpretación planteadas por el texto anterior (párr. 2 del antiguo artículo 3). Se pregunta, sin embargo, si el nuevo párrafo 3 no restringe el criterio de la finalidad del contrato. Es muy posible que el Estado contratante no comunique a la otra parte que el contrato se concierta con un fin público, como puede perfectamente suceder cuando los países en desarrollo tratan de obtener bienes de capital. En opinión del Sr. Razafindralambo, el proyecto anterior era mejor desde la perspectiva de los países del tercer mundo, porque les habría permitido apoyarse en su propia práctica para determinar la naturaleza de sus contratos.

26. Por lo que se refiere al artículo 6, el orador no puede aceptar que se permita una restricción arbitraria de la inmunidad invocando «las normas pertinentes del derecho internacional general». Si se mantiene la frase que figura entre corchetes, la reserva obrará en contra del objetivo que trata de alcanzar la Comisión codificando el tema. En su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17), el Relator Especial propone un nuevo artículo 6 *bis*, con arreglo al cual cualquier Estado podría establecer, mediante una simple declaración, una larga lista de excepciones a la inmunidad. El límite de 30 días para las objeciones es inviable. Como ha señalado el Sr. Reuter (2115.ª sesión), esa propuesta sería contraria al objetivo del proyecto, por lo que el orador se reserva su opinión hasta que el asunto pueda estudiarse más a fondo, especialmente en relación con el artículo 28.

27. En principio no se opone al artículo 7, pero considera que en la práctica podría suponer una reiteración de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 3 o del apartado b del párrafo 1 del nuevo artículo 2. De hecho, la definición del artículo 7 refleja las «disposiciones interpretativas» del artículo 3 y debe ser reexaminada por el Comité de Redacción.

28. El nuevo texto propuesto para el apartado c del artículo 8 (A/CN.4/415, párr. 93), sobre consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción, hace hincapié en la naturaleza del consentimiento expreso y especifica que la declaración ha de ser escrita, modificación muy pertinente. Sin embargo, no parece que tenga mucho sentido decir que la declaración ha de presentarse ante el tribunal «después de que haya surgido una controversia entre las partes»; sólo pueden llegar a un tribunal las controversias que ya han surgido, nunca las futuras. En términos generales, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la posibilidad de invocar un cambio fundamental de circunstancias tendría un efecto desestabilizador en las relaciones contractuales y en el que el acuerdo sobre la norma aplicable no debe interpretarse como consentimiento al ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado determinado. Debe hacerse referencia a estas cuestiones en el comentario.

29. El orador considera aceptables los cambios recomendados por el Relator Especial para el párrafo 1 del artículo 9 (*ibid.*, párr. 100), mas no así el nuevo párrafo 3, porque la comparecencia en calidad de testigo no constituye participación en el procedimiento.

30. El artículo 10 es manifiestamente mejorable, y las propuestas de Australia podrían remitirse al Comité de Redacción para su estudio. El párrafo 3 puede ocupar perfectamente el lugar del párrafo 1, porque representa el caso típico en que un Estado trata de invocar la inmunidad. El orador comparte la idea de incluir un párrafo adicional en consonancia con lo sugerido por Tailandia. En cualquier caso, si el objeto de la demanda es distinto, la reconvencción tropezará con una objeción jurisdiccional *ratione materiae*. No obstante, el nuevo párrafo 4 propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 107) debería redactarse más claramente, especificando que sólo el Estado extranjero, y no el Estado del foro, puede invocar la inmunidad.

31. El orador apoya el texto enmendado propuesto por el Relator Especial para el párrafo 1 del artículo 11 (*ibid.*, párr. 121), que se basa en las observaciones de los gobiernos. Concretamente, estima en principio satisfactorio el uso de la fórmula «en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado», pero señala a la atención de la Comisión la valiosa sugerencia formulada por Australia (A/CN.4/410 y Add.1 a 5).

32. Por lo que toca al nuevo artículo 11 *bis* propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 122), el orador concuerda en términos generales con él, especialmente con la inclusión de la cláusula «a menos que la empresa estatal, que es parte en el contrato en nombre del Estado, con el derecho a poseer y disponer de bienes de Estado separados, esté sujeta a las mismas normas de la responsabilidad en materia de contratos mercantiles que las personas físicas o jurídicas». Debe, sin embargo, insertarse el adjetivo «privado» para que quede claro que la empresa estatal está en pie de igualdad con los particulares o las empresas privadas. La expresión «personas físicas o jurídicas» que figura en el texto actual es ambigua, porque también las empresas estatales son personas jurídicas.

33. Por lo que se refiere al párrafo 1 del artículo 12, sobre contratos de trabajo, el orador puede aceptar la sugerencia de suprimir la regla de no inmunidad en lo tocante a la seguridad social. En los países donde existe un sistema de seguridad social, la inscripción del trabajador es una forma de protección suplementaria vinculante para el empleador. Por consiguiente, no sería adecuado permitir a un Estado empleador invocar inmunidad por el hecho de haberse abstenido voluntariamente de inscribir a un trabajador en el sistema de seguridad social.

34. Tienen interés las observaciones del Gobierno del Reino Unido sobre la falta de claridad del apartado *b* del párrafo 2 del artículo 12. El orador no objeta el fondo de la disposición, pero duda de que sea realmente necesaria, especialmente a la vista del artículo 26, relativo a la inmunidad respecto de medidas coactivas. Sin embargo, el apartado *a* del párrafo 2, donde se hace una excepción cuando «el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio del poder público», es una disposición necesaria. Los servicios de que se trata están relacionados con el ejercicio de la autoridad gubernamental. En países como Madagascar, los contratos de trabajo de los funcionarios públicos no están sujetos a la jurisdicción de los tribunales de trabajo ordinarios; las controversias derivadas de esos contratos son competencia de los tribunales administrativos.

35. El Sr. AL-QAYSI dice que los excelentes informes del Relator Especial, que facilitarán mucho la segunda lectura de los proyectos de artículos, ponen de manifiesto

la gran capacidad del Relator Especial para presentar un material tan amplio como polémico en un marco transaccional.

36. Las principales diferencias de principio sobre el fundamento mismo del tema objeto de debate son bien conocidas. Se han planteado a menudo en las deliberaciones de la Comisión y reflejan diferencias políticas, sociales y económicas profundamente arraigadas. La Comisión no ha conseguido todavía superar esas diferencias, y no es probable que logre alcanzar ese objetivo volviendo sobre sus pasos. Por consiguiente, debe basar su labor en un criterio intermedio y buscar soluciones que establezcan un equilibrio razonable entre la necesidad de preservar principios reconocidos, por una parte, y las nociones generales de seguridad de la norma jurídica y uniformidad de las soluciones, por otra, atendiendo al mismo tiempo a las justas expectativas de las partes interesadas y en definitiva a las exigencias de la equidad.

37. Las dos corrientes de pensamiento sobre la cuestión de la inmunidad, a saber, la de la inmunidad absoluta y la de la inmunidad limitada, han aducido abundantes argumentos en apoyo de sus respectivas posiciones. Al mismo tiempo, cada una de ellas ha aducido argumentos firmes contra la otra. Sin embargo, hay que tomar una decisión. Para la Comisión, dicha decisión entraña un consenso que sirva a los intereses colectivos de la comunidad internacional, compuesta como está por Estados soberanos cuyas relaciones son cada vez más interdependientes. El orador no tiene intención de referirse a los aspectos teóricos del tema, porque ello no estaría en consonancia con la naturaleza de una segunda lectura de los proyectos de artículos. Por lo demás, la opinión de un solo miembro de la Comisión sobre las perspectivas de éxito del proyecto no es muy importante. Lo esencial es tratar de forjar por consenso proyectos de artículos concretos. Serán después los Estados quienes decidan el destino del proyecto.

38. El orador está de acuerdo con las propuestas del Relator Especial de circunscribir el proyecto de artículo 1 a la determinación del alcance del proyecto de artículos, así como de refundir los artículos 2 y 3 en un nuevo artículo 2, relativo a los términos empleados. La función de un artículo sobre los términos empleados es precisamente aclarar el significado de los términos más importantes que figuran en un instrumento jurídico. Por consiguiente, el artículo tendrá un efecto interpretativo, por lo que no es necesario añadirle otro como el anterior artículo 3, sobre disposiciones interpretativas. De hecho, un artículo de esa naturaleza puede a veces inducir a confusión. Con todo, el texto del nuevo artículo refundido (A/CN.4/415, párr. 29) plantea algunos problemas de redacción. En el nuevo párrafo 3 se fija el criterio para determinar si un contrato tiene carácter mercantil. En ese sentido, el orador señala a la atención de la Comisión la muy pertinente observación del Gobierno de Qatar sobre el párrafo 2 del artículo 3 (A/CN.4/410 y Add.1 a 5). El texto del nuevo párrafo es mejor, y el orador, aun conviniendo con el Sr. Calero Rodrigues en que reduce el alcance de la disposición, estima que al menos tiene la virtud de ser claro.

39. En el nuevo párrafo 3 se plantea la cuestión del significado de la palabra «partes». Se deduce claramente de esta disposición que el criterio para determinar el carácter mercantil de un contrato se aplica únicamente a los contratos «de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios», es decir, aquellos a los que se refiere el



inciso i) del apartado c del párrafo 1. ¿Se aplica el mismo criterio a los incisos ii) y iii) del apartado c? Las palabras citadas demuestran que no es así. Además, si se concierne un contrato de préstamo entre dos Estados para un fin público, no parece que ese contrato tenga el carácter de contrato mercantil. El orador agradecería al Relator Especial que le aclarase ese punto.

40. El Relator Especial recomienda que los privilegios e inmunidades a que se refiere el párrafo 2 del artículo 4 se apliquen únicamente a los jefes de Estado. De hecho, deberían extenderse también a los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, que representan a sus Estados en las relaciones internacionales. En ese sentido, el Gobierno de España, en sus muy pertinentes observaciones (*ibid.*), hace referencia al párrafo 2 del artículo 21 de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, cuyo texto es el siguiente: «El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado [...] gozarán [...] de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional». Tales privilegios e inmunidades tienen que concederse de conformidad con las normas de derecho internacional y no meramente por razones de cortesía, como sugiere el Relator Especial.

41. Se ha propuesto que en el artículo 6 se supriman los corchetes que enmarcan las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general», para abrir camino al desarrollo de normas de derecho internacional relativas a la inmunidad jurisdiccional. El orador, por su parte, no cree que ese argumento sea decisivo. La labor de la Comisión es principalmente codificar normas que ya existen. Si se produjeran novedades importantes en esta materia, los proyectos de artículos podrían reexaminarse.

42. El Relator Especial propone un nuevo artículo 6 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17), al parecer como concesión a quienes sostienen la teoría restrictiva de la inmunidad de los Estados. Las disposiciones del nuevo artículo permitirían añadir nuevas excepciones a las establecidas en los artículos 11 a 19. Sin embargo, las disposiciones de los artículos 11 a 19 son ya demasiado amplias y, en todo caso, deberían restringirse más. Desde esa perspectiva, el artículo 6 *bis* no representa un compromiso, como cree el Relator Especial. Como ha dicho el Sr. Reuter (2115.ª sesión), es posible que las disposiciones resulten inmanejables, circunstancia a la que también se ha referido el Sr. Mahiou. Además, el Sr. Tomuschat y el Sr. Calero Rodrigues han señalado acertadamente que el artículo es inviable, y que, de mantenerse, sería una fuente de complicaciones. El orador está dispuesto a aceptar el artículo 6, eliminando los corchetes que enmarcan las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general», en la inteligencia de que el artículo debe entenderse vinculado al artículo 28.

43. El Relator Especial, atendiendo a una propuesta de Australia, recomienda que el párrafo 1 del artículo 7 se inicie con las palabras «El Estado del foro» en lugar de «Un Estado» (A/CN.4/415, párr. 79). Desgraciadamente, aunque el texto quedaría más claro con esa modificación, en el texto inglés las palabras «forum State» figuran dos veces en un párrafo corto. El orador sugiere que en el segundo caso se sustituyan las palabras «in a forum State» (que no figuran en el texto español) por las palabras «in a court» («ante un tribunal»). En el nuevo texto propuesto, las primeras palabras del párrafo 2, «Un proceso entablado

en el Estado del foro», son correctas, pues evidentemente se refieren a un tribunal. El nuevo texto del párrafo 3 parece concordar mejor con la disposición original del párrafo 1 del anterior artículo 3 que con las disposiciones del nuevo artículo 2, resultado de la refundición de los anteriores artículos 2 y 3. El párrafo 3 se refiere a los «apartados a a d del párrafo 1 del artículo 3», referencia confusa que podría simplificarse y precisarse diciendo: «... cuando el proceso se ha promovido contra un Estado tal como se define en el apartado b del párrafo 1 del artículo 2 [...]».

44. El nuevo texto propuesto por el Relator Especial para el párrafo 1 del artículo 9 (*ibid.*, párr. 100), que el Sr. Calero Rodrigues ha definido adecuadamente como incluyendo el caso de «intervención por error», es en buena medida aceptable; sin embargo, entraña que la reserva contenida en la citada disposición se aplicaría no sólo al caso mencionado en el apartado b del párrafo 1, es decir, cuando el Estado interesado ha intervenido en el procedimiento, sino también a la situación prevista en el apartado a del párrafo 1, es decir, cuando el mismo Estado ha promovido el procedimiento. No puede concebirse que se permita a un Estado que ha promovido el procedimiento alegar que ha comparecido ante el Tribunal con el único objeto de tener conocimiento de los hechos que le servirían de base para invocar la inmunidad. Por consiguiente, el efecto de la reserva debería limitarse a la situación prevista en el apartado b del párrafo 1, como se indica claramente en los comentarios del Reino Unido al artículo (A/CN.4/410 y Add.1 a 5). El nuevo párrafo 3 propuesto tiene por objeto incorporar una propuesta del Gobierno de México, pero la última parte del párrafo debería modificarse en la forma siguiente: «... no afecta a la inmunidad del primer Estado de la jurisdicción de ese tribunal».

45. El orador está de acuerdo con las recomendaciones del Relator Especial sobre el artículo 11, pero en el texto enmendado propuesto para el párrafo 1 parecen equipararse la elección de jurisdicción y la elección de la norma aplicable. De hecho, en derecho internacional privado las normas sobre esas cuestiones no son siempre idénticas, circunstancia que habrá que aclarar en el comentario.

46. Como ha señalado acertadamente el Sr. Mahiou, la expresión «bienes de Estado separados» que figura en el nuevo artículo 11 *bis* propuesto (A/CN.4/415, párr. 122) necesita ser aclarada. Al parecer, el artículo se ha introducido en atención a una institución que existe en los ordenamientos jurídicos soviético y de otros países socialistas. Como señala el Relator Especial en su informe preliminar (*ibid.*, párr. 14), en la Constitución soviética se especifica que la propiedad del Estado es «propiedad común de todo el pueblo soviético», y se declara que es «la forma fundamental de la propiedad socialista». El concepto de los bienes separados ha surgido en relación con las empresas estatales y su sujeción a la jurisdicción de un tribunal de un Estado del foro por lo que respecta a esos bienes. De hecho, en algunos países en desarrollo no socialistas podría plantearse una situación análoga, y las disposiciones del artículo 11 *bis* serían aplicables a las empresas estatales de esos países. Evidentemente, la expresión «en nombre del Estado», al comienzo del artículo, debe analizarse más detenidamente, y el Comité de Redacción puede mejorar el enunciado del artículo.

47. El Sr. BARSEGOV da las gracias al Relator Especial por su minucioso informe sobre un tema difícil y por su



esclarecedora exposición, que facilitará la labor de la Comisión.

48. La cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados afecta al núcleo mismo del derecho internacional, pues está relacionada con el principio de soberanía e igualdad soberana de los Estados. Dadas la creciente interdependencia de los Estados y la expansión de sus relaciones económicas, científicas y culturales, la regulación jurídica del comercio internacional y las relaciones económicas internacionales revisten cada vez mayor importancia. El interés de los juristas soviéticos por la cuestión ha aumentado considerablemente con la reestructuración del mecanismo económico, y en particular de la actividad económica exterior. Como la regla de la inmunidad de los Estados se basa directamente en una norma de *jus cogens* del derecho internacional, la disposición pertinente del proyecto de artículos no puede, evidentemente, basarse en una inmunidad limitada o funcional. La solución al problema sólo puede fundamentarse en la reafirmación de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes, con excepciones claramente definidas establecidas en interés del fortalecimiento de las relaciones económicas internacionales. Es precisamente en esa esfera donde debe llegarse a un acuerdo. La labor sólo puede abordarse teniendo presentes la legislación y la práctica estatal de los diversos sistemas económicos y sociales, incluidos los del mundo capitalista, el mundo socialista y el mundo en desarrollo.

49. En ese sentido, el orador señala a la atención de la Comisión el proceso de reforma, iniciado en la URSS, que pone de manifiesto la necesidad de arbitrar una solución definitiva del problema, abriendo al mismo tiempo nuevas perspectivas para la búsqueda de una transacción basada en excepciones claramente definidas. Se han elaborado instrumentos legislativos cuyo fin es lograr una renovación profunda de las relaciones que giran en torno a la propiedad socialista, el establecimiento de un mercado socialista plenamente desarrollado y la formación de un sistema de relaciones económicas que podría denominarse «economía regulada». Las compañías, sociedades, empresas conjuntas y cooperativas asumirán el papel de protagonistas en la economía de la Unión Soviética. Las funciones de gestión económica actualmente a cargo de los ministerios se transferirán a esos organismos. Por lo que se refiere a la reafirmación y fortalecimiento de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, el orador opina que los esfuerzos desplegados deben encaminarse a la búsqueda de soluciones prácticas con miras a establecer un régimen jurídico claro pero flexible que regule las inmunidades, con normas específicas que rijan todas las excepciones.

50. Refiriéndose concretamente a los proyectos de artículos, el Sr. Barsegov dice que el artículo 1 le parece en conjunto aceptable porque, además de definir el alcance de los artículos, reconoce implícitamente que la inmunidad de los Estados existe con independencia del convenio que ha de elaborarse. Se trata de un principio perfectamente establecido y generalmente reconocido de derecho internacional basado en la igualdad soberana de los Estados, que debe, en su opinión, reflejarse en términos inequívocos al principio del proyecto de convención.

51. Los artículos 2 y 3 tienen el mismo objetivo, a saber, definir y aclarar los términos empleados. En opinión del orador, las propuestas del Relator Especial sobre el artículo 2 pueden aceptarse teniendo en cuenta las observaciones de Bulgaria, la República Socialista Soviética de Bielorrusia,

la República Democrática Alemana y México. También parece razonable aceptar la propuesta australiana de sustituir la palabra «Estado» por «Estado del foro» o «Estado extranjero», según sea conveniente. En el párrafo 1 del artículo 3, la división de los órganos del Estado en categorías no engloba todas las formas de Estado existentes. Además, los términos utilizados en la disposición —«organismos o entidades del Estado», «sus diversos órganos de gobierno» y «subdivisiones políticas del Estado»— no son claros y no facilitan la comprensión del término «Estado». Al definir el contenido de ese concepto no debe olvidarse que los Estados desarrollan su capacidad jurídica internacional por conducto de las actividades de los órganos o personas que los representan, cuyos poderes se definen en la legislación nacional. Para realizar sus funciones, esos órganos y personas están investidos de la autoridad soberana del Estado y tienen derecho a invocar inmunidad jurisdiccional. Teniéndolo presente, la Comisión quizá desee considerar la definición del término «Estado» propuesta por la República Socialista Soviética de Bielorrusia, en los términos siguientes:

«Se entiende por “Estado” el Estado y los diversos órganos y representantes de éste que están facultados para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado.» (A/CN.4/410 y Add.1 a 5.)

52. Además, y habida cuenta de que, como señalan la República Federal de Alemania y Australia en sus observaciones sobre los artículos, no hay disposiciones específicas para los Estados federales, en la definición del término «Estado» deberían incluirse disposiciones claras que aseguraran a las entidades constitutivas de los Estados federales las mismas inmunidades que al gobierno central, sin requisito adicional alguno destinado a determinar el ejercicio de las prerrogativas del poder público. En ese sentido, la Unión Soviética está interesada en establecer salvaguardias jurídicas para la participación de las Repúblicas de la Unión y sus órganos e instituciones estatales en las relaciones económicas internacionales, pues uno de los objetivos de las reformas políticas en curso en el país es dar a la soberanía de las Repúblicas de la Unión un contenido no sólo político, sino también económico. En ese contexto, los juristas soviéticos consideran que los conceptos de autogestión y autofinanciación deben aplicarse no sólo a las Repúblicas de la Unión, sino también a las entidades territoriales autónomas y administrativas.

53. El orador conviene con los comentarios de la República Democrática Alemana en que el párrafo 1 del artículo 3 no establece con suficiente claridad que las entidades jurídicas de propiedad del Estado que se autofinancian, se crean exclusivamente con el fin de realizar transacciones comerciales y actúan en su propio nombre, no representan al Estado y, por lo tanto, no tienen derecho a inmunidad para sí mismas y para sus bienes; comparte también la propuesta de inclusión de un nuevo párrafo 2 (*ibid.*).

54. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 3, para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato. Por consiguiente, se da a la naturaleza del contrato el carácter de criterio básico y a su finalidad el carácter de criterio suplementario. El orador estima que el criterio de la finalidad está justificado y ha de tener cabida en el proyecto, pero está dispuesto, en aras de lograr soluciones acordadas, a aceptar las opiniones de Yugoslavia sobre la posibilidad de utilizar ambos

criterios dándoles la misma importancia. En opinión del Sr. Barsegov, la propuesta de que la definición de la naturaleza del acto de que se trate se base en la ley del Estado del foro y no en la del Estado extranjero interesado no está justificada. Para afirmarlo se basa especialmente en la falta de salvaguardias eficaces para la observancia del principio de equidad que se aplica ampliamente en la práctica judicial de los Estados occidentales. La exigencia declaratoria relativa a la inadmisibilidad del abuso de ese derecho por parte del Estado del foro confirma que su criterio es acertado.

55. El Sr. Barsegov apoya la recomendación del Relator Especial de añadir las palabras «con arreglo al derecho internacional» en el párrafo 1 del artículo 4, para aclarar que los privilegios e inmunidades a que se hace referencia están reconocidos por el derecho internacional.

56. El concepto básico que fundamenta el artículo 6 es que un Estado goza de inmunidad de la jurisdicción de los tribunales de otros Estados con sujeción a determinadas excepciones. El orador está de acuerdo con los nueve gobiernos citados en el informe preliminar (A/CN.4/415, párr. 61), que son partidarios de la supresión de las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general». Comparte también el argumento aducido por el Brasil en el sentido de que esas palabras podrían «interpretarse como un reconocimiento de que, además de las limitaciones y excepciones establecidas expresamente en los artículos, existen otras condiciones no especificadas en otras normas del derecho internacional» (A/CN.4/410 y Add.1 a 5). Evidentemente, si existieran otras normas pertinentes de derecho internacional general, habría que tenerlas en cuenta; sin embargo, no sería correcto decir que el derecho internacional no ha progresado lo suficiente y al mismo tiempo remitirse a ese derecho. La inclusión de las palabras antes citadas daría pie a interpretaciones amplias y arbitrarias y a restricciones unilaterales de la inmunidad de los Estados y de sus bienes, lo que no contribuiría al ulterior desarrollo de un régimen jurídico claro.

57. Por lo que toca al artículo 7, el orador comparte las dudas que se han manifestado sobre las expresiones «intereses [...] de [ese otro] Estado» y «bienes [...] bajo su control», y conviene con el Relator Especial en que el Comité de Redacción debe examinar esos términos. En su opinión, el nuevo texto propuesto del artículo (A/CN.4/415, párr. 79) es preferible.

58. El Sr. Barsegov está de acuerdo con el nuevo texto propuesto por el Relator Especial para el apartado c del artículo 8 (*ibid.*, párr. 93). Desde la perspectiva de las garantías jurídicas, y en el contexto de las relaciones de que se trata, sería peligroso aplicar en la práctica el concepto del cambio en las circunstancias, que podría ser una fuente de abusos y de inestabilidad en las relaciones jurídicas y económicas internacionales.

59. Comparte también la opinión de México de que en el artículo 9 debe mencionarse que la simple comparecencia del representante de un Estado ante un órgano jurisdiccional extranjero con el objeto de cumplir sus funciones de protección de nacionales o para presentar denuncias de delitos o testificar en un caso no se deberá considerar como consentimiento para que el tribunal ejerza jurisdicción sobre el Estado representado.

60. Está de acuerdo además con el nuevo párrafo 4 propuesto para el artículo 10 (*ibid.*, párr. 107) sobre la base de la sugerencia de Tailandia.

61. En el título de la parte III del proyecto habría que elegir entre las palabras «limitaciones de» y «excepciones a». No se trata de un mero problema de redacción, pues afecta al concepto mismo de las inmunidades jurisdiccionales. El orador opina que las palabras «excepciones a» traducen mejor el contenido de la doctrina de la inmunidad como la entiende la mayoría de los países. El principio fundamental de la inmunidad de los Estados es una norma general de *jus cogens*: puede haber excepciones a esa norma, pero no limitaciones.

62. El artículo 11 crearía salvaguardias adicionales si, como sugieren la República Democrática Alemana y los países escandinavos, se estableciera un criterio relativo al vínculo jurisdiccional entre el contrato mercantil y el Estado del foro con el objeto de determinar si las diferencias derivadas de los contratos mercantiles están sometidas a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado. El Sr. Barsegov señala al respecto que la posición de la República Democrática Alemana, reseñada en la propuesta que figura en sus observaciones (A/CN.4/410 y Add.1 a 5), refleja la tendencia del derecho internacional privado a aplicar a las relaciones jurídicas contractuales un derecho extranjero por aplicación de las normas que regulan el conflicto de leyes. En su opinión, con arreglo a la doctrina contemporánea sobre conflicto de leyes de los países occidentales y algunos otros países, es posible hacerlo si la transacción de que se trata tiene una «relación estrecha» con un sistema jurídico dado o si existe un interés «preponderante» en la aplicación de las normas de este último en lugar de las del ordenamiento jurídico que rige la transacción. De hecho, ese criterio se reconoce en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, cuya principal característica, según los tratadistas occidentales, es la aceptación no de la doctrina de la inmunidad limitada, sino de la relación territorial necesaria para establecer la jurisdicción con objeto de reconocer y ejecutar la decisión dictada por los tribunales contra un Estado extranjero. Con arreglo al Convenio europeo, toda actividad enumerada como excepción a la inmunidad ha de tener algún tipo de relación territorial con el Estado ante cuyos tribunales se entable un procedimiento para determinar la base jurisdiccional de la demanda de que se trate.

63. El nuevo artículo 11 *bis* propuesto, sobre bienes de Estado separados (A/CN.4/415, párr. 122), es especialmente importante, y en relación con él se ha citado la Constitución de la URSS de 1977. Es importante recordar que la Constitución soviética va a ser enmendada, por lo que, como se ha señalado en el Congreso de Diputados del Pueblo de la URSS actualmente reunido en Moscú, no debe interpretarse con independencia de las leyes que se están elaborando en el marco del proceso de *perestroika*. El concepto de bienes separados es un reflejo de la etapa actual de *perestroika*, especialmente en la esfera de la actividad económica exterior.

64. Para la codificación de las normas del derecho internacional sobre la inmunidad del Estado, sus órganos y sus bienes, lo esencial es la definición de lo que se entiende por Estado y órganos del Estado a los que ha de concederse inmunidad, definición que tiene especial importancia para los Estados socialistas, donde la propiedad estatal de los bienes es una característica predominante. De conformidad con los principios fundamentales del derecho internacional, la cuestión puede tratarse en primer lugar sobre la base de la legislación interna, en cuyo caso ha de ser el

derecho soviético el que determine los organismos o entidades que han de considerarse órganos del Estado soviético que gozan de inmunidad. La tendencia a la descentralización de la actividad económica exterior en la Unión Soviética, junto con la reestructuración del sistema de gestión económica en su conjunto, repercute directamente en esa cuestión, la cual, por consiguiente, no debe examinarse fuera del contexto de tan profundos cambios. Como parte de esa reforma, la actividad económica exterior se está encomendando directamente a las empresas industriales y las organizaciones de investigación y proyectos científicos. Además, con arreglo a las nuevas disposiciones, las empresas adquieren personalidad jurídica al realizar transacciones económicas, por lo que no pueden considerarse órganos del Estado que disfrutan de inmunidad.

65. Asimismo, con arreglo a la Ley de empresas (asociaciones) estatales de la URSS, que entró en vigor el 1.º de enero de 1988, las empresas estatales tienen una parte separada de los bienes de propiedad nacional y un balance general independiente. Sus bienes consisten en capital fijo y circulante, otros activos físicos y recursos financieros, y las empresas tienen derecho a administrarlos, utilizarlos y disponer de ellos. Son entidades jurídicas independientes. Ni el Estado ni la empresa responden de sus respectivas obligaciones. La empresa funciona sustentada en principios de plena responsabilidad y autofinanciación. En virtud del artículo 19 de la Ley, las actividades económicas exteriores de una empresa son parte importante del conjunto de sus actividades. Entre las disposiciones de la Ley cabe destacar la que permite otorgar a las empresas que sean importantes abastecedoras de bienes o servicios para la exportación el derecho a participar directamente en actividades de exportación/importación, así como en los mercados de los países capitalistas y los países en desarrollo. Por consiguiente, hay que hacer una distinción entre dos tipos de bienes del Estado: por un lado, los bienes directamente administrados por el Estado o sus órganos, los cuales, con independencia de la naturaleza de la actividad que sea objeto de la demanda contra el Estado o sus órganos, disfrutan de plena inmunidad de la jurisdicción extranjera, y, por otro, los bienes de Estado separados administrados por empresas (asociaciones) estatales que son personas jurídicas independientes y no disfrutan de inmunidad en el caso de que se plantee una demanda contra la empresa ante los tribunales de un Estado extranjero.

66. Por tanto, cada Estado determina por sí mismo el régimen que gobierna los bienes del Estado. El Estado soviético, por su parte, separa parte de esos bienes, transfiriéndolos a personas jurídicas estatales, que pueden ser empresas, u otorgando a éstas determinados derechos sobre esos bienes. La inmunidad de los bienes de una empresa con respecto al planteamiento preliminar de una demanda o la ejecución de una sentencia sólo queda excluida en los casos derivados de las obligaciones contraídas por dicha empresa. Sin embargo, si un demandante solicitara el embargo de los bienes de una empresa estatal en una demanda entablada no contra esa empresa, sino contra otra persona jurídica o contra el Estado mismo, no podría promoverse procedimiento alguno contra esos bienes, porque en esos casos el Estado soviético podría alegar que los bienes del Estado gozan de inmunidad.

*Se levanta la sesión a las 13.10 horas.*

## 2117.ª SESIÓN

*Jueves 13 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Príncipe Ajibola, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*) (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/415<sup>2</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

#### SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

#### EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS<sup>4</sup> EN SEGUNDA LECTURA (*continuación*)

1. El Sr. BARSEGOV, reanudando la intervención que comenzó en la sesión precedente, declara que en el caso de la Unión Soviética los bienes de Estado administrados por organismos de comercio exterior o empresas industriales no gozan de inmunidad cuando son objeto de una acción entablada contra el organismo o la empresa a propósito de su actividad estatutaria, cosa que no sucede en la situación inversa. En efecto, en este último caso, si los bienes son objeto de embargo en cuanto bienes de Estado, ya no pueden ser segregados de la propiedad socialista estatal. Estos bienes, como cualquier otro bien del Estado, es decir, los bienes no separados, gozan de inmunidad. El Sr. Barsegov señala a este respecto en el nuevo artículo 11 *bis* propuesto (A/CN.4/415, párr. 122) una inexactitud jurídica; contrariamente a lo que se establece en el mismo, una empresa estatal no celebra los contratos en nombre de un Estado. Partiendo de estas consideraciones, propone la variante siguiente del artículo 11 *bis*:

«1. Si una empresa estatal celebra con una persona física o jurídica extranjera un contrato mercantil, y si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a ese contrato mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, esa empresa estatal (persona jurídica estatal) no gozará de inmunidad jurisdiccional en el litigio judicial que se derive de ese contrato mercantil.

»2. Las disposiciones del párrafo 1 no se aplicarán cuando la demanda no se refiera a una persona jurídica estatal que haya celebrado un contrato mercantil con una persona física o jurídica extranjera, sino a cualquier

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31.

otra empresa de este Estado o al propio Estado. Además, las disposiciones de este artículo no se aplicarán cuando la demanda concierna a relaciones no contractuales.

»3. Las disposiciones del párrafo 1 no serán aplicables por el Estado en que se encuentre el tribunal si en ese Estado se concede inmunidad jurisdiccional en semejantes circunstancias a las personas jurídicas estatales.»

2. Tales disposiciones no parecen contrarias a las normas nacionales en la materia. Como prueba, el Sr. Barsegov cita el apartado *a* del artículo 1603 de la ley norteamericana sobre la inmunidad de los Estados extranjeros (*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*), que contiene la siguiente definición de un «Estado extranjero»:

Un «Estado extranjero» [ ] incluye una subdivisión política de un Estado extranjero, sus organismos e instituciones [ ]

Disposición que se precisa en el apartado *b* del mismo artículo, que dice:

Un «organismo o instituciones de un Estado extranjero» comprende toda entidad

- 1 que sea una persona jurídica independiente, una sociedad u otro, y
- 2 que sea un órgano de un Estado extranjero o de su subdivisión política, o una mayoría de cuyas acciones u otra propiedad de interés pertenezca a un Estado extranjero o a su subdivisión política [ ]

Según la práctica jurisdiccional, los tribunales norteamericanos reconocen sin ninguna dificultad el estatuto de empresa estatal extranjera a los organismos del Estado. Tampoco se plantean problemas particulares en lo que concierne a la concesión del estatuto de Estado extranjero a las empresas de las que el Estado sea el único propietario.

3. El Sr. Barsegov ha seguido con mucho interés las intervenciones de los miembros de la Comisión que ya han tratado la cuestión, particularmente la del Sr. Shi, quien ha propuesto también un nuevo artículo 11 *bis* (2115.ª sesión, párr. 24). Naturalmente, esa propuesta, como las demás formuladas a este respecto, abren la posibilidad a un amplio acuerdo sobre el contenido de este artículo.

4. El Sr. SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, tras señalar que los trabajos del Relator Especial conducen a la Comisión hacia un consenso, dice que centrará sus comentarios en aquellos puntos de los artículos 1 a 11 que ofrecen controversia.

5. El artículo 1 es satisfactorio, y el Relator Especial ha hecho bien en no querer agregar nada al texto aprobado en primera lectura, que tiene la virtud de la concisión.

6. La fusión en un solo texto de los artículos 2 y 3 parece lógica, ya que ambos tratan cuestiones de terminología interconectadas y a que el título del artículo 3, «Disposiciones interpretativas», ha conducido a discusiones. Por tanto, al Sr. Sepúlveda Gutiérrez le agrada la forma en que el Relator Especial resuelve el problema en su informe preliminar. No obstante, el nuevo texto propuesto (A/CN.4/415, párr. 29) permite formular ciertas observaciones. Por ejemplo, convendría redactar el inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 con mayor precisión a fin de evitar dudas y confusiones. A este respecto, tal vez existe en español una frase mejor que «realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público». Igualmente, el párrafo 3 debería enmendarse para indicar claramente que se trata de un contrato con fines públicos.

7. Aunque en principio está de acuerdo con el nuevo texto propuesto para el párrafo 1 del artículo 4 (*ibid.*, párr. 50), el Sr. Sepúlveda Gutiérrez piensa que esta disposición está un poco fuera de lugar en el proyecto y dice que comparte las dudas expresadas a este respecto por el Sr. Mahiou en la sesión precedente.

8. En cuanto al artículo 5, la cláusula de salvedad que constituye la primera parte de este texto parece necesaria, ya que existen casos en que la retroactividad podría ser razonable. Sin tal cláusula, el Estado signatario en cuyo territorio se tramite un juicio sobre inmunidades que ese Estado no reconoce debería, pese a todo, plegarse al régimen consagrado en la futura convención.

9. En cuanto al artículo 6, la disposición clave en el sistema de inmunidades jurisdiccionales, el Sr. Sepúlveda Gutiérrez estima, como varios oradores que le han precedido y como el Relator Especial, que debe desaparecer la frase entre corchetes por las controversias que genera. Por otra parte, el nuevo artículo 6 *bis*, propuesto por el Relator Especial como transacción posible en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17), a su juicio genera más problemas que aquellos que busca resolver.

10. Aprueba la propuesta de Australia de utilizar las expresiones «Estado del foro» y «Estado extranjero» en el artículo 7 y aprueba también el nuevo texto propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 79), que es más conciso y más claro que el texto aprobado.

11. El Sr. Sepúlveda Gutiérrez comparte las sugerencias de agregar en el apartado *c* del artículo 8, después de la palabra «declaración», el adjetivo «formal» o alguno equivalente. Para mayor claridad, también habría que sustituir la palabra «cuestión» en la cláusula preliminar por la palabra «controversia» o «diferendo».

12. El Sr. Sepúlveda Gutiérrez aprueba también el nuevo texto del artículo 9 propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 100), pese a la fórmula «siempre que lo haga en la primera oportunidad», utilizada al final del párrafo 1, que es demasiado vaga para un instrumento jurídico. Sin duda, el Comité de Redacción encontrará una expresión mejor.

13. Aprueba también el nuevo texto propuesto para el artículo 10 (*ibid.*, párr. 107), que es más preciso que el anterior.

14. El artículo 11 debe dejar claro el concepto de una «empresa del Estado» y guardar concordancia con otras disposiciones del proyecto de artículos. El texto enmendado propuesto para el párrafo 1 (*ibid.*, párr. 121) parece aceptable, pero requiere algunas mejoras. En cambio, el nuevo artículo 11 *bis* propuesto no agrada al Sr. Sepúlveda Gutiérrez (*ibid.*, párr. 122), ya que la teoría de los bienes de Estado separados no ha sido reconocida en todos los países. La Comisión debería estudiarla más a fondo a fin de garantizar los derechos de algunos países, en particular los del tercer mundo. El Sr. Sepúlveda Gutiérrez tendrá que reflexionar sobre la propuesta del Sr. Barsegov para el artículo 11 *bis* (párr. 1 *supra*) antes de poder pronunciarse al respecto.

15. Por último, propone remitir los artículos 1 a 11 al Comité de Redacción.

16. El Sr. THIAM, tras rendir homenaje al Relator Especial, dice que en la fase actual no puede detenerse en cuestiones de principio que ya han sido ampliamente deba-

tidas. Se dedicará sobre todo a hacer algunas observaciones sobre determinados proyectos de artículos.

17. Aprueba la redacción del texto del artículo 3, pero desearía que enumerase las diferentes subdivisiones del Estado, en particular las subdivisiones administrativas —comunales, departamentos, etc.— que poseen ciertas prerrogativas de los poderes públicos a fin de tener en cuenta los sistemas de derecho público vigentes en algunos países. En cuanto al carácter del contrato, señala que éste en general se define por su naturaleza, pero admite que se quiera incluir la noción de finalidad. No obstante, el Estado tendría que estipularla expresamente, ya que en principio lo que prevalece es la naturaleza del contrato.

18. Pasando al artículo 4, el Sr. Thiam subraya que hay diferencias importantes entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad diplomática. Esta última, ligada a la función y limitada en el tiempo, no tiene la misma naturaleza que la inmunidad de jurisdicción. Tampoco tiene la misma finalidad, ya que tiene por objeto proteger el libre ejercicio de la función diplomática, asegurar la independencia del diplomático y la libertad, sin la que no podría ejercer su misión. Ciertamente, comporta también una inmunidad de jurisdicción, pero ésta es puramente provisional y no protege al diplomático más que cuando ejerce su misión. La inmunidad de jurisdicción, en cambio, está vinculada a la soberanía misma del Estado, es permanente, y no está ligada a las vicisitudes de los gobiernos. El artículo 4 trata inútilmente ciertas cuestiones, e incluso puede prestarse a confusiones. Por ejemplo, ¿por qué hablar de los privilegios e inmunidades de los jefes de Estado, personas que no guardan relación con la cuestión? Lo más prudente es suprimir este artículo.

19. En cuanto al artículo 6, el Sr. Thiam dice que no quiere volver a abrir el debate teórico, prácticamente sin salida, sobre la cuestión de saber si la inmunidad es o no un principio de derecho internacional, y prefiere atenerse a las cuestiones prácticas. A este respecto, la Comisión no debe olvidar que los Estados se esfuerzan por encontrar las soluciones más cómodas y más concretas a los problemas que plantea la organización de sus relaciones, en plan de reciprocidad. Por otra parte, la expresión que figura entre corchetes es ambigua y parece suscitar conflictos. Su supresión no perjudicaría al proyecto.

20. El artículo 7 también es inútil y su título difícil de entender. Por otra parte, si se examinan los diferentes elementos que componen el texto, resulta sorprendente el párrafo 3, en el que se habla de los «órganos» de un Estado, en tanto que el término «Estado» se define en un artículo anterior.

21. Abordando el nuevo párrafo 4 propuesto para el artículo 10 (A/CN.4/415, párr. 107), el Sr. Thiam se pregunta sobre el sentido que ha de dársele. ¿Por qué limitar la cuantía de la reconvencción? Tan lógico es exigir que exista una relación jurídica entre ambas demandas como ilógico impedir que un Estado plantee una demanda mayor que otro Estado interesado. Cabría imaginar el caso de un acto culposo que haya causado perjuicios desiguales a los Estados A y B, y en el que el Estado A no pudiera reclamar la reparación del perjuicio sufrido, mayor que el sufrido por el Estado B, presentando una demanda mayor que la de este último. Por tanto, se impone suprimir una disposición que produzca tal efecto.

22. El nuevo artículo 11 *bis* propuesto (*ibid.*, párr. 122) plantea cuestiones espinosas de principio, sobre las que el Sr. Thiam no ha tenido tiempo de reflexionar suficientemente, tanto más cuanto que las alternativas sugeridas, en particular la del Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24), aún no se han traducido al francés. Por tanto, reserva su posición sobre este punto.

23. El Sr. NJENGA dice que los textos que propone el Relator Especial, teniendo en cuenta las observaciones de los Gobiernos, para mejorar los proyectos de artículos aprobados en primera lectura ayudarán considerablemente a la Comisión en su tarea. Agradece al Relator Especial en particular el análisis teórico que ha dedicado a la evolución de la noción de inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y a los fundamentos jurídicos de la teoría de la inmunidad absoluta y de la teoría de la inmunidad restringida. No obstante, y sin querer entrar durante la segunda lectura en un debate «teológico» sobre el fundamento de las inmunidades jurisdiccionales, precisa que a su juicio la jurisprudencia, la práctica de los Estados y los textos legislativos citados por el Relator Especial no justifican la conclusión que éste saca de ellos en su segundo informe:

[...] la doctrina de la inmunidad absoluta ha dado paso gradualmente a una doctrina de inmunidad restringida y, por lo tanto, no parece que exista actualmente una norma de derecho internacional consuetudinario que exija automáticamente a un Estado que conceda inmunidad jurisdiccional a otros Estados en términos generales. [...] (A/CN.4/422 y Add. I, párr. 4)

24. En efecto, además de que los ejemplos mencionados por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 7 y 8) son bastante recientes, por ejemplo, la «Tate letter» del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (1952), el asunto *The «Philippine Admiral»* (1975) y el asunto *Chemins de fer danois en Allemagne* (1953), todos están sacados de una sola parte del mundo, la de los países occidentales industrializados. Análogamente, los textos legislativos citados son recientes: la *Foreign Sovereign Immunities Act* de los Estados Unidos de América data de 1976, la *State Immunity Act* del reino Unido data de 1978, legislación similar en Singapur de 1979, en Pakistán de 1981, en Sudáfrica de 1981, en el Canadá de 1982 y en Australia de 1985. En efecto, todos estos textos son otras tantas derogaciones a la regla de la inmunidad absoluta, que sigue gozando del apoyo de la aplastante mayoría de la comunidad internacional, incluidos los países en desarrollo. Lo mismo sucede con la opinión de G. M. Badr, expresada en su obra titulada *State Immunity: An Analytical and Prognostic View* y citada por el Sr. Mahiou (2116.ª sesión), según la cual el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano suscribe la teoría de la inmunidad limitada. El Sr. Njenga la rechaza categóricamente. La realidad es que en los períodos de sesiones de 1985, 1986 y 1987, el Comité debatió ampliamente la erosión, considerada injustificada, de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, a raíz de la consagración de la competencia extraterritorial por la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos de América. Por otra parte, esta ley ya había sido objeto en 1983 de una reunión de los asesores jurídicos de los Estados miembros del Comité, y éstos habían llegado a la conclusión de que, dadas las divergencias observadas en la práctica de los Estados y de la tendencia cada vez mayor a decisiones legislativas que limitan la inmunidad, era conveniente que el derecho en la materia fuera codificado por la CDI desde la perspectiva de una aplicación uniforme de la regla de la inmunidad soberana.

25. Abordando la parte I del proyecto (Introducción), el Sr. Njenga aprueba la propuesta del Relator Especial de combinar el artículo 2 (Términos empleados) y el artículo 3 (Disposiciones interpretativas) en un solo artículo 2, titulado «Términos empleados». A propósito de la definición de la palabra «tribunal» que figura en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 2, el Sr. Njenga señala que, en algunos países, las funciones judiciales se extienden también a las funciones ejercidas por órganos del Estado distintos de los tribunales. Invita al Relator Especial a estudiar la definición de este término que da la *Australia's Foreign States Immunities Act 1985*, cuya sección 3 dispone que por «tribunal» se entenderá todo tribunal o cualquier otro órgano, cualquiera que sea su denominación, que ejerza funciones o poderes judiciales o funciones o poderes análogos a las funciones o poderes judiciales.

26. El Sr. Njenga comprueba con satisfacción que el Relator Especial, en su definición de la expresión «contrato mercantil», ha velado por que el contrato mercantil se asimile a las transacciones gubernamentales de interés público, que son esencialmente actos de los poderes públicos, y para las que debe seguir aplicándose la norma de la inmunidad. Análogamente, el texto del párrafo 3 del nuevo artículo 2 (A/CN.4/415, párr. 29) constituye una mejora con relación al texto adoptado en primera lectura (párr. 2 del antiguo artículo 3), ya que prevé la aplicación de un doble criterio, a saber: la naturaleza del contrato y la finalidad del mismo. No obstante, en ese artículo se dice que el criterio de la finalidad no se tomará en consideración más que «si en un acuerdo internacional entre los Estados interesados o en un contrato escrito entre las partes se estipula que el contrato tiene un fin público». Según el Sr. Njenga, ésta es una aplicación demasiado restrictiva del criterio de la finalidad, ya que, incluso sin estipulación expresa, puede parecer evidente que ciertas transacciones, por ejemplo las concertadas en caso de inundación, de socorro de urgencia o de campañas de vacunación, son transacciones de interés público.

27. Pasando a la parte II del proyecto (Principios generales), el Sr. Njenga señala que los partidarios de la inmunidad absoluta y los partidarios de la inmunidad restringida convienen ambos en que existen normas consuetudinarias en la materia, basadas en la igualdad soberana de los Estados. En efecto, en un mundo de sistemas sociales, económicos y políticos diferentes, los Estados no podrían mantener relaciones armoniosas si cada uno de ellos aprovechara cualquier ocasión para ejercer su jurisdicción sobre la actividad legítima realizada por otros Estados en el interior de ese territorio. Por tanto, es esencial que la Comisión enuncie el principio fundamental e irrevocable de la inmunidad del Estado y que consagre su aplicación universal, es decir, sin sujetarle a las «normas pertinentes del derecho internacional general», que son muy imprecisas, de suponer que existan. Por esta razón, el Sr. Njenga es partidario de suprimir las palabras que figuran entre corchetes en el artículo 6 (Inmunidad del Estado). El régimen previsto en ese artículo modificado de esta manera no será ni rígido ni inmutable; será aplicado no sólo sin discriminación, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 28, sino también sobre la base de la reciprocidad, de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo. Cabría igualmente prever regímenes particularmente favorables, que serían aplicados dentro de una región o de una subregión sobre la base de acuerdos geográficamente limitados.

28. No obstante, el Sr. Njenga pone en guardia contra la multiplicación de regímenes basados en el principio de la reciprocidad y en una aplicación restrictiva de los artículos, como lo permite el texto del nuevo artículo 6 *bis* propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17). Según el Sr. Njenga, este artículo sería un grave obstáculo para la formulación de un criterio objetivo que fundara la inmunidad de los Estados; por tanto, se opondría al mismo. Cualesquiera que sean las excepciones a la inmunidad de los Estados que adopte la Comisión, deberán enunciarse expresamente en la parte III del proyecto. En cuanto a las excepciones que podrían resultar necesarias posteriormente, podrían ser objeto de un protocolo adicional relativo a la modificación del futuro instrumento.

29. El Sr. Njenga acepta las leves modificaciones propuestas por el Relator Especial al artículo 7 (Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado), encaminadas a sustituir las palabras «un Estado» y «otro Estado» por las expresiones «el Estado del foro» y «un Estado extranjero» y a simplificar el párrafo 3. Análogamente, apoya la propuesta del Relator Especial relativa al nuevo texto propuesto para el apartado *c* del artículo 8 (A/CN.4/415, párr. 93), que subraya el carácter voluntario de la sumisión de una controversia a la jurisdicción local.

30. También acepta el texto propuesto para el artículo 9 (*ibid.*, párr. 100), que se basa en la teoría del consentimiento implícito en el ejercicio de la jurisdicción resultante de la participación previa a un procedimiento. No obstante, estima que el Relator Especial ha hecho bien en atenuar esta regla en los casos en que el Estado participa en el procedimiento de fondo antes de tener conocimiento de los hechos sobre los que puede basarse la petición de inmunidad, y aprueba el texto que el Relator Especial propone agregar al apartado *b* del párrafo 1, inspirándose en el párrafo 1 del artículo 3 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972.

31. En cuanto al artículo 10, el Sr. Njenga desearía recibir algunas aclaraciones sobre el nuevo párrafo 4 que el Relator Especial propone agregar al artículo (*ibid.*, párr. 107), cuyo texto convendría modificar en cualquier caso.

32. Pasando a la parte III del proyecto ([Limitaciones de] [Excepciones a] la inmunidad del Estado), el Sr. Njenga dice que le parece inútil en la presente fase detenerse en el título de esta parte. Una vez alcanzada una avenencia satisfactoria sobre los tipos y la naturaleza de las situaciones en las que no debe invocarse la inmunidad del Estado, la palabra elegida, ya sea «limitaciones» o «excepciones», no tendrá ninguna importancia.

33. En cuanto al artículo 11 (Contratos mercantiles), el Sr. Njenga cree que, aunque circunscrita, la actividad mercantil es una esfera respecto de la cual el Estado que la ejerce en otro Estado no debe invocar la inmunidad para sustraerse a la jurisdicción de éste. Aprueba el nuevo texto propuesto por el Relator Especial para el párrafo 1 (*ibid.*, párr. 121). No obstante, en la práctica será difícil aplicar las «normas aplicables de derecho internacional privado», dadas las controversias que pueden surgir sobre la cuestión de saber si la ley determinante es la *lex loci contractus*, la *lex domicilii* o la *lex situs*. Como han sugerido algunos gobiernos, tal vez sería preferible adoptar en este artículo el criterio del vínculo jurisdiccional entre el contrato mercantil y el Estado del foro. Por otra parte, el Sr. Njenga



piensa que el apartado *a* del párrafo 2 debería referirse también a los acuerdos financieros y mercantiles concertados entre los Estados y las organizaciones internacionales tales como el FMI, el Banco Mundial, el Banco Africano de Desarrollo.

34. Pasando al nuevo artículo 11 *bis* propuesto, sobre bienes de Estado separados (*ibid.*, párr. 122), el Sr. Njenga, al tiempo que agradece al Relator Especial su voluntad de conciliar en una fórmula flexible y equitativa las situaciones resultantes de sistemas socioeconómicos diferentes, dice que está generalmente admitido que los órganos de Estado que gozan de personalidad jurídica propia y que se dedican a actividades mercantiles no deben solicitar la inmunidad ni gozar de ella. Pese a las explicaciones del Sr. Shi (2115.ª sesión) y el Sr. Barsegov sobre el funcionamiento de esos órganos en los países socialistas, la noción de «bienes de Estado separados» sigue siendo vaga para muchos, y el propio término «separados» no es acertado. El Sr. Njenga agrega que en la mayoría de los países en desarrollo existen órganos análogos, dotados de personalidad jurídica propia y de autonomía financiera, que no reúnen las condiciones requeridas para reivindicar la inmunidad y en cuyo nombre el Estado no debería poder ser citado ante los tribunales. Por ende, es necesario precisar tanto la noción de «bienes de Estado separados» como la propia redacción del artículo 11 *bis*, ya que la cuestión de la inmunidad puede confundirse aquí con la de la parte que debe comparecer ante los tribunales. Importa indicar que, en los casos previstos en esta disposición, podría entablarse ante los tribunales del Estado del foro una acción contra la empresa estatal, pero no contra el propio Estado. La redacción sugerida por el Sr. Shi (*ibid.*, párr. 24) mejora el texto propuesto por el Relator Especial, pero, en aras de la claridad, tal vez convendría sustituir en el párrafo 1 las palabras «a menos que» por la palabra «si». El texto propuesto por el Sr. Barsegov (párr. 1 *supra*) también es interesante, pero se pregunta si el párrafo 3 es verdaderamente necesario.

35. En cuanto al artículo 12 (Contratos de trabajo), el Sr. Njenga acepta la propuesta del Relator Especial de suprimir en el párrafo 1 las palabras «y está protegido por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en ese otro Estado». En cambio, no está convencido de que haya que suprimir los apartados *a* y *b* del párrafo 2, ya que se refieren a casos bien establecidos en que se aplica la inmunidad.

36. En cuanto al artículo 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes), el Sr. Njenga duda de que la expresión prevista en este caso sea aceptable en principio. Las decisiones judiciales en la materia son raras y no es exacto decir que no quedaría comprometida la dignidad del Estado, ya que en la mayoría de los casos las compañías de seguros concederían una indemnización. Se suele afirmar que sería injusto denegar la indemnización en los casos de lesiones a las personas o daños a los bienes causados por un Estado extranjero. Es una razón de peso. No obstante, el mismo argumento puede invocarse en el caso de los daños causados por un agente diplomático, y sería curioso justificar la inmunidad diplomática para los agentes del Estado y denegar esa inmunidad al propio Estado. Con todo, esto no significa excluir la responsabilidad. Puede suceder que una acción o una omisión que hayan ocasionado lesiones a las personas y daños a los bienes sea un acto internacionalmente ilícito que comprometa la res-

pensabilidad del Estado en virtud del derecho internacional. En este sentido, el Sr. Njenga apoya la propuesta del Relator Especial de agregar un párrafo 2 al artículo 13 (A/CN.4/415, párr. 143). No obstante, como el principio que en él se enuncia es de aplicación general, sería mejor colocar ese texto en el preámbulo.

37. El artículo 14 prevé una excepción a la inmunidad que se basa en el principio firmemente establecido de la autoridad soberana del Estado del foro en materia de propiedad, posesión y uso de bienes. El Sr. Njenga comparte, no obstante, la observación del Gobierno de la Unión Soviética, según la cual los apartados *c*, *d* y *e* del párrafo 1 pueden abrir la vía al reconocimiento de la competencia de un tribunal extranjero incluso en ausencia de toda relación entre el bien y el Estado del foro. Por tanto, apoya la propuesta del Relator Especial encaminada a suprimir esos apartados.

38. El artículo 15 (Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial), que forma parte de la continuación de los artículos 11 y 14, es en general aceptable, y el Sr. Njenga se une a la propuesta del Relator Especial encaminada a explicar en el comentario que la fórmula «cualquier otra forma análoga de propiedad intelectual e industrial» engloba las nuevas categorías de propiedad intelectual tales como los derechos en la esfera fitogenética.

39. El artículo 16 (Cuestiones tributarias) es igualmente aceptable, a condición de que en el comentario se explique que este artículo no se aplica a los bienes de Estado utilizados para fines diplomáticos o consulares. El Sr. Njenga no tiene observaciones que formular respecto del artículo 17 (Participación en sociedades u otras colectividades), porque tanto un Estado que desea participar en una sociedad como en una colectividad comercial del Estado del foro se supone que debe haber aceptado la jurisdicción de ese Estado.

40. En cuanto al artículo 18 (Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial), el Sr. Njenga lo aprueba en su conjunto, pero considera que la propuesta del Relator Especial encaminada a suprimir en los párrafos 1 y 4 las palabras «no gubernamentales», que en el pasado han suscitado algunas controversias, equivaldría a menoscabar gravemente el principio de la inmunidad jurisdiccional y comprometería los esfuerzos desplegados por muchos países en desarrollo para crear sociedades de navegación marítima en el marco de sus políticas nacionales y no sólo desde una perspectiva comercial.

41. Pasando al artículo 19 (Efectos de un compromiso arbitral), que prevé una excepción a la inmunidad en el marco de la jurisdicción de control ejercida por un tribunal del Estado del foro en relación con un arbitraje, el Sr. Njenga estima que el texto debe redactarse con mucho cuidado. En efecto, las partes prefieren en general el procedimiento de arbitraje al procedimiento judicial, porque es menos largo y menos oneroso, y porque en él no sólo eligen los árbitros, sino también el derecho aplicable. Todas estas ventajas desaparecerían si ulteriormente un tribunal fuera llamado a pronunciarse sobre la validez de un compromiso arbitral, sobre el procedimiento o sobre el propio laudo. Es cierto que los compromisos arbitrales pueden excluir expresamente el recurso a los órganos judiciales, pero la legalidad de una cláusula de este tipo



podría ser objeto de un procedimiento judicial. ¿No habría que excluir al menos de una forma más expresa toda eventualidad de este tipo? Sea como fuere, el Sr. Njenga rechaza la propuesta del Relator Especial de ampliar el alcance de este artículo incluyendo los litigios relacionados con «un negocio civil o mercantil».

42. En cuanto al artículo 20 (Casos de nacionalización), el Relator Especial ha hecho bien en señalar que nadie ha invitado a la Comisión a emitir una opinión jurídica sobre los efectos extraterritoriales de las medidas de nacionalización. Por su parte, el Sr. Njenga no ve la razón para conservar este artículo, tanto más cuanto que no guarda relación con la parte III del proyecto, como ha señalado el Gobierno de Tailandia.

43. Pasando a la parte IV del proyecto (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas en lo que concierne a sus bienes), el Sr. Njenga señala que hay un principio establecido de derecho internacional según el cual la renuncia, expresa o tácita, a la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal extranjero no equivale necesariamente a una renuncia a la inmunidad de las medidas coercitivas, ya se trate del embargo, del embargo con ocupación o del embargo con ejecución. Este principio se aplicaría incluso en los casos de excepción a la inmunidad previstos en el proyecto de artículos. En efecto, sería perjudicial para la armonía de las relaciones entre los Estados sujetar los bienes de Estado a medidas coercitivas, en la medida en que el artículo 21 enuncia esta norma de inmunidad que es aceptable. El Sr. Njenga ni siquiera está persuadido de que haya que prever excepciones a esta norma. Toda medida coercitiva, cualquiera que sea, no haría más que crear tensión en las relaciones entre los Estados interesados, y la mejor manera de hacer ejecutar una decisión judicial dictada contra un Estado es recurrir a la vía diplomática. Ciertamente, un Estado es libre de dar por escrito en un tratado o convención su consentimiento a medidas coercitivas, pero este consentimiento debe ser expreso, y el Sr. Njenga aprueba el artículo 22 (Consentimiento en las medidas coercitivas) con esta condición. Aprueba también el artículo 23, en el que se enumeran las categorías de bienes que en ningún caso pueden ser objeto de medidas coercitivas. No obstante, respecto de las palabras «no gubernamentales» que figuran en el párrafo 1, el Sr. Njenga se remite a lo que ha dicho respecto del artículo 18.

44. Pasando finalmente a la parte V del proyecto (Disposiciones diversas), el Sr. Njenga dice que aprueba en su conjunto los artículos 25 (Fallo en ausencia), 26 (Inmunidad respecto de medidas coactivas) y 27 (Inmunidades procesales), pero se reserva el derecho de volver a tratar el tema a la luz del debate.

45. El Sr. AL-QAYSI, refiriéndose a los artículos 12 a 20, dice que la formulación de estas disposiciones ofrece a la Comisión la oportunidad de estudiar las soluciones de avenencia necesarias para que el proyecto de artículos en su conjunto sea aceptado ampliamente por los Estados, y expresa su convencimiento de que los esfuerzos de la Comisión en ese sentido tendrán éxito.

46. En lo que respecta al artículo 12, al igual que el Relator Especial, el orador considera que la referencia en el párrafo 1 a la seguridad social no es útil ni necesaria. Sin embargo, duda que, si se mantiene dicho artículo, se deban suprimir también los apartados *a* y *b* del párrafo 2.

Habida cuenta del comentario del Relator Especial sobre el proyecto de artículos en su conjunto y en particular sobre dichos apartados, el texto de éstos parece estar bien fundamentado y no da lugar a ninguna ambigüedad. Si se teme que la expresión «el ejercicio del poder público» dé lugar a una interpretación excesivamente amplia, como sucede respecto de ciertas expresiones análogas que figuran en otros artículos, bastará agregar comentarios breves y claros para evitar toda ambigüedad.

47. En cuanto al artículo 13, un análisis detallado de la exposición del Relator Especial que figura en su informe preliminar (A/CN.4/415) y en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1) pone de manifiesto numerosas lagunas. Por ejemplo, aunque en 1984 se modificó el alcance del artículo para que incluyese los accidentes de tránsito, se propone suprimir la segunda limitación de orden territorial, a saber, la presencia del autor del acto que ha causado el daño en el territorio del Estado del foro en el momento en que se cometió dicho acto. ¿Qué sentido tiene esta limitación? ¿Se puede cometer a distancia o por correspondencia un acto que causa un accidente de tránsito? También en este caso, ¿existirán dos criterios para atribuir los actos ilícitos a los Estados, como al parecer se prevé, esto es, un criterio de orden general a los fines de la responsabilidad de los Estados y otro a los fines del artículo 13? De ser así, ¿en qué se basaría esta distinción y cuáles serían sus consecuencias? Por lo demás, este artículo suscita otras dificultades, especialmente las que se mencionan en las observaciones de la URSS y de la República Democrática Alemana. Además, el Relator Especial estima que «la Comisión debería volver a considerar el alcance del artículo, habida cuenta de que los casos de responsabilidad relacionados con delitos han sido hasta ahora muy escasos en la práctica» (*ibid.*, párr. 22). A juicio del Sr. Al-Qaysi, cabe elegir entre dar a este artículo un alcance amplio —solución que, como señala el Relator Especial, no recibiría apoyo de un número significativo de Estados— o darle un alcance limitado expresamente a los accidentes de tránsito —que, como también señala el Relator Especial, pueden estar cubiertos por un seguro—, y en este caso ello no justificaría un artículo separado. Dadas esas incertidumbres, el Sr. Al-Qaysi duda seriamente de la utilidad de tal disposición en la forma propuesta por el Relator Especial.

48. En lo que respecta al artículo 14, el Sr. Al-Qaysi aprueba la proposición del Relator Especial de suprimir los apartados *b* a *e* del párrafo 1. En cuanto al artículo 15, el razonamiento del Relator Especial en cuanto al contenido de esa disposición no suscita objeciones.

49. En cuanto al artículo 16, el Sr. Al-Qaysi aún no ha llegado a una conclusión: por una parte, comparte en cierta medida la opinión del Sr. Shi (2115.ª sesión), y por la otra, considera, como sugiere España, que se puede agregar al artículo —de ser aceptable su contenido— una referencia a los acuerdos internacionales en vigor entre los dos Estados interesados.

50. En relación con el artículo 18 (Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial), el Sr. Al-Qaysi se declara partidario de suprimir las palabras «no gubernamentales» que en sus diversas variantes figuran entre corchetes en los párrafos 1 y 4, por los motivos que el Relator Especial señala en sus dos informes. Además, la inclusión de una disposición como el nuevo párrafo 1 *bis* propuesto (A/CN.4/422 y Add.1,

párr. 26) contribuirá a eliminar las divergencias, siempre que se introduzcan mejoras de redacción análogas a las que se acordarán para el nuevo artículo 11 *bis* propuesto. Por otra parte, convendría que el Relator Especial aclarase la observación que hace en su segundo informe respecto de que el párrafo 6 «se debería volver a redactar porque podría interpretarse erróneamente en el sentido de que los Estados pueden alegar todas las medidas de defensa, la prescripción y la limitación de la responsabilidad sólo en los procedimientos relacionados con la explotación de los buques y cargamentos» (*ibid.*, párr. 25). En efecto, las disposiciones de los párrafos 1 y 4 tratan única y exclusivamente de los procedimientos relativos a la explotación de buques y al transporte de cargamentos, respectivamente, y no se entiende cómo se podrían producir errores de interpretación respecto de esos párrafos. Por último, dadas las razones señaladas por el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párrs. 28 a 31), el Sr. Al-Qaysi comparte la conclusión de que no procede incluir en el artículo 18 una disposición especial relativa a las aeronaves.

51. En cuanto al artículo 19 (Efectos de un compromiso arbitral), el Sr. Al-Qaysi, al igual que el Relator Especial, prefiere la expresión «negocio civil o mercantil», que es más completa y que no debería suscitar problemas, pues de todos modos la cuestión sometida a arbitraje queda definida en un compromiso arbitral. Por lo demás, cuesta entender por qué las disposiciones de este artículo deberían subordinarse a la excepción fundada en la naturaleza mercantil del contrato, dado que para someter una cuestión a arbitraje se requiere un acuerdo. En cuanto a la cuestión de saber si, como propone el Relator Especial, se deba agregar un apartado *d* sobre el reconocimiento del laudo partiendo de que no se entiende que esa disposición entraña una renuncia a la inmunidad de ejecución, el Sr. Al-Qaysi no se opone siempre que en el nuevo texto se haga referencia expresa a esa interpretación.

52. En cuanto al artículo 20, aun después de conocer los argumentos expuestos por el Relator Especial en su segundo informe (*ibid.*, párr. 41), el Sr. Al-Qaysi no está seguro todavía de que esa disposición deba figurar en la parte III del proyecto como una excepción a la inmunidad de los Estados. Aun en la hipótesis prevista sobre la relación entre el artículo 20 y el apartado *b* del artículo 15, es difícil decir si el otorgamiento de una nueva patente en favor del Estado X por la oficina de patentes del Estado Y, no haría al Estado X titular del derecho protegido en el Estado del foro, según el apartado *b* del artículo 15. Si, como desean ciertos gobiernos, se mantiene pese a todo el contenido del artículo 20, su ubicación más apropiada sería la parte I del proyecto.

53. Por último, el Sr. Al-Qaysi considera que la Comisión efectúa la segunda lectura de los proyectos de artículos en forma demasiado precipitada, pues esos artículos son complejos y muchos miembros de la Comisión piensan con razón que en ciertos casos los textos deben revisarse a fondo. Es de esperar que en el futuro la Comisión prevea el tiempo necesario para examinar detenidamente los proyectos de artículos más controvertidos antes de remitirlos al Comité de Redacción, a fin de que este último disponga de directrices más concretas.

54. El Sr. BENNOUNA, tras rendir homenaje al Relator Especial, quien, conforme a las tradiciones filosóficas de su país, ha sabido evitar las controversias, acercar las posiciones extremas y ser pragmático, dice que no desea

reiniciar un debate de orden teórico o doctrinal, pues ello no tendría el menor interés para la elaboración de un proyecto de convención que ha de ser aceptable para el mayor número posible de Estados. Por otra parte, dado que se trata de un tema que ha adquirido un cierto desarrollo en la práctica y la jurisprudencia de los ordenamientos jurídicos nacionales, sería imposible encontrar una doctrina o principios fundamentales comunes a sistemas tan diversos. En cambio, si se actúa con criterio pragmático, se pueden proponer a los Estados algunos elementos de conciliación que satisfagan las necesidades de su interdependencia cada vez mayor en la esfera de las relaciones económicas y comerciales. Asimismo, conviene evitar la distinción entre países desarrollados y países en desarrollo; lo que hay que tener en cuenta son las relaciones de fuerza y el efecto de los diversos grados de poder en las normas que han de elaborarse.

55. Siguiendo la decisión adoptada, el Sr. Bennouna limitará sus observaciones por el momento a los artículos 1 a 11, en los que aprueba en general las mejoras de redacción propuestas por el Relator Especial.

56. Puede aceptar la sugerencia del Relator Especial de combinar en un texto único los artículos 2 y 3. En cambio, se pregunta si es razonable que en la definición del concepto Estado se haga figurar a los representantes del Estado, como hace el Relator Especial en el inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1 del nuevo artículo 2 refundido (A/CN.4/415, párr. 29). La diferencia entre el «representante» y el «representado» es fundamental y se debe evitar toda confusión entre las inmunidades del Estado y las de sus representantes, tales como las inmunidades diplomáticas y consulares.

57. En cuanto al párrafo 3 del nuevo artículo 2, relativo a la definición del contrato mercantil, el orador es partidario de atenerse a la naturaleza del contrato, que es un criterio objetivo, y de no considerar la finalidad de un contrato como elemento de interpretación subsidiario, salvo cuando el primer criterio sea insuficiente o inaplicable. No es necesario prever en ese texto la hipótesis de un acuerdo internacional entre los Estados de que se trate, puesto que, de existir tal acuerdo, todo tribunal deberá necesariamente tener en cuenta ese acuerdo. Por lo demás, en un contrato se puede hacer una vaga referencia a un fin de interés general sin cambiar por ello de una manera fundamental el carácter puramente mercantil. En cambio, si un Estado actúa en el ejercicio de las prerrogativas del poder público —prerrogativas que rebasan el marco del derecho común— puede llegar a un acuerdo con otro Estado contratante para incluir en el contrato una disposición de esa índole y disfrutar así expresamente de la inmunidad de jurisdicción.

58. En cuanto al artículo 6, el Sr. Bennouna es partidario de que se supriman las palabras que figuran entre corchetes, por las razones que han señalado varios miembros de la Comisión. En efecto, no se puede quitar por un lado lo que se ha dado por otro, esto es, establecer una norma jurídica de la inmunidad para privarla después de contenido invocando las «normas pertinentes del derecho internacional general», que de hecho no son sino las normas establecidas por cada Estado en el marco de su propio ordenamiento jurídico. El Relator Especial ha reconocido esto con toda razón en su exposición oral y en su informe preliminar (A/CN.4/415). Por su parte, si se aprobara la sugerencia de España de que dicha referencia al derecho

internacional general se incluya en el preámbulo, ello significaría dejar entrar por la ventana lo que se ha echado por la puerta. Este tipo de solución de avenencia, que si bien se justifica en una resolución o una declaración de carácter político, no tiene cabida en un proyecto de convención.

59. El nuevo artículo 6 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17), propuesto por el Relator Especial como solución de avenencia en aplicación del mecanismo jurídico de las reservas y las objeciones a las reservas, tiene por objeto permitir que los Estados propongan nuevas disposiciones y excepciones, aun cuando éstas no figuren en la convención y no se hayan negociado. A juicio del Sr. Bennouna, esta disposición puede alterar el equilibrio del proyecto, así como su estructura general, y en lugar de establecer un régimen universal, puede dar lugar a muchas prácticas bilaterales diferentes. Además, esa disposición apenas tiene en cuenta las relaciones de fuerza antes señaladas, esto es, las presiones que los Estados más poderosos pueden ejercer sobre otros Estados para que acepten sus reservas so pena de no poder celebrar contratos fundamentales para su desarrollo económico. El Sr. Bennouna no puede, pues, aceptar la proposición del Relator Especial por bienintencionada que sea.

60. En cuanto al artículo 10, el Sr. Bennouna lamenta que a sugerencia de Tailandia el Relator Especial recomiende la inclusión de un párrafo 4 encaminado a imponer una nueva condición a la inmunidad, relativa a los montos de la demanda principal y de la reconvencción, respectivamente. No parece que ello tenga sentido, pues bastaría que un Estado presentase una reconvencción por un monto superior al de la demanda principal para impedir que el tribunal se pronuncie. Como ha señalado el Sr. Thiam, es suficiente que las demandas sean de naturaleza igual, que se refieran a los mismos hechos y que se basen en la misma relación jurídica.

61. En lo que respecta al título de la parte III del proyecto, el orador no tiene preferencia por ninguna de las expresiones que figuran entre corchetes. Confía en que la imaginación y el espíritu pragmático del Relator Especial le permitan encontrar una expresión lo más neutra posible, y está dispuesto a ayudarlo en esa labor.

62. Por último, el nuevo artículo 11 *bis* propuesto (A/CN.4/415, párr. 122) responde a la preocupación de ciertos Estados, por lo que es de celebrar. Sin embargo, el texto le parece inaceptable en su forma actual. En efecto, la situación en él prevista es meramente teórica: una empresa del tipo al que se refiere el texto no estaría facultada para celebrar un contrato en nombre del Estado. Si con esto se desea introducir una cláusula de salvaguardia —a primera vista, una disposición de esa índole tendría que figurar en el artículo 3—, se podría acoger la sugerencia hecha al respecto por la República Democrática Alemana, precisando en el artículo relativo a los términos empleados que, para los efectos de los presentes artículos, no se entiende que actúa en nombre del Estado una empresa estatal que esté sujeta a las mismas normas de derecho mercantil en materia de responsabilidad que las personas naturales o jurídicas. Sin embargo, si esta solución no es satisfactoria para los Estados, el Sr. Bennouna no se opondrá a que se apruebe una nueva disposición como las propuestas por el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (párr. 1 *supra*).

63. El Sr. Sreenivasa RAO dice que para elaborar el régimen previsto hay que ser menos teórico, más pragmático y respetar los principios que señala a continuación.

64. Primero, en las relaciones internacionales se debe proteger la inmunidad soberana del Estado y de sus órganos, con inclusión de las entidades que son partes de un Estado federal y sus órganos.

65. Segundo, es necesario que las controversias y los litigios relativos a operaciones mercantiles —esto es, que entrañan intercambio de bienes o servicios a título oneroso— estén sujetos a la ley y sometidos a los tribunales del Estado del foro, donde se discute la obligación de cumplimiento del contrato.

66. Tercero, para determinar qué es una operación mercantil, se debe tener en cuenta no sólo la naturaleza del contrato, sino también el objeto de la operación. En efecto, la naturaleza del contrato se ha de determinar teniendo en cuenta sus circunstancias y su contexto.

67. Cuarto, si el Estado del foro ha celebrado con el Estado extranjero un acuerdo en el que se señala que el objeto del contrato es de interés público y no de carácter mercantil, las controversias y los litigios a que pueda dar lugar el contrato deben ser objeto de negociaciones y de acuerdo entre ambos Estados, aun cuando haya intercambio de bienes o de servicios a título oneroso, y el Estado del foro debe garantizar los derechos e intereses de los particulares afectados. En estos casos, el otro Estado debe arreglar el litigio a satisfacción del Estado del foro, como contrapartida a la inmunidad de jurisdicción de que disfruta.

68. Por último, es necesario encontrar las soluciones de avenencia necesarias para que el proyecto de artículos sea generalmente aceptado y para establecer un régimen jurídico universal, que dé estabilidad y seguridad a las relaciones y operaciones internacionales. En efecto, desde hace algún tiempo se observan infracciones del derecho de las inmunidades soberanas, que revisten la forma de leyes y decisiones judiciales nacionales —es cierto que en número limitado— y que se trata de presentar como un reflejo del estado actual del derecho en la materia o, en todo caso, como una base para su desarrollo progresivo. Para oponerse a esta tendencia a la interpretación unilateral de un conjunto de normas jurídicas que interesan a todos los Estados es necesario adoptar un régimen claro, completo y fundado en el consenso.

69. En cuanto al nuevo texto propuesto para el artículo 2 (A/CN.4/415, párr. 29), que al parecer plantea ciertos problemas por su definición de los términos «tribunal» y «Estado», se deberían evitar expresiones como «subdivisiones políticas» u «organismos o entidades» del Estado, pues parecen suscitar más dificultades de las que resuelven. La definición de la expresión «contrato mercantil», que figura en el apartado c del párrafo 1 de dicho artículo, es aceptable siempre que el comentario destaque la necesidad de que se tenga debidamente en cuenta la finalidad del contrato. El Sr. Sreenivasa Rao se congratula también del párrafo 3 por las razones expuestas en sus observaciones generales y porque debería suscitar un consenso.

70. El artículo 3 se debería refundir con el artículo 2, pero el párrafo 2 del artículo 3 por cierto es criticable, ya que da lugar a confusión y se presta a críticas. El principio general aplicable en este caso es que si una actividad se considera actividad mercantil según la práctica y la política de un Estado, éste no deberá invocar la inmunidad de

jurisdicción en los tribunales del Estado del foro cuando estable una acción fundada en dicho tipo de actividad. Esta es una norma de equidad, de *estoppel*, e incluso de reciprocidad. Esta norma se debería enunciar expresamente o, si ello facilita el consenso, se debería suprimir el párrafo 2. El texto propuesto para el párrafo 3 del nuevo artículo 2 trata de una situación diferente y no puede reemplazar al párrafo 2 del artículo 3.

71. El artículo 4 plantea también algunas dificultades. Según el orador, no cabe tratar la cuestión de las inmunidades diplomáticas en un proyecto de artículos relativo a las inmunidades soberanas, pues se trata de dos esferas absolutamente diferentes. Tal vez bastaría que en un párrafo del preámbulo se hiciese referencia a las inmunidades diplomáticas y consulares reconocidas en las convenciones pertinentes. Por otra parte, las inmunidades a que se refiere el párrafo 2 del artículo 4 no deberían aplicarse sólo a los jefes de Estado, sino también a los jefes de gobierno y a los ministros de relaciones exteriores. El orador no comparte a este respecto las vacilaciones del Relator Especial, que en su informe preliminar señala que esos privilegios se conceden «más bien por razones de cortesía internacional que sobre la base del derecho internacional establecido» (*ibid.*, párr. 49).

72. El artículo 5, relativo a la irretroactividad, debe revisarse tanto en cuanto a su redacción como a su fondo. La idea es sencilla: en la medida en que el proyecto de artículos contenga o refleje en parte los principios del derecho internacional consuetudinario en esta esfera, se aplicará incluso a casos existentes con anterioridad a su aprobación. En los demás casos, no será aplicable retroactivamente. Esta norma debe enunciarse expresamente. Por otra parte, también se podría suprimir el artículo 5, dado que normalmente un acuerdo o una convención sólo producen efectos entre las partes una vez que ha entrado en vigor, sin perjuicio de la aplicación de los principios no controvertidos del derecho internacional consuetudinario que puedan haberse incorporado a su texto.

73. En cuanto al artículo 6, se deberían suprimir las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general», que figuran entre corchetes. No es sensato que se haga una remisión a esas «normas pertinentes» cada vez que la Comisión tiene dudas acerca de la aceptabilidad de una disposición. Ese recurso no hace sino subrayar la falta de consenso entre los Estados y facilitar las posibles interpretaciones divergentes, lo que es incompatible con el objetivo de un régimen universalmente aplicable. Por otra parte, como ha señalado el Sr. Mahiou (2116.ª sesión) y como ha destacado el Gobierno de Camerún, en su estado actual el derecho internacional consagra el principio de la inmunidad soberana de los Estados, principio que no admite sino raras excepciones.

74. El nuevo artículo 6 *bis* que propone el Relator Especial (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) es de dudosa utilidad. En efecto, la situación en este caso es muy particular y recuerda la situación de reciprocidad a que se refiere el párrafo 2 del artículo 28, relativo a la no discriminación. La cuestión de que se trata es la siguiente: ¿cabe concebir y admitir que el proyecto de artículos contenga regímenes especiales?

75. Asimismo, cabe preguntarse si el artículo 7 es verdaderamente necesario. Su texto, que parece repetir las disposiciones de los artículos 1 y 2, se limita a enunciar

hechos. En todo caso, el texto actual suscita problemas de interpretación y se debe revisar, o incluso acortar, como aconseja el Gobierno de Australia.

76. El artículo 8 no plantea grandes dificultades y tal vez no sea necesario modificar el apartado c, como propone el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 93). Por lo demás, el Relator Especial ha respondido muy bien a la observación del Gobierno de México citando el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

77. Nada cabe agregar sobre el artículo 9, pero conveniría tener presente la observación de México al párrafo 2. Es cierto que el hecho de que un Estado comparezca ante un tribunal para proteger a sus nacionales no significa que renuncie a su inmunidad.

78. En cuanto al párrafo 4 que el Relator Especial ha propuesto agregar al artículo 10 (*ibid.*, párr. 107), el orador señala que una vez que el Estado ha aceptado una jurisdicción, no debería poder sustraerse al ejercicio de esa jurisdicción por los motivos que se señalan en dicho párrafo.

79. En lo que respecta al nuevo artículo 11 *bis* propuesto, el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (párr. 1 *supra*) han sugerido textos que merecen ser examinados con la mayor atención, pues al parecer definen más claramente lo que son bienes de Estado separados.

80. El Sr. McCaffrey, antes de referirse a los proyectos de artículos, desea formular algunas consideraciones de orden general sobre el método que debería seguirse en la segunda lectura y sobre las observaciones presentadas por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párrs. 2 a 19).

81. La segunda lectura se celebra mientras se manifiesta una tendencia a limitar los casos en los que un Estado puede invocar la inmunidad jurisdiccional, tendencia que han destacado los dos anteriores Relatores Especiales y la mayoría de los comentaristas. A ello se suma, como ha señalado el Sr. Barsegov, el hecho de que en ciertos países existe un proceso encaminado a reorganizar sus economías, descentralizarlas y reforzar sus vínculos con las demás naciones del mundo con las que mantienen relaciones comerciales. Por último, algunos Estados que tradicionalmente eran partidarios de la inmunidad absoluta están reconsiderando actualmente su posición. Así, en los últimos años se han visto surgir fenómenos casi revolucionarios, que si bien pueden transformar radicalmente la práctica de los Estados en materia de inmunidades jurisdiccionales, no por ello lo harán de la noche a la mañana.

82. Dada esta situación, la segunda lectura del proyecto de artículos podría inspirarse en dos ideas generales. La primera es que ese trabajo se debe abordar con una circunspección y una paciencia que no son las habituales en esa etapa: nada se pierde con esperar y la tarea dista mucho de estar terminada. La segunda idea es que el derecho en esta materia está actualmente en fluctuación y es probable que siga evolucionando después de completado el proyecto (por ejemplo, los Estados Unidos de América acaban de enmendar su *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*). Es necesario, pues, que el proyecto permita la evolución futura del concepto de inmunidad jurisdiccional. Partiendo de estas dos ideas generales, el Sr. McCaffrey considera que la Comisión debería evitar todo apresuramiento y centrarse por el momento en los artículos 1 a 11 *bis*, aplazando

hasta su período de sesiones siguiente el examen del resto del proyecto.

83. En relación siempre con el examen del proyecto de artículos en segunda lectura, el Relator Especial tiene razón cuando afirma que se debe tratar de elaborar «un nuevo acuerdo multilateral que permita resolver el conflicto de intereses soberanos derivado de la aplicación o no aplicación de la regla de la inmunidad de los Estados» (*ibid.*, párr. 3). Tal es, en efecto, la razón por la cual la Asamblea General ha confiado el tema a la CDI. La diversidad de sistemas económicos y el aumento de los intercambios internacionales después de la segunda guerra mundial han hecho surgir posiciones diferentes en cuanto a la cuestión de saber en qué casos un Estado, y los órganos mediante los cuales ejerce su poder público, no quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado. La diferencia de posiciones guarda relación sobre todo con los países de economía planificada (generalmente, los demandados) y los países de economía de mercado (cuyos nacionales son generalmente los demandantes), pero también interesa a los países en desarrollo, que realizan una parte fundamental de sus actividades mercantiles por conducto de empresas u organismos estatales. Por ello, una posición demasiado rígida no beneficiaría a nadie, pues desalentaría a las empresas privadas haciéndolas abstenerse de tratar con empresas estatales, o bien los Estados vacilarían en exponerse a que se entablen acciones contra ellos en otros países. En cambio, hay que tratar de sumarse al propósito conciliador del Relator Especial.

84. El estado actual del derecho internacional en la materia ha sido objeto de un debate respecto del cual el Sr. McCaffrey no hará más que una consideración adicional. En la práctica, es innegable que un número cada vez mayor de Estados autoriza en ciertos casos a sus tribunales, por la vía de la legislación o por la vía de la jurisprudencia, para conocer demandas contra otros Estados. Si, como ha observado el Sr. Mahiou (2116.ª sesión), no puede decirse que los Estados demandados no hayan tratado de oponerse a ello, cabe reconocer también que los Estados partidarios de la inmunidad restringida siguen desde hace algún tiempo una práctica constante y uniforme. La norma monolítica de la inmunidad jurisdiccional del Estado no es, pues, universalmente reconocida u observada. Como, por lo demás, los Estados a que se ha referido figuran entre los proveedores más importantes del mundo de capitales, bienes y servicios, su práctica y, en consecuencia, la importancia de la labor de la Comisión revisten un significado todavía mayor.

85. Pasando a analizar los proyectos de artículos, el Sr. McCaffrey dice que el Relator Especial hace bien en querer refundir los artículos 2 y 3, pero cabe hacer varias observaciones sobre el nuevo artículo 2 refundido (A/CN.4/415, párr. 29). La expresión que emplea el texto inglés, «sovereign authority», aunque no es totalmente satisfactoria, intenta abarcar la expresión francesa «puissance publique» («poder público» en el texto español). El concepto que expresa el término «gubernamental» puede ser útil en el caso de la responsabilidad de los Estados, mas es ambiguo tratándose de las inmunidades jurisdiccionales; en efecto, se podría afirmar que aun las actividades mercantiles del Estado (*acta jure gestionis*) son actividades «gubernamentales», en la medida en que son el hecho de un gobierno y no de un particular, como podrían serlo por su naturaleza. En cuanto a saber si «los organismos o

entidades del Estado» deben quedar comprendidos en la definición de «Estado», cabe tener en cuenta que si los omiten no estarán tampoco comprendidos en las excepciones aplicables al Estado, situación sobre la cual la Comisión debería reflexionar.

86. La expresión «contrato mercantil» que figura en el apartado c del párrafo 1 del nuevo artículo 2 parece demasiado restrictiva; no refleja tampoco la práctica de los Estados y da lugar a confusiones. Sería mejor hablar de la «actividad mercantil». Sin embargo, si se mantiene esa expresión, habrá que definirla en términos generales, como se hace en el inciso iii) del apartado c del párrafo 1.

87. En cuanto a la determinación del carácter del contrato, cabe reconocer, al igual que el Relator Especial, que el párrafo 2 del artículo 3 aprobado en primera lectura carecía de objetividad y hacía perder todo sentido a la excepción que trataba de consagrar. La propuesta del Relator Especial de enmendar el párrafo 3 del nuevo artículo 2 es preferible, pero de todos modos insuficiente. Por otra parte, con miras a la uniformidad convendría referirse al «contrato mercantil» y no al «contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios». Como se trata de un instrumento jurídico, se debería evitar también el empleo de la palabra «should» (en el texto francés «il faut» y en el español «tendrá»), sobre todo si se incluye esta disposición en un artículo relativo a la definición de los términos.

88. Pero existe un problema más fundamental. Aun cuando un tratado o un contrato contenga una cláusula que persigue fines de interés público, esa cláusula puede no ser suficientemente explícita para un particular que tenga que ver con dicho tratado o contrato. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* no considera que la finalidad del contrato sea un criterio pertinente: el juez debe tener en cuenta sólo la naturaleza de la actividad. Así sucede también en la práctica de varios países. La mejor forma de solucionar el problema sería dar a las partes la facultad, como permite el apartado b del párrafo 2 del artículo 11, de estipular que en caso de controversia ésta no se someterá a arreglo judicial; así no habría ninguna duda en la mente de los contratantes.

89. El artículo 4 suscita el problema de la relación entre el proyecto de convención y la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, que sin duda reviste interés, pero que no debería inquietar demasiado. Se ha sostenido que el proyecto de artículos podría conducir a una anomalía, ya que un diplomático podría gozar de la inmunidad que le otorga la Convención de Viena de 1961 por actos que, en cambio, sujetarían a una jurisdicción al Estado que representa. Pero esa situación no sería tan anormal como se sostiene; en efecto, es comprensible que un diplomático esté mejor protegido que el Estado, primero, porque un proceso trabaría gravemente el ejercicio de sus funciones y, segundo, porque de ese modo estaría expuesto a presiones. Por último, no hay que olvidar que el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1961 no está lejos de codificar algunas de las excepciones previstas en el proyecto de artículos en examen. Por lo tanto, el Sr. McCaffrey está dispuesto a aprobar el texto enmendado del artículo 4, propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 50).

90. En el artículo 6, las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general», que figuran entre corchetes, deben mantenerse a fin de permitir la evolución en curso. Además, sería difícil ubicar esa frase en otra disposición del proyecto. Por otra parte, el Relator Especial propone un nuevo artículo 6 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17), que desgraciadamente no parece alcanzar el objetivo buscado. Por ejemplo, imagínese que el Estado haga una declaración en la que añada una excepción a las previstas en el proyecto, pero que dicha declaración quede anulada por el simple hecho de que el Estado B formule «objeciones dentro de treinta días». La consecuencia será que el Estado A, temiendo una situación que muy bien puede prever, no se hará parte en la futura convención. Por lo tanto, el artículo 6 *bis* parece innecesario.

91. El título de la parte III del proyecto ([Limitaciones de] [Excepciones a] la inmunidad del Estado) plantea un problema difícil, pues los partidarios de la inmunidad restringida desean dejar cierta libertad a los Estados cuya práctica es de un alcance más amplio que el de las excepciones previstas. Se podría tal vez emplear una fórmula como la siguiente: «Casos en los que la inmunidad del Estado no puede invocarse en los tribunales de otro Estado».

92. El Sr. McCaffrey considera preferible el nuevo texto propuesto por el Relator Especial para el párrafo 1 del artículo 11 (A/CN.4/415, párr. 121), en particular las palabras «el Estado no podrá invocar inmunidad de jurisdicción». Además, la teoría del «consentimiento tácito» tiene el peligro de cambiar el sentido del artículo, como han observado varios gobiernos. Como ha señalado anteriormente, la expresión «actividad mercantil» sería más conveniente que «contrato mercantil».

93. El nuevo artículo 11 *bis* propuesto (*ibid.*, párr. 122), que trata de las empresas estatales con bienes separados, tiene el inconveniente de que puede privar de todo recurso al contratante particular. En efecto, en el caso de incumplimiento del contrato, el particular sólo podría entablar una acción contra la empresa pública y no contra el Estado, y sus reclamaciones se verían así limitadas a la cuantía de los bienes de dicha empresa. Así, antes de efectuar una transacción mercantil con una empresa pública, el particular debería verificar si dicha empresa dispone de bienes suficientes, lo que es difícil o tal vez imposible. Cabe incluso imaginar que un Estado cree empresas públicas para reducir al mínimo sus riesgos de pérdida, de la misma manera que una sociedad crearía una filial sin dotarla de bienes suficientes para hacer frente a sus operaciones o a sus obligaciones. En este último caso, el juez podría aceptar que los acreedores demanden a la casa matriz; pero ese recurso no sería posible frente al Estado. Ello constituye una trampa para el contratante privado, que el proyecto debe evitar.

94. El artículo 11 *bis* suscita también otros problemas, especialmente en cuanto a las palabras «en nombre del Estado». Es evidente que el Estado puede realizar actividades mercantiles mediante sus empresas; pero en ese caso, ¿se puede decir que tales empresas contraen obligaciones jurídicas «en nombre del Estado»? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, el Estado es responsable ya sea que la empresa tenga o no bienes separados. A este respecto, el Sr. Barsegov ha propuesto un texto (párr. 1 *supra*) que debería estudiarse con la mayor atención si la Comisión decide incluir una disposición sobre los bienes de Estado separados en el proyecto.

95. Por último, el Sr. McCaffrey menciona las enmiendas a la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* aprobadas por los Estados Unidos en noviembre de 1988: una serie de modificaciones se refiere a las medidas de embargo de buques de Estados extranjeros destinados al tráfico mercantil; otra serie se refiere al arbitraje y liberaliza las disposiciones de la ley relativas a la ejecución de los laudos arbitrales.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2118.ª SESIÓN

*Miércoles 14 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*) (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/415<sup>2</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

#### SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

#### EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS<sup>4</sup> EN SEGUNDA LECTURA (*continuación*)

1. El Sr. KOROMA expresa su reconocimiento al Relator Especial por el segundo informe claro y completo que ha presentado (A/CN.4/422 y Add.1) y dice que nunca se hará suficiente hincapié en la importancia práctica del tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, pues sus efectos se hacen sentir prácticamente todos los días. A lo largo de los años, las fronteras del tema se han ampliado; ya no se trata de la dicotomía entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, sino que abarca otras esferas como los contratos de trabajo, las lesiones a las personas, los daños a los bienes, las patentes, las marcas de fábrica o de comercio, la propiedad intelectual e industrial y las cuestiones tributarias. Aunque esa expansión no es mala, existe el peligro de que aumenten las posibilidades de que los Estados se vean expuestos a una jurisdicción extranjera. A este respecto, desea señalar a la

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31.



atención de los miembros un asunto sobre el cual los tribunales de los Estados Unidos se han pronunciado recientemente: *Colonial Bank c. Compagnie générale maritime et financière* (1986). Por lo tanto, se ha de tener cuidado de no desvirtuar el propósito de la norma básica de que los Estados no deben estar sujetos a jurisdicción extranjera.

2. Como han señalado algunos gobiernos en sus comentarios y observaciones al proyecto de artículos, el objetivo de la futura convención es reafirmar y fortalecer el concepto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, estableciendo al mismo tiempo claras excepciones. Desde este punto de vista, el hecho de sustituir el principio de la inmunidad del Estado por una inmunidad funcional o restrictiva no sólo disminuiría la eficacia de la norma básica, sino que crearía una incertidumbre en el plano jurídico y, en ciertos casos, obstaculizaría incluso los esfuerzos de algunos países por lograr su desarrollo económico. Por ello, la Comisión debería adoptar el enfoque sugerido por Brownlie, al que se refiere el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párr. 13 al final).

3. La tendencia a dividir las actividades de los gobiernos en actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* no siempre es válida. Por ejemplo, aunque la adquisición de productos farmacéuticos puede calificarse de operación mercantil, para algunos países que deben efectuar esas adquisiciones no se trata de una nueva operación mercantil ordinaria dado que repercute en la salud y el bienestar de su población. El orador tampoco es partidario de la teoría de la denominada inmunidad absoluta. Por su parte, no utiliza la palabra «absoluta», pues en su opinión no existe nada que pueda considerarse inmunidad absoluta. La norma básica es simple, a saber, que un Estado no está sujeto a la jurisdicción de otro; si la Comisión puede atenerse a esa simple norma, tal vez se reduzcan las dificultades que surgen cuando se tiene que elegir entre dos escuelas doctrinales. Por otra parte, es indudable que en este tema ha habido diversas formas de presión, por razones de orden mercantil, lo que es lamentable pero comprensible. La Comisión tiene el deber de apartar esas presiones del tema. Una manera de lograrlo sería formular la norma relativa a la inmunidad jurisdiccional sobre una base consensual que responda a los intereses de la comunidad internacional. Para ello se requiere un análisis detallado de los materiales jurídicos pertinentes. A este respecto, observa que un determinado tratadista, partidario de la escuela de la inmunidad restrictiva, ha llegado a la conclusión de que ciertamente no cabe afirmar que la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados haya sido descartada en favor de la inmunidad soberana restrictiva.

4. Del informe se desprende que sólo algunos Estados han formulado comentarios sobre el proyecto de artículos. Por consiguiente, para tener en cuenta intereses y decisiones que no se reflejan en el informe se debería pedir la opinión de muchos Estados más. Habida cuenta de las presiones a que ha hecho referencia anteriormente, las causas falladas en los tribunales nacionales o la legislación nacional no pueden considerarse como fuentes para el tema. Sin embargo, un medio que permitiría tener en cuenta la opinión de los Estados sería remitirse a los alegatos que han hecho en tribunales extranjeros.

5. El orador está de acuerdo con la disposición establecida en el artículo 1, sobre el alcance de los artículos, pero considera que el principio general de la inmunidad de los Estados debería enunciarse inmediatamente después

de esa disposición a fin de facilitar la comprensión del tema. En efecto, como han sugerido algunos gobiernos, en el artículo 1 se podrían refundir la definición de los términos y las disposiciones interpretativas, insertándose a continuación los artículos 2 y 3 relativos al alcance del proyecto y a la norma sobre inmunidad, respectivamente.

6. Sería más lógico que las disposiciones del artículo 2, sobre términos empleados, y las del artículo 3, que contiene disposiciones interpretativas, se refundiesen en un artículo único, pero sería ilógico que en la definición figurara la palabra misma que se define, como sucede en el inciso i) del apartado b del párrafo 1 del artículo 2 en lo que respecta a la expresión «contrato mercantil». Esa disposición no es clara y debería examinarse de nuevo en el Comité de Redacción.

7. El párrafo 2 del artículo 3 establece dos criterios para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil. Esa disposición está muy equilibrada y debe mantenerse en cuanto refleja la práctica de los Estados y es una solución de avenencia entre los partidarios de que la naturaleza del contrato sea el único criterio y los que consideran que se debería tener en cuenta también la finalidad.

8. La definición del término «Estado», que figura en el párrafo 1 del artículo 3, es aceptable, pero ¿no bastaría limitar la definición al Estado *per se*, señalando simplemente que un Estado es el órgano facultado para el ejercicio del poder público? En opinión del orador, sería preferible esta solución antes que desglosar la definición en categorías de órganos y de entidades funcionales. Por ejemplo, para decidir si un determinado ministerio o departamento es instrumento del Estado sería necesario examinar el ordenamiento constitucional de ese Estado.

9. El orador apoya la propuesta de la República Democrática Alemana (A/CN.4/415 y Add.1 a 5) de que se incluya en el artículo 3 un nuevo párrafo 2. La exclusión expresa del ámbito del proyecto de artículos de las entidades jurídicas que no están facultadas para realizar actos en ejercicio del poder público es un criterio decisivo para determinar si se trata de un acto *jure imperii* o *jure gestionis*.

10. El Sr. Koroma acoge complacido la sugerencia de la República Federal de Alemania de que en el párrafo 2 del artículo 4 se inserte una cláusula para aclarar que las inmunidades distintas de la inmunidad jurisdiccional de los Estados no se ven afectadas por el proyecto. Asimismo, celebra la sugerencia de España y del Reino Unido de que los privilegios de que se trata se apliquen no sólo a los jefes de Estado, sino a los jefes de gobierno, a los ministros de relaciones exteriores y a personalidades de alto rango. Por otra parte, la opinión de que los privilegios e inmunidades de los jefes de Estado y de los ministros de relaciones exteriores se basan en la cortesía internacional es insostenible, por razones que no desea señalar por el momento, pero que han sido tal vez las que han llevado a Australia a sugerir que en el párrafo 1 del artículo 4 se inserten las palabras «con arreglo al derecho internacional».

11. El artículo 6, que es fundamental para el proyecto en su conjunto, debe enunciar el principio de que todo Estado goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, y a continuación indicar claramente las excepciones a ese principio, de modo que cualquiera que se remita a la convención en el futuro sepa



de inmediato cuándo hay y cuándo no hay inmunidad de jurisdicción. Una disposición de esta naturaleza reafirmaría la igualdad de todos los Estados, habilitaría a todos los gobiernos para desempeñar determinadas funciones en interés del Estado sin el inconveniente de tener que defenderse en los tribunales de otro Estado, a la vez que respetaría los intereses y derechos de todos los que mantienen relaciones comerciales con gobiernos extranjeros. Sin embargo, para prevenir toda ambigüedad, se deberían suprimir las palabras que figuran entre corchetes «y en las normas pertinentes del derecho internacional general». Mantener esas palabras haría que el esfuerzo por elaborar un conjunto de reglas precisas sobre la inmunidad de los Estados se frustrase en la medida en que el proyecto parecería incompleto. También podría sugerir que la teoría de la inmunidad absoluta es aplicable todavía y el orador duda de que la Comisión desee adoptar una posición tan rígida. El nuevo artículo 6 *bis* propuesto (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) mantendría también esa ambigüedad, dado que permitiría a los Estados una libertad de elección en cuanto respecta a la regla de inmunidad. Por ello es importante que tanto la regla como las excepciones se establezcan de manera inequívoca y que no se deje esta cuestión al arbitrio de los Estados.

12. Para el orador, es motivo de una cierta preocupación el título del artículo 7, que no corresponde a su contenido, puesto que el párrafo 1 trata del modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado, pero los párrafos 2 y 3 se refieren al significado de la expresión «proceso entablado en el Estado del foro». De mantenerse ese título, sugiere que en el texto inglés se sustituya la palabra «modalities» por «modes», que significa métodos y procedimientos. Los párrafos 2 y 3 se deberían incorporar tal vez a las disposiciones refundidas de los artículos 2 y 3, pero, de mantenerse en el artículo 7, comparte la observación de Australia de que debería dárseles otra redacción.

13. Está de acuerdo con la propuesta de que se inserte en el artículo 8 una cláusula en el sentido de que se otorgue inmunidad a un Estado que haya consentido en el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal extranjero en aquellos casos en que haya sobrevenido un cambio fundamental en las circunstancias. En el derecho interno, cuando un buque no puede entregar la mercadería consignada debido a fuerza mayor o a un cambio fundamental en las circunstancias, normalmente el contrato queda sin efecto. La inclusión de una cláusula de esta naturaleza en el proyecto de artículos no afectaría a sus disposiciones y reflejaría sencillamente la realidad.

14. La polémica que ha suscitado el título de la parte III del proyecto es lamentable y se debe, al parecer, a una confusión entre las teorías de la inmunidad absoluta y la inmunidad restrictiva. Sin embargo, es normal que se hable de excepciones a una regla y, en el caso de las inmunidades jurisdiccionales, el mandato de la Comisión consiste en elaborar una regla y establecer las excepciones a esa regla. En consecuencia, en la parte III se deberían enunciar esas excepciones y en el comentario se debería incluir tal vez la aclaración de que ello no supone una codificación de una de esas dos escuelas doctrinales.

15. En cuanto al artículo 11, se ha señalado que, de surgir un litigio relativo a un contrato mercantil, un Estado no podría invocar la inmunidad de jurisdicción en el proceso relativo a ese contrato. Pero en los litigios que han llegado efectivamente a plantearse ante los tribunales

—*Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria* (1977), *The «I Congreso del Partido»* (1981), *Verlinden B. V. c. Central Bank of Nigeria* (1981) y *Colonial Bank c. Compagnie générale maritime et financière* (1986)— se ha debatido una cuestión mucho más compleja que la mera dicotomía entre contratos mercantiles y no mercantiles. Un contrato que a primera vista parece ser mercantil puede no entrañar el fin de lucro normalmente inherente a tales contratos. Los Estados deberían poder invocar la inmunidad cuando la operación se efectúa en el ejercicio del poder público.

16. En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 11, aunque se presuma la jurisdicción, ésta debe supeditarse a un vínculo territorial entre el contrato mercantil, las partes en el contrato y el Estado de la jurisdicción a fin de impedir que se busque deliberadamente el foro más conveniente o que se dé un alcance excesivamente amplio a la legislación interna. En este mismo sentido se pronuncia la decisión adoptada por un tribunal de distrito de los Estados Unidos en el asunto *Colonial Bank*, y se debería incorporar al artículo 11 una disposición análoga.

17. El orador está de acuerdo con otros miembros de la Comisión en que ésta debería prever tiempo suficiente para un examen a fondo de los artículos, sin apresurarse a remitirlos todos al Comité de Redacción. Las esferas de que tratan los artículos posteriores al artículo 11, como los contratos de trabajo, las patentes y la propiedad intelectual, son nuevas fronteras que requieren un examen detenido. La Comisión debería concluir sus debates con el artículo 11, remitir los primeros 11 artículos al Comité de Redacción y continuar examinando los demás artículos en su período de sesiones siguiente.

18. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que el informe contiene una amplia información, lo que no es de extrañar de parte de una persona tan familiarizada con el material como el Relator Especial. El propósito del informe es analizar los comentarios recibidos de un número lamentablemente pequeño de Estados, y sobre la base de esos comentarios proponer enmiendas o nuevas redacciones de los artículos para su examen en segunda lectura. La mayoría de las modificaciones son de redacción y corresponde estudiarlas al Comité de Redacción. Sin embargo, ciertos aspectos tocan al fondo del problema y requieren la debida atención de la Comisión.

19. Habida cuenta de las recomendaciones del Presidente, el orador limitará sus observaciones a los artículos 1 a 11. El Sr. McCaffrey (2117.<sup>a</sup> sesión) señala con toda razón que la Comisión no debería precipitarse y que convendría aplazar el examen de los demás artículos hasta el período de sesiones siguiente. Para entonces se habrán recibido tal vez otros comentarios de los Estados.

20. El conjunto de artículos es un texto de compromiso al que se ha llegado después de un dilatado debate y así ha de considerarse al comenzar la segunda lectura. De ese texto no cabe deducir que un enfoque haya prevalecido sobre otro. La mitad aproximadamente de los escasos Estados que han presentado sus observaciones son países europeos, pero ni siquiera entre ellos existe unanimidad en cuanto a la pertinencia del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, a los efectos de la labor de la Comisión. Existen grandes diferencias de opinión en cuanto al criterio que debería aplicarse al principio de la inmunidad. No se dispone de la opinión de la mayoría

de los países de África, de Asia y de América Latina y los comentarios formulados por los Estados no permiten llegar a conclusiones definitivas.

21. El orador puede apoyar la actual formulación del artículo 1, pero considera que el principio de la inmunidad debe enunciarse exactamente en la forma en que figura en el artículo 6. Es evidente que los artículos 2 y 3, relativos a los términos empleados y a las disposiciones interpretativas, se deben refundir en una disposición única sobre términos y definiciones.

22. Análogamente, el orador puede hacer suya la propuesta del Relator Especial sobre el artículo 4 (A/CN.4/415, párr. 50), pero está de acuerdo con el Sr. Thiam (2117.ª sesión) en que las repercusiones de este artículo deben analizarse a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, entre otras disposiciones. El Sr. Reuter (2115.ª sesión), citando un texto presentado por el anterior Relator Especial, ha hecho varias observaciones muy pertinentes en cuanto al peligro de otorgar a los diplomáticos una inmunidad mayor que a los Estados. Los casos que se han señalado relativos a los derechos e intereses del Estado de la jurisdicción territorial y a las inmunidades de terceros Estados, especialmente cuando median delitos como el asesinato o el espionaje cometidos por diplomáticos de esos terceros Estados, están comprendidos en las reglas relativas a los derechos de los diplomáticos, como las establecidas por la CIJ en su fallo relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*<sup>5</sup>.

23. El Relator Especial ha señalado con toda razón que sería prematuro formular comentarios sobre el artículo 5; en efecto, la Comisión deberá determinar más adelante si mantiene o no esta disposición, al completar la segunda lectura.

24. El artículo 6 es el elemento fundamental de todo el proyecto y representa un compromiso equilibrado entre varias escuelas doctrinales. La frase que figura entre corchetes debería suprimirse: como ha señalado el Sr. Benouna (2117.ª sesión), es ilógico quitar por un lado lo que se da por otro. El argumento de que la práctica de los Estados está todavía en vías de desarrollo, para lo cual se pone como ejemplo el Convenio europeo de 1972, no es convincente, como ha señalado el Sr. Mahiou (2116.ª sesión).

25. En opinión de muchos países, la inmunidad del Estado es un principio básico del derecho internacional que tiene como fundamento la soberanía del Estado. El proyecto de artículos tiene por objeto unificar la práctica actual para tratar de reglamentar las condiciones de aplicación de la inmunidad del Estado. Se deben establecer excepciones pero no hacer obligatorias una serie de excepciones limitativas que conduzcan a la anulación del principio de la inmunidad. En un proyecto destinado a unificar las normas y prácticas existentes, no se deben crear incertidumbres capaces de suscitar más divergencias de las que ya existen y más problemas que soluciones.

26. El orador está de acuerdo con las propuestas del Relator Especial para los artículos 7, 8 y 9, formuladas en su informe preliminar (A/CN.4/415). En cuanto al título de la parte III del proyecto, considera que las palabras

«excepciones a» son preferibles a «limitaciones de», pues parecen más exactas.

27. Los textos propuestos por el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) y el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) para el nuevo artículo 11 *bis* contienen elementos dignos de ser tomados en consideración y pueden ayudar a mejorar la redacción. El orador se reserva el derecho de formular otras observaciones cuando disponga del texto español.

28. Por último, desea felicitar una vez más al Relator Especial por sus excelentes informes, su síntesis de las observaciones de los Estados y sus esfuerzos por lograr soluciones de transacción.

29. El Sr. SOLARI TUDELA dice que se suma a los miembros que han encomiado los informes del Relator Especial, pues aparte de ser valiosos en su contenido doctrinal son pragmáticos en la búsqueda de una avenencia. En ellos se opta por una metodología que orienta al lector acerca de las diferentes posiciones existentes en la comunidad internacional. Agrega que, por no haber sido miembro de la Comisión cuando ésta examinó el proyecto de artículos en primera lectura, hará comentarios de orden general sin entrar en un debate doctrinal sobre el carácter absoluto o restringido de la inmunidad de los Estados. En su opinión, la inmunidad debe ser absoluta, en consonancia con el principio de la igualdad soberana de todos los Estados consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, sin que ello signifique que no se puedan hacer excepciones en casos muy específicos.

30. Todos deben ser conscientes de que un proyecto de artículos que establezca el alcance de la inmunidad y la precisa determinación de sus excepciones contribuirá mucho a impulsar el comercio y las finanzas internacionales. Esa es invariablemente la consecuencia fructífera que da la seguridad jurídica.

31. En lo que respecta al artículo 1, hace suya la redacción propuesta y no ve una razón sustantiva para no refundir en uno solo los artículos 2 y 3. En cuanto a su contenido, se señala que el término «Estado» comprende a los organismos o entidades del Estado; de ahí que se deba mantener una estrecha relación con el artículo 11 y el nuevo artículo 11 *bis* propuesto, sobre contratos mercantiles y bienes de Estado separados. Si una empresa del Estado que es considerada según el nuevo artículo 2 refundido (A/CN.4/415, párr. 29) como Estado no tiene inmunidad de jurisdicción en sus actividades mercantiles, sus bienes no deberán tampoco responder por acciones contra el Estado. El texto del párrafo 3 propuesto por el Relator Especial para determinar el carácter mercantil de un contrato es el más acertado. Esa determinación debe basarse en la naturaleza del contrato y también debe atenderse a la finalidad del mismo.

32. En el párrafo 2 del artículo 4 se menciona acertadamente la inmunidad de los jefes de Estado, aunque sería preciso extender esa inmunidad a los jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y personalidades de alto rango. Evidentemente, el proyecto de artículos se refiere a la inmunidad del Estado, no a las inmunidades de las personas, pero se trata tan sólo de reconocer en un instrumento jurídico lo que ya se reconoce en el derecho consuetudinario. La Convención sobre las misiones especiales no es suficiente en este caso, pues se refiere a inmunidades otorgadas en circunstancias específicas. Las inmunidades se deben reconocer en toda circunstancia: en visitas priva-

<sup>5</sup> Fallo de 24 de mayo de 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 3.

das, en tránsito, en reuniones no oficiales, etc. El proyecto es una buena ocasión para ello. Los tribunales del Reino Unido ofrecen una valiosa y clásica jurisprudencia en este sentido, pues en dicho país las inmunidades no son una mera expresión de cortesía, como indica en su informe preliminar (*ibid.*, párr. 49) el Relator Especial, sino una expresión de un derecho.

33. El artículo 6 sería aceptable si se elimina la frase que figura entre corchetes a fin de dar al proyecto de artículos un alcance más preciso, tanto en lo que respecta al concepto de inmunidad como a las excepciones permitidas. De mantenerse la frase que figura entre corchetes se introduciría un elemento de ambigüedad que haría inconveniente la disposición.

34. La nueva redacción propuesta por el Relator Especial para el artículo 7 (*ibid.*, párr. 79), de conformidad con la sugerencia hecha por el Gobierno de Australia, parece más apropiada.

35. Asimismo, el nuevo texto propuesto para el apartado c del artículo 8 (*ibid.*, párr. 93) es considerablemente mejor. Sin embargo, el orador no comparte el comentario del Gobierno de Suiza, que hace suyo el Relator Especial, en el sentido de que un cambio fundamental en las circunstancias no es pertinente a los efectos de invocar la inmunidad. De adoptarse este criterio, se establecería una nueva limitación que impediría invocar dicha causa para dar por terminado un acuerdo internacional, con inclusión de los acuerdos que establecen que un Estado se somete a la jurisdicción de un tribunal extranjero en las controversias que surjan en la aplicación de un contrato mercantil. Los casos en que no se puede invocar una causa como la señalada están claramente establecidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y no parece que acuerdos del género de que trata el artículo 8 del proyecto pertenezcan a esa categoría.

36. Por último, el orador puede aceptar los textos enmendados de los artículos 9, 10 y 11 propuestos por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/415) y considera que los textos propuestos por el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) contienen elementos muy valiosos para la formulación del artículo 11 *bis*.

37. El Sr. PAWLAK dice que, como miembro relativamente nuevo de la Comisión, es algo reacio a volver a tratar cuestiones que ya han sido examinadas detalladamente en la primera lectura del proyecto de artículos. No obstante, considera su deber formular observaciones sobre algunos aspectos fundamentales del tema y hacer sugerencias en cuanto a la forma en que la Comisión debería proceder en su segunda lectura.

38. En primer término, no comparte la opinión del Relator Especial, expresada en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 10), de que la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados en la práctica de los Estados ha dejado de ser una norma universalmente obligatoria del derecho internacional consuetudinario. Los debates de la Comisión, así como las observaciones de los gobiernos, demuestran lo contrario. Aunque no cabe negar que el número de Estados que se oponen a la doctrina de la inmunidad absoluta ha continuado aumentando en los últimos años, especialmente entre los países occidentales de gran desarrollo y de una actividad cada vez mayor en la esfera del comercio exterior, un número muy importante

de Estados sigue siendo partidario de la doctrina absoluta y la aplica en la práctica. El papel de la Comisión no es decidir cuál de esas dos doctrinas contradictorias debe prevalecer, sino más bien elaborar y presentar a la Asamblea General un proyecto que sea un instrumento jurídico útil para el fomento de los vínculos económicos entre todas las naciones.

39. El proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1986 no tiene debidamente en cuenta la práctica de los Estados socialistas y de muchos países en desarrollo. El equilibrio que propone el proyecto dista mucho de ser satisfactorio para esos países. Si la Comisión desea realmente llegar a una transacción sobre la compleja y sumamente delicada cuestión que examina, deberá considerar no sólo las tendencias de la práctica occidental, sino también la situación que se registra en otras partes del mundo. Sin querer reiterar los argumentos expuestos por el Sr. Shi, el Sr. Barsegov, el Sr. Koroma y el Sr. Mahiou, el orador desea señalar que en una época en que los Estados tienen una participación cada vez mayor en las actividades económicas y financieras es muy difícil establecer una delimitación precisa entre las actividades públicas y las operaciones mercantiles de los órganos estatales. El equilibrio entre los intereses de los Estados extranjeros y los del Estado en cuyo territorio se plantea una cuestión de inmunidad no se ha de basar en la anacrónica división entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, sino en criterios más modernos que reflejen cabalmente las necesidades y prácticas actuales sin atentar contra el principio de la igualdad soberana de los Estados.

40. En Polonia, como en muchos otros Estados socialistas y países en desarrollo, las empresas estatales tienen personalidad jurídica y bienes que han recibido del Estado y que pueden utilizar sin que ello entrañe responsabilidad para el Estado y sin que ellas deban responder ante el Estado. Como queda de manifiesto en el asunto *Czarnikow c. Rolimpex*, proceso entablado en los tribunales del Reino Unido hace algunos años, las empresas estatales polacas realizan sus actividades mercantiles bajo su propia responsabilidad y por su propia cuenta, sin invocar inmunidad de jurisdicción en las acciones judiciales que se entablan contra ellas. En la práctica, sólo los acuerdos sobre préstamos que celebre el Ministerio de Finanzas de Polonia con bancos comerciales extranjeros pueden considerarse «contratos mercantiles» en el sentido del artículo 2 del proyecto. De hecho, con arreglo a la nueva legislación económica de Polonia, el régimen privilegiado de las empresas estatales se ha sustituido ahora por un régimen realmente igual al de todas las entidades económicas, con inclusión de las empresas privadas.

41. El orador insta a la Comisión a que no apresure el ritmo de su labor, sino que adopte un enfoque más paciente, teniendo en cuenta todos los aspectos del cambio acelerado que se registra en la práctica y la reglamentación de los Estados. Al respecto, celebra la posición adoptada por el Relator Especial, de un carácter más realista y pragmática que la de su predecesor. Aunque sigue firmemente convencido de que la inmunidad absoluta es una norma de derecho internacional general, el orador es partidario también de que se armonicen los intereses opuestos y está dispuesto a que se determine, sobre la base de cada caso, qué tipos de actividades deben o no disfrutar de inmunidad soberana.

42. Volviendo a los proyectos de artículos, dice que el artículo 1 es aceptable y está de acuerdo con el Relator Especial en que el principio general ha de enunciarse en el artículo 6.

43. Los artículos 2 y 3 deberían refundirse y ordenarse de conformidad con las sugerencias de varios Estados y del propio Relator Especial. Los incisos iii) y iv) del apartado *b* del párrafo 1 del nuevo artículo 2 refundido (A/CN.4/415, párr. 29) deberían definir claramente los representantes y los organismos estatales a que se refieren dichas disposiciones; además, la expresión «entidades» es demasiado vaga y la explicación proporcionada en el comentario no es suficiente. Como ha señalado el Sr. Reuter (2115.ª sesión), la definición de la expresión «contrato mercantil» debería indicar claramente que ese concepto no incluye las operaciones efectuadas por los Estados con fines públicos.

44. El orador apoya la propuesta de la República Democrática Alemana de que se incluya en el artículo 3 un nuevo párrafo que defina el término «Estado». Cree también que es acertado sostener que el criterio básico para determinar el carácter mercantil de un contrato debe ser la naturaleza del contrato y que su finalidad ha de ser un criterio adicional.

45. En cuanto al artículo 4, hace suya la propuesta del Relator Especial, basada en una sugerencia de Australia, de que en el párrafo 1 se agreguen las palabras «con arreglo al derecho internacional». Como han sugerido el Sr. Tomuschat (2116.ª sesión) y otros miembros, convendría que en el párrafo 2 se hiciera referencia a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Se ha sostenido que este artículo es innecesario, pero a juicio del orador es importante para aclarar la posición de los diplomáticos y las personalidades de alto rango en relación con las inmunidades de los Estados que se enuncian en el proyecto.

46. El artículo 6 es y debe seguir siendo una disposición fundamental de la parte II del proyecto. Se debería suprimir la frase que figura entre corchetes, pues de no hacerse así se frustraría el propósito del artículo. El orador no puede aceptar la propuesta de Australia sobre una fórmula alternativa ni la sugerencia del Relator Especial de que la eliminación de la frase entre corchetes se compense con la posible adición del artículo 28. Evidentemente, el nuevo artículo 6 *bis* propuesto (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) no es necesario.

47. El artículo 7, en la nueva redacción del Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 79), no suscita dificultades, sobre todo después de aprobado el cambio de redacción sugerido por Australia respecto de las expresiones «Estado del foro» y «Estado extranjero». Sin embargo, el empleo de términos como «intereses» y «control» le parece sumamente inconveniente y preferiría que se eliminaran o reemplazaran por otros.

48. En su opinión, no es necesario modificar el apartado *c* del artículo 8 del proyecto, como ha sugerido Australia. En cambio, comparte la opinión del Sr. Barsegov de que el nuevo párrafo 3 propuesto para el artículo 9 da al proyecto un carácter innecesariamente complejo y debería suprimirse.

49. En lo que respecta al título de la parte III del proyecto, la expresión «Excepciones a la inmunidad del Estado» sugerida por varios gobiernos es la más apropiada. Apoya también la opinión de algunos miembros de que el número

de excepciones debe mantenerse en un mínimo estrictamente definido.

50. El artículo 11, con los cambios propuestos por el Relator Especial para el párrafo 1 (*ibid.*, párr. 121), refleja de un modo más claro que el texto anterior el carácter mercantil de los contratos; no obstante, está de acuerdo con quienes desean que en alguna disposición del proyecto de artículos se refleje el concepto de empresas de propiedad estatal con bienes separados, propio de los Estados socialistas. El nuevo artículo 11 *bis* propuesto por el Relator Especial es encomiable, pero requiere todavía un nuevo examen y ciertas modificaciones tanto de fondo como de redacción. Los textos propuestos por el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) son muy útiles, pero también requieren mayor estudio; por su parte, desearía hacer un análisis comparativo de esas propuestas y las nuevas leyes económicas promulgadas en su país para formular nuevos comentarios en una etapa ulterior, si el tiempo lo permite.

51. En términos generales, los artículos 12, 13 y 16 amplían en forma innecesaria el número de excepciones a la inmunidad del Estado. Estos artículos tendrían cierta justificación en acuerdos bilaterales, pero no tienen cabida en una convención universal, por lo que se deberían suprimir en la segunda lectura. Normalmente, los conflictos relativos a los contratos de trabajo (art. 12) están regulados en la legislación interna de los Estados. Los casos de que trata el artículo 13 se refieren principalmente a accidentes de circulación y, en cuanto tales, están cubiertos por seguros. Tal como está redactado, el artículo 16, sobre cuestiones tributarias, es contrario al principio de la igualdad soberana de los Estados y, por lo tanto, inaceptable.

52. El orador está de acuerdo con la sugerencia del Relator Especial de que se supriman los apartados *b* a *e* del párrafo 1 del artículo 14 y sugiere que el Comité de Redacción introduzca algunos cambios. Por el momento, no tiene una posición muy clara en cuanto al mantenimiento o la supresión del artículo 15: los argumentos expuestos por algunos países en desarrollo son convincentes, pero también ha de tenerse en cuenta el razonamiento expuesto por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 23).

53. Las palabras «no gubernamentales» que figuran entre corchetes en los párrafos 1 y 4 del artículo 18 podrían suprimirse, pero aun así el artículo suscitaría dificultades para los Estados que poseen empresas estatales. Análogamente, el artículo 19 es difícil de aceptar, aun con los cambios propuestos por el Relator Especial. A ese respecto, comparte la sugerencia del Sr. Shi, así como la opinión expresada por el Gobierno de Yugoslavia.

54. Por las razones señaladas por México, la República Democrática Alemana y la Unión Soviética, considera innecesario el artículo 20, que debería suprimirse.

55. El Sr. ROUCOUNAS, refiriéndose al párrafo 2 del artículo 3, dice que la orientación para los tribunales contenida en ese texto es útil ciertamente a los efectos de la protección de las partes, lo que después de todo es el objetivo principal del proyecto en su conjunto. Sin embargo, en cada caso particular, los tribunales deben poder decidir libremente si se ha de tener en cuenta la finalidad del contrato, así como su naturaleza. Sería conveniente que la Comisión continuara el debate sobre ese punto. Como la disposición interpretativa que figura en el párra-

fo 1 del artículo se refiere a las subdivisiones políticas del Estado que están facultadas para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado, lo normal sería hacer referencia también a los representantes del Estado.

56. El orador está de acuerdo con el Sr. Thiam (2117.ª sesión) en que el párrafo 1 del artículo 4 se refiere a dos tipos diferentes de inmunidad, pero es importante que se mantengan tanto el apartado *a* como el apartado *b*. En relación con este último texto, considera que «sus miembros» sería una expresión mejor que la de «personas adscritas a ellas». En lo que respecta al párrafo 2, es evidente que debe hacerse referencia no sólo a los jefes de Estado, sino también a todas las personas mencionadas en el artículo 21 de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969. La protección especial otorgada a los jefes de Estado en el pasado refleja el hecho de que prácticamente todas las funciones de relaciones exteriores correspondían a los jefes de Estado. Habida cuenta de la evolución en los últimos años, sería conveniente que la disposición se ampliara para abarcar a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores.

57. En cuanto a la frase «y en las normas pertinentes del derecho internacional general» que figura entre corchetes en el artículo 6, el orador observa que la opinión jurídica sigue dividida en cuanto a la cuestión de si el derecho codificado deroga siempre el derecho internacional consuetudinario. En su opinión, el proyecto no debe tratar de abarcar todos los casos posibles; lo importante es lograr una redacción aceptable para todos, tal vez conforme a las pautas sugeridas por el Sr. Reuter (2115.ª sesión, párr. 46).

58. En lo que respecta al artículo 7, el Sr. Shi (2115.ª sesión) ha mencionado el elevado costo de los procesos judiciales, que, en ciertos casos, puede ser un factor negativo para la equidad de un juicio. Por su parte, opina que el artículo 7 es fundamental precisamente por esa razón, dado que alentará a los gobiernos a tomar medidas para que todos los órganos estatales interesados conozcan las disposiciones del proyecto en su conjunto y puedan disponer de su texto.

59. Aunque está de acuerdo de un modo general con el razonamiento inherente al artículo 8, le parece que el apartado *c* es aún demasiado restrictivo; como han sugerido otros miembros, se podría hacer referencia también al acuerdo establecido por la vía diplomática. Por otra parte, le parece innecesario que se incluya en el artículo 10 un nuevo párrafo 4, como propone el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 107).

60. En lo que respecta al título de la parte III del proyecto, prefiere una redacción que sea menos controvertida, tal vez conforme a lo sugerido por el Sr. McCaffrey (2117.ª sesión, párr. 91), pero otra posible solución sería un título totalmente nuevo, como «Ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro».

61. Por último, conviene con el Relator Especial en que en el párrafo 1 del artículo 11 se debe suprimir la frase «se considerará que... ha consentido», y en lo que respecta al nuevo artículo 11 *bis* propuesto, opina que los textos propuestos por el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1), así como del propio Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 122), pueden orientar a la Comisión en el logro de una solución de aceptación general.

62. El Sr. FRANCIS expresa su reconocimiento al Relator Especial por sus excelentes informes y señala que, como se indica en el segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 3), lo que se necesita en la segunda lectura es tratar de elaborar un nuevo acuerdo multilateral que permita resolver el conflicto de intereses soberanos derivado de la aplicación o no aplicación de la regla de la inmunidad de los Estados, en lugar de confirmar simplemente el principio más fundamental de la soberanía en esta esfera.

63. La Comisión tiene ante sí un conjunto de proyectos de artículo aprobados en primera lectura y respecto de los cuales el Relator Especial propone ciertos cambios con el fin de tener en cuenta las observaciones de los gobiernos, así como las de los miembros. Sin embargo, como la presentación de los distintos artículos se hace en documentos diferentes, resulta difícil de manejar, como ya han señalado otros miembros en el curso del debate. Por ello, insta al Relator Especial a que presente a la Comisión, en su período de sesiones siguiente, el conjunto completo de los proyectos de artículos que ha propuesto, en un documento único, a los efectos de facilitar su examen.

64. Otra cuestión mencionada en el debate es que la Comisión no ha dispuesto de tiempo suficiente para examinar con detenimiento un conjunto de proyectos de artículos demasiado importantes para una segunda lectura apresurada. Como ha señalado el Sr. McCaffrey (2117.ª sesión), es necesario tener en cuenta cambios que se registran en la comunidad internacional y que repercuten en el derecho en esta esfera, derecho que se encuentra en un estado de fluctuación. Por ejemplo, en la actualidad se observa en los Estados Unidos de América un enfoque más liberal en todo lo que respecta al arbitraje. Por estas razones, se requiere una consideración más cuidadosa y detenida del proyecto de artículos, y en ese sentido apoya decididamente la sugerencia de que en el presente período de sesiones la Comisión se concentre en los artículos 1 a 11.

65. Volviendo a los artículos mismos y refiriéndose al criterio para determinar qué es un «contrato mercantil» enunciado en el párrafo 2 del artículo 3, recuerda que durante la primera lectura el orador señaló como ejemplo las medidas adoptadas a fines del decenio de 1970 por el Gobierno de Jamaica para adquirir alimentos básicos en el extranjero. La finalidad de los contratos mercantiles es ciertamente un elemento que debe mantenerse.

66. En el artículo 4 se dice muy acertadamente que los artículos del proyecto se entenderán sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que gozan los Estados en virtud de acuerdos diplomáticos vigentes, pero se deberían indicar en dicho artículo las convenciones internacionales pertinentes. En cambio, la referencia a la «inmunidad diplomática» no sería pertinente en cuanto se refiere a los agentes del Estado y no al propio Estado. En el presente caso, la analogía se establece con la inmunidad de que disfruta una misión diplomática en virtud de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, y no con la inmunidad de que disfrutaban los agentes diplomáticos considerados individualmente.

67. El Relator Especial parece acoger la propuesta de España (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) de que se suprima la frase «y en las normas pertinentes del derecho internacional general», que figura entre corchetes en el artículo 6, y de que esa idea se consigne en un párrafo del preámbulo

de la futura convención. En realidad, la sugerencia de España no solucionaría el problema. Lo mejor sería simplemente suprimir la frase de que se trata, que podría suscitar interpretaciones divergentes e incluso crear cierta confusión. Otra razón que hace superflua esa frase en el artículo 6 son las disposiciones del artículo 28, en virtud del cual los Estados pueden llegar a acuerdos para concederse recíprocamente un trato diferente del previsto en los presentes artículos. Así, los Estados interesados tienen bastante flexibilidad en lo que respecta a la liberalización del proyecto de artículos. El nuevo artículo 6 *bis* propuesto (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) no es aceptable, porque debilitaría el contenido de la norma básica enunciada en el artículo 6.

68. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 11 *bis*, las interesantes enmiendas propuestas por el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) contienen elementos que permitirían a la Comisión lograr una avenencia sobre una cuestión todavía no solucionada. Cabe notar al respecto que en muchos países en desarrollo no existe el concepto de bienes de Estado separados. En el caso de que una entidad que tiene personalidad jurídica con arreglo al derecho interno celebre contratos en el extranjero, no hay ningún motivo para que se obligue al Gobierno a participar en un juicio en un país extranjero. En el caso de que se dicte una sentencia en el extranjero contra un órgano de un Estado soberano, corresponderá a los gobiernos de los Estados de que se trate resolver la cuestión a nivel diplomático. Un Estado soberano no puede ser directamente enjuiciado en un tribunal extranjero, cuestión que el Relator Especial debería tener en cuenta.

69. Por último, en el título de la parte III del proyecto, el término «excepciones» es preferible al término «limitaciones».

70. El Sr. AL-BAHARNA felicita al Relator Especial por el texto equilibrado de su informe preliminar (A/CN.4/415), encaminado fundamentalmente a salvar la diferencia entre la denominada teoría restrictiva de la inmunidad del Estado y la doctrina ya establecida de la inmunidad absoluta. Habida cuenta de la práctica reciente, cabe afirmar que la inmunidad absoluta del Estado no es ya una norma del derecho internacional general. Por otra parte, la teoría restrictiva no puede imponerse unilateralmente a los Estados partidarios de la doctrina de la inmunidad absoluta. Sin embargo, es alentador observar que este último grupo de Estados, en la solución de problemas dimanantes de «contratos mercantiles», ha seguido la práctica de aceptar el concepto de empresa estatal, sujeta a la jurisdicción de los tribunales extranjeros en cuanto respecta a los bienes de Estado separados que se han puesto a su disposición.

71. Al examinar el presente tema, la Comisión debería evitar en lo posible el debate sobre cuestiones teóricas y adoptar el enfoque pragmático del Relator Especial. Por ejemplo, el Relator Especial propone acertadamente que los artículos 2 y 3 se refundan en un nuevo artículo 2, relativo a términos empleados. Sin embargo, en el párrafo 2 del artículo refundido (*ibid.*, párr. 29), la expresión «instrumentos internacionales» debería sustituirse por la expresión «acuerdos internacionales», cuyo alcance no es tan amplio.

72. Se ha pedido a los miembros su opinión acerca de si el término «Estado» debería abarcar también a los integrantes de un Estado federal. Desde luego, así debería

ser, porque la definición contenida en el artículo 3 se refiere a los órganos, las subdivisiones políticas, los organismos y los representantes del Estado.

73. Otra consulta se refiere a la definición de la expresión «contrato mercantil». La cuestión de saber si el criterio determinante de un contrato mercantil ha de ser su naturaleza o su finalidad es objeto de un debate jurídico y los Estados tienen naturalmente opiniones diferentes al respecto. El Relator Especial ha defendido el criterio de la finalidad por cuanto facilitaría la determinación del carácter de los contratos en la esfera de la ayuda al desarrollo y el socorro en situaciones de hambre. El Relator Especial ha propuesto una nueva formulación para el párrafo 3 del nuevo artículo 2: «... pero si un acuerdo internacional entre los Estados interesados o un contrato escrito entre las partes estipula que el contrato tiene un fin público gubernamental, ese fin deberá tenerse en cuenta para la determinación del carácter no mercantil del contrato». Esa enmienda tiene el inconveniente de que hace más complejo el texto al introducir el concepto de «acuerdo internacional» y establecer el requisito de una declaración específica en el sentido de que el contrato tiene un fin público. Sería mejor que se mantuviera el texto aprobado en primera lectura (párr. 2 del artículo 3), modificado como sigue:

«Para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato, pero se tendrá en cuenta también su finalidad para la determinación del carácter no mercantil del contrato.»

Ese texto eliminaría el requisito que imponen al criterio de la finalidad las palabras «si en la práctica de ese Estado tal finalidad es pertinente».

74. El orador apoya el texto revisado del párrafo 1 del artículo 4, propuesto por el Relator Especial, sobre la base de una observación del Gobierno de Australia, y también hace suya su recomendación de que mientras esté pendiente la redacción final de los demás proyectos de artículos tal vez sea prematura una revisión del artículo 5.

75. En cuanto al tan controvertido artículo 6, de las observaciones de los gobiernos que se analizan en el informe preliminar se desprende claramente que dicho texto es la causa fundamental de las divergencias entre Estados. Por su parte, no comparte la opinión de que si se mantiene la frase que figura entre corchetes «y en las normas pertinentes del derecho internacional general» será inevitable que los tribunales extranjeros busquen excepciones a la inmunidad del Estado fuera del ámbito del proyecto de artículos. Por lo demás, tampoco le parece que ello fomente las restricciones unilaterales de la inmunidad de los Estados. Además, la supresión de dicha frase podría obstaculizar el desarrollo progresivo de las normas de derecho internacional general. Por ello, en interés de una transacción pragmática, estaría dispuesto a aceptar la sugerencia del Gobierno de España, apoyada por el Relator Especial, de que se suprima dicha frase del texto y que la idea en que se inspira se exprese en el preámbulo de la futura convención.

76. Sin embargo, al presentar su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1), el Relator Especial ha invitado a los miembros (2114.ª sesión) a que opten entre dos posibilidades, a saber: a) suprimir la frase entre corchetes y trasladarla al preámbulo, como sugiere España, o b) suprimir la frase e introducir un nuevo artículo 6 *bis* que prevea

una declaración facultativa con objeto de preservar el debido equilibrio con la posición de los Estados partidarios de la teoría restrictiva de la inmunidad. Después de un examen cuidadoso del proyecto de artículo 6 *bis*, el orador no está dispuesto a aceptarlo. Agregar al proyecto de convención una nueva declaración facultativa no parece una idea interesante y el artículo bien podría dar lugar a confusiones innecesarias en cuanto al procedimiento.

77. El orador no tiene nada que objetar al nuevo texto propuesto para el artículo 7 (A/CN.4/415, párr. 79), que se hace más claro con el uso de las expresiones «Estado del foro» y «Estado extranjero» en sustitución de las expresiones «un Estado» y «otro Estado», que eran algo confusas. El orador considera aceptable la nueva redacción propuesta para el apartado *c* del artículo 8 y puede apoyar el artículo 9 en su forma actual, pero no se opone a que se agregue una segunda oración al párrafo 1 y a que se inserte el nuevo párrafo 3 recomendado por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 100). El artículo 10 también le parece aceptable.

78. La cuestión del título de la parte III del proyecto ha dado lugar a profundas divergencias tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General. El Relator Especial sugiere que se aplaze el examen del título hasta que se solucionen determinadas cuestiones concretas. Es considerable la ventaja de ese enfoque, que demuestra la preocupación del Relator Especial por avanzar en el examen de las cuestiones sustantivas sin que las cuestiones de redacción demoren ese examen.

79. El orador no tiene inconveniente en aceptar el artículo 11, en su forma ligeramente enmendada por el Relator Especial, y comparte la opinión de que la frase «el Estado no podrá invocar la inmunidad» es preferible a las palabras «se considerará que el Estado ha consentido».

80. El nuevo artículo 11 *bis* propuesto, sobre bienes de Estado separados (*ibid.*, párr. 122), parece algo confuso. Básicamente, su propósito es reflejar un régimen jurídico sobre inmunidad del Estado claramente diferenciado que corresponde a los denominados bienes de Estado separados de los países socialistas. Por esta razón, el orador no está seguro de que se deba siquiera incluir el artículo. ¿Es realmente necesario en una convención internacional? En todo caso, está dispuesto a enfocar esta cuestión con un criterio amplio y desea que la Comisión decida al respecto.

81. En su presentación oral, el Relator Especial ha sugerido que el artículo 11 *bis* sería un texto de equilibrio entre la doctrina restrictiva y la doctrina absoluta. Sin embargo, en los países socialistas existen «organizaciones económicas» que tienen una personalidad jurídica diferente del Estado y cada una de ellas es responsable de sus obligaciones económicas exclusivamente dentro de los límites de la cuantía de los bienes estatales específicos de que disponen. En consecuencia, esas organizaciones económicas no disfrutarían de inmunidad dentro de los límites que para ellas se establecen en la legislación de los países socialistas. Por otra parte, con arreglo al derecho de los países socialistas, el Estado —que es una entidad distinta de las organizaciones económicas de que se trata— mantiene no obstante su capacidad soberana de establecer relaciones económicas y comerciales y, por lo tanto, de invocar la inmunidad de jurisdicción en los tribunales extranjeros. La cuestión de que se trata es precisamente ésta y no la mera cuestión de los bienes de Estado separados. Este

problema deberá tratarse en forma independiente y el artículo 11 *bis* no es una solución.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2119.ª SESIÓN

*Jueves 15 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Benouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (continuación)** (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/415<sup>2</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

### SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

#### EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS<sup>4</sup> EN SEGUNDA LECTURA (continuación)

1. El Sr. AL-BAHARNA, prosiguiendo el análisis de los proyectos de artículos que comenzó en la sesión anterior, recuerda, a propósito del nuevo artículo 11 *bis* propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 122), que si los organismos económicos de los países socialistas no se benefician de la inmunidad de jurisdicción, el propio Estado puede, en ejercicio de su soberanía, tomar parte en relaciones económicas y comerciales y, por consiguiente, hacer valer su inmunidad con respecto a tribunales extranjeros. Así pues, no se trata de la cuestión de los bienes de Estados separados, sino de la de las de operaciones de empresas estatales dotadas de personalidad jurídica, y el título del artículo debería ser «Empresas estatales». En todo caso, el artículo 11 *bis* no resuelve del todo la cuestión.

2. El artículo 12 (Contratos de trabajo) es aceptable, a reserva de las enmiendas que el Relator Especial sugiere en su informe preliminar (*ibid.*, párr. 133).

3. El artículo 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes) es igualmente aceptable, pero también en este caso a reserva de las enmiendas sugeridas por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 143), que consisten en la supresión de la

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31



última frase del artículo y la adición de un párrafo 2 en el que se prescriben las reglas relativas a la responsabilidad de los Estados en derecho internacional.

4. A propósito del artículo 14 (*ibid.*, párrs. 152 a 154), el Relator Especial hace observar que los apartados *c*, *d* y *e* del párrafo 1 atañen a la práctica jurídica de los países donde rige el *common law* y recomienda que se supriman al mismo tiempo que el apartado *b* o que se modifiquen de manera que reflejen mejor la práctica. La primera solución es la mejor. Un instrumento de codificación, en la medida de lo posible, debe basarse en la práctica general de los Estados más que en un sistema jurídico determinado. Así modificado, el artículo sería aceptable.

5. Sobre los artículos 15, 16 y 17 no hay nada nuevo que decir y son aceptables.

6. En el artículo 18 (Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial), como aconseja el Relator Especial, habría que suprimir el término «no gubernamental» en los párrafos 1 y 4, pues es ambiguo y puede prestarse a controversia, como han señalado varios gobiernos. El Relator Especial recomienda también que se añada a este artículo un párrafo 1 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26) que permitiría tratar aparte las empresas públicas y los bienes de Estado separados. El Sr. Al-Baharna se reserva su posición sobre este punto por las razones que ha expuesto en relación con el artículo 11 *bis*.

7. El artículo 19 (Efectos de un compromiso arbitral) no suscitará dificultades si se introducen en él las enmiendas sugeridas por el Relator Especial que tienden, por una parte, a utilizar la expresión «contrato mercantil» y no «negocio civil o mercantil», y por otra, a añadir un apartado *d* sobre el reconocimiento del laudo.

8. El Sr. Al-Baharna se reserva también su posición sobre el artículo 20 (Casos de nacionalización), cuyo sentido y alcance es necesario precisar.

9. Por lo que respecta al artículo 21 (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas), el Relator Especial tiene razón al querer suprimir las palabras entre corchetes y la frase «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso» del apartado *a*. Por el contrario, no está de acuerdo en suprimir esta frase e insertar las palabras «Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa» al comienzo del artículo, como sugiere el Relator Especial.

10. El artículo 22 (Consentimiento en las medidas coercitivas) debe modificarse en el sentido indicado por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 226), a saber, mediante la supresión de la frase que figura entre corchetes, como en el caso del artículo 21.

11. El Relator Especial recomienda que se modifique levemente el artículo 23 (Clases especiales de bienes) mediante la supresión del término entre corchetes «no gubernamental» en el párrafo 1 y la adición de la expresión «que correspondan a fines monetarios» en el apartado *c*; así modificado, el artículo sería aceptable.

12. Para terminar, el Sr. Al-Baharna advierte a la Comisión contra la tentación de introducir cambios fundamentales en los textos aprobados en primera lectura en 1986. La Comisión debe respetar la decisión que tomó de aprobar

el proyecto de artículos en segunda lectura antes de que termine el período de sesiones en curso.

13. El Sr. CALERO RODRIGUES limitará sus observaciones sobre los artículos 12 y siguientes a las enmiendas que se ha propuesto añadir a los textos aprobados en primera lectura.

14. En el párrafo 1 del artículo 12, donde se dice que la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado en ningún proceso relativo a un contrato de trabajo si el trabajador ha sido contratado en ese otro Estado y está protegido por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en ese otro Estado, el Relator Especial propone que se suprima esta segunda condición. Ahora bien, si se había incluido es porque el hecho de estar protegido por el régimen de seguridad social de un Estado es una prueba complementaria de que se depende de la jurisdicción de ese Estado. El argumento en favor de esta enmienda —la discriminación que introduciría entre los países en que existen sistemas de seguridad social y los países en que no existen— no es muy convincente.

15. En el párrafo 2 del mismo artículo se enumera una serie de excepciones de las que el Relator Especial propone eliminar las dos primeras, correspondientes a los apartados *a* y *b*. Por lo que se refiere al apartado *a* («si el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio del poder público»), sería difícil prescindir de él, puesto que prevé el caso en que el trabajador no debe depender de la jurisdicción de un Estado extranjero (se observará que la expresión francesa «puissance publique» se traduce de diversas maneras en el texto inglés del proyecto). Sería igualmente difícil suprimir el apartado *b* («si el proceso se refiere a la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato»), pues no cabe pensar que un Estado sea obligado por un tribunal extranjero a conservar a una determinada persona a su servicio.

16. Por lo que se refiere al artículo 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes), es difícil suscribir la idea del Relator Especial de que se suprima la última frase: «y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión». En efecto, esto ampliaría el alcance de la excepción que define el artículo, alcance que puede parecer ya demasiado amplio. No hay que olvidar tampoco que el daño transfronterizo dependería de este artículo. Además, recogiendo un argumento del Gobierno español (A/CN.4/410 y Add.1 a 5), el Relator Especial propone que se añada un párrafo 2 relativo a las reglas de la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, es dudoso que la solución de la cuestión de las lesiones a las personas y daños a los bienes deba confiarse a esas reglas y, por lo demás, el Relator Especial tampoco parece convencido de ello.

17. Por lo que respecta al artículo 14 (Propiedad, posesión y uso de bienes), el apartado *a* del párrafo 1 es oportuno en cuanto que los bienes inmuebles situados en el territorio de un Estado dependen, por así decir, naturalmente de su jurisdicción. Pero los apartados *b* a *e* se refieren a la vez a los bienes muebles y a los bienes inmuebles, lo que complica la situación. Como los apartados *c*, *d* y *e* recogen conceptos del *common law* y pueden ser poco conocidos en los demás sistemas jurídicos, el Relator Especial recomienda que se supriman y se sustituyan por

un nuevo apartado *c* (A/CN.4/415, párr. 156). Si esta iniciativa va en el sentido de la universalización del proyecto, es acertada; pero si debe borrar la diferencia entre bien mueble y bien inmueble, se trata de otra cuestión, pues la situación de los bienes muebles es mucho menos clara. En su totalidad, el artículo es poco satisfactorio y en el peor de los casos el Sr. Calero Rodrigues preferiría que se suprimieran simplemente los diversos apartados del párrafo 1.

18. El párrafo 2 del artículo 14 no está redactado de manera muy clara y el Relator Especial recomienda que se suprima, como aconseja el Gobierno belga, porque da la impresión de que contradice el párrafo 3 del artículo 7. Ello es cierto, y este párrafo puede desaparecer sin inconveniente alguno.

19. Por lo que se refiere al artículo 18, el Relator Especial hace dos propuestas. A propósito de la primera, que consistiría en suprimir el término «no gubernamental» en los párrafos 1 y 4, el Sr. Calero Rodrigues recuerda que en primera lectura se advirtió lo difícil que era definir el «buque de propiedad del Estado o explotado por él y destinado a un servicio comercial». El término «no gubernamental» tenía por objeto, pues, añadir una precisión, pero es cierto que esta fórmula representa una discriminación contra algunos Estados. Si no se encuentra una mejor formulación, el orador, con cierta reticencia, aprobaría la supresión del término. En cuanto a la segunda propuesta, cuyo objeto es añadir un párrafo 1 *bis* relativo a los buques en cuanto bienes de Estado separados, el texto sugerido (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26) deja que desear, pero el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) y el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) han hecho propuestas sumamente interesantes en relación con el nuevo proyecto de artículo 11 *bis* que ciertamente ayudarán a encontrar una solución.

20. El artículo 19 (Efectos de un compromiso arbitral) se justifica plenamente, pues no hace más que consagrar el poder de control de los tribunales nacionales sobre el mecanismo del arbitraje. El Relator Especial da a elegir entre el arbitraje relativo a «un contrato mercantil» y el relativo a un «negocio civil o mercantil», y señala que se inclina por la segunda solución. No obstante, esta fórmula tendría por consecuencia ampliar el campo de la excepción enunciada en este artículo, mientras que, por el contrario, habría que tratar de restringirlo.

21. Para el artículo 20 no se recomienda ningún cambio, pero lo que plantea un problema es su lugar en el proyecto, como han hecho observar el Gobierno australiano y el Gobierno tailandés. El Sr. Calero Rodrigues piensa también que esta disposición debe colocarse en otro lugar.

22. Nada se opone a que se añada al comienzo del artículo 21 la cláusula clásica «Salvo que los Estados convengan otra cosa». Nada se opone tampoco a la supresión de la frase «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido», colocada entre corchetes y cuyo sentido no está claro. Reaparece aquí el problema, debatido en primera lectura, que suscita la noción de «derechos e intereses» y que se plantea aquí en términos aún más claros. ¿Qué es en efecto un derecho sino un «interés jurídicamente protegido»? En cuanto a las excepciones que se prevén en los apartados *a* y *b*, el orador es contrario a la eliminación de la condición establecida en el apartado *a*, que dice: «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido

el proceso». El relator estima que la fórmula que la precede la hace inútil. Pero eliminarla sería una vez más ampliar las excepciones y, por consiguiente, reducir el concepto de inmunidad.

23. La necesidad del artículo 23 no es evidente, pues los bienes que en él se enumeran no podrían ser considerados de todas maneras como bienes mercantiles. El Relator Especial propone que se añada al final del apartado *c* del párrafo 1 la frase siguiente: «que correspondan a fines monetarios». Pero ¿con qué fines se pueden utilizar «los bienes del banco central» sino con fines monetarios? Añadir esta precisión sería reducir aún más la inmunidad del Estado, y el orador es partidario, pues, de que no se modifique el apartado. La nueva redacción propuesta para el párrafo 2 (A/CN.4/415, párr. 240) no parece mucho mejor. El Sr. Calero Rodrigues piensa que hay que mantener el texto aprobado por razones de equilibrio, con las mejoras que pueda aportar el Comité de Redacción.

24. Pasando a la parte V del proyecto (Disposiciones diversas), el orador dice que el artículo 24 aprobado en primera lectura era un texto muy completo que preveía la notificación del acto de incoación de un proceso por medios convenidos entre los Estados interesados o por la vía diplomática o incluso por otros medios, incluido el correo certificado. En el nuevo texto propuesto, el Relator Especial simplifica la disposición (*ibid.*, párr. 248). Sin embargo, en su opinión, la notificación por correo no es comúnmente admitida. En el apartado *a* del párrafo 1, el Relator Especial, basándose en las observaciones de varios gobiernos, propone que se suprima el término «acuerdo» y se reemplace por la fórmula «cualquier convenio internacional aplicable que obligue» a los Estados. No obstante, el hecho de que el acuerdo no sea aceptado por todos los sistemas jurídicos no es un argumento muy convincente en favor de su supresión. Quizá se podría sustituir el apartado *a* por la siguiente frase: «de conformidad con cualquier acuerdo o disposición internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado», con el fin de prever toda eventualidad.

25. El Relator Especial no recomienda enmiendas a los artículos 25, 26 y 28. Propone, en cambio, una modificación relativamente importante en el párrafo 2 del proyecto de artículo 27, en la medida en que el privilegio reconocido a un Estado Parte en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado se limitaría en lo sucesivo al Estado demandado. El Sr. Calero Rodrigues cree que no es una buena idea, pues por ser Estados no pueden ser tratados como partes ordinarias en un procedimiento. Sean demandantes o demandados, no cabe exigirles garantías.

26. El Sr. MAHIOU, después de haber indicado que sus observaciones sobre los artículos 12 y siguientes coincidirán en ciertos puntos con las del orador precedente, señala que el Relator Especial recomienda que se suprima en el párrafo 1 del artículo 12 el criterio de la seguridad social. Sin querer insistir en su mantenimiento, el orador piensa, no obstante, que ese criterio es bastante claro y permite vincular el contrato de trabajo al Estado del foro. El Relator Especial propone también que se supriman los apartados *a* y *b* del párrafo 2, aunque la Comisión los había incluido en este párrafo en primera lectura para responder a un cierto número de situaciones particulares. El Sr. Mahiou vacilaría, pues, en seguir al Relator Especial en este punto.

27. No habría dificultad en aprobar la sugerencia del Gobierno español relativa a un nuevo párrafo 2 para el artículo 13 (A/CN.4/410 y Add.1 a 5), pero el orador se pregunta cuál es su utilidad.

28. Son muchos los gobiernos que han destacado la complejidad y la singularidad del artículo 14, cuyo texto se inspira en conceptos de *common law*. El orador comparte a este respecto las observaciones del Relator Especial, que cree que hay que simplificar el proyecto y suprimir varios apartados a fin de evitar plantear problemas a los países que no están familiarizados con estos conceptos.

29. En el artículo 18 el Relator Especial recomienda que se supriman los términos «no gubernamental» y «no gubernamentales» que figuran entre corchetes en los párrafos 1 y 4. Se trata de un problema de fondo que ya surgió en relación con los artículos 2 y 3. Al igual que a veces resulta difícil definir el contrato mercantil, puede ser difícil también definir la utilización comercial o no comercial de un buque. El análisis que el Relator Especial hace a este respecto en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párrs. 24 y 25) no da cuenta exactamente de la posición de los países en desarrollo, en particular cuando dice que duda de que «conceder la inmunidad a los buques de propiedad de países en desarrollo o explotados por ellos resulte ventajoso a esos países a largo plazo». Los países en desarrollo no aspiran a tal situación, que sería a la vez injusta e inaceptable: lo que piden es que la inmunidad de jurisdicción pueda invocarse en ciertas circunstancias en que se halla en juego el interés público. Al igual que en el caso del contrato mercantil, en que la finalidad del interés público sirve de criterio subsidiario para determinar la naturaleza del contrato, el interés público puede intervenir en segundo lugar para determinar la naturaleza de la utilización de un buque. Hay que evitar presentar la posición de los países en desarrollo como excesiva. En el caso presente, conviene razonar como se ha hecho con los artículos 2 y 3 y tratar de lograr una transacción que tenga en cuenta ciertas circunstancias particulares cuando los buques son utilizados con fines gubernamentales de interés público.

30. El Relator Especial, para demostrar que el término «no gubernamental» es inadecuado, se refiere a textos como la Convención de Bruselas sobre las inmunidades de los buques de Estado, de 1926; a la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, de 1958, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982 (*ibid.*). El Sr. Mahiou interpreta estos textos de una manera un tanto diferente. En la Convención de Bruselas de 1926 o en la Convención de 1958 se trata de buques exclusivamente dedicados a un servicio gubernamental no comercial: se puede deducir de ello *a contrario* que existe un servicio gubernamental comercial. Los términos empleados difieren a veces de una Convención a otra, pero persiste la distinción entre estos dos tipos de servicios. Por lo demás, se halla también esta distinción en los artículos 96 y 236 de la Convención de 1982. Ahora bien, la distinción entre lo que es comercial y lo que no lo es en la actividad gubernamental entraña un cierto número de consecuencias desde el punto de vista jurisdiccional. Este problema debe hallar una solución en la propuesta de las disposiciones del nuevo artículo 2 dedicado al contrato mercantil (A/CN.4/415, párr. 29), es decir, una solución equitativa, basada en un criterio relativamente claro pero que salvaguarde al mismo tiempo ciertas situaciones particulares.

31. De las dos expresiones colocadas entre corchetes en el artículo 19, el Relator Especial prefiere la segunda, que tiende a ampliar el alcance de la excepción. El orador vacila en sumarse a esta opinión por temor de que de ello resulte una brecha por la cual las jurisdicciones pudieran poner abusivamente en tela de juicio la inmunidad de jurisdicción del Estado. Cuando se sale del ámbito contractual es muy fácil llegar a cuestionar decisiones que se consideren como actos del Gobierno pertinentes a su soberanía. Para ilustrar el riesgo de interpretación tendenciosa de ciertas expresiones, el orador toma como ejemplo el asunto de las *Pirámides*. Un contrato para un proyecto de desarrollo turístico concertado entre un organismo egipcio y una empresa extranjera provocó un clamor general en Egipto y en el extranjero por estimar la opinión pública que este proyecto podía estropear una de las siete maravillas del mundo. El contrato firmado fue, pues, cuestionado y la empresa extranjera hizo valer la cláusula de arbitraje para pedir una indemnización por las obras ya realizadas. Ahora bien, el tribunal arbitral se declaró competente no solamente con respecto al organismo público que había firmado el contrato con esta empresa, sino también con respecto al propio Estado egipcio, que, en cuanto Estado tutor, había avalado el contrato; a juicio del tribunal, la simple aprobación, acto unilateral del Estado, suponía participación en el contrato y, por consiguiente, en la cláusula compromisoria. Claro está, Egipto apeló y el laudo fue anulado.

32. Este ejemplo abogaría por la extensión de la jurisdicción del Estado del foro. En efecto, son los tribunales arbitrales, a los que generalmente se dispensa confianza, los que a veces se ven tentados de ir más allá de su competencia, mientras que el juez del foro desempeñará de buen grado el papel de defensor de las prerrogativas del Estado. Este ejemplo muestra al mismo tiempo que hay una tendencia, a partir del momento en que el Estado interviene para aprobar un contrato mercantil, a considerarlo como parte en la cláusula de arbitraje y a cuestionar su acción, incluso cuando ésta se ejerce en el marco de sus poderes soberanos. Por eso, en el estado de cosas actual, el Sr. Mahiou prefiere retener la primera expresión que figura entre corchetes en el artículo 19, a saber, «contrato mercantil». La jurisdicción insidiosa es un peligro del que hay que desconfiar.

33. También, a propósito del artículo 19, el Relator Especial se pregunta si no hay que tomar posición sobre el problema de la ejecución de los laudos arbitrales. El Estado que ha aceptado una cláusula de arbitraje, ¿no ha aceptado con ello la competencia de las jurisdicciones a las que se puede recurrir para hacer ejecutar el laudo? El orador no volverá a examinar esta cuestión, de la que trató anteriormente (2116.ª sesión), pero señala que hay que ser prudente sobre este punto, pues esta extensión de la competencia de los tribunales del foro podría traducirse en resultados discutibles. Recuerda también que no hay que confundir la aceptación de la cláusula compromisoria y la aceptación del procedimiento de *exequatur*.

34. El artículo 20, que reserva de alguna manera la solución del problema de las nacionalizaciones, es uno de los elementos de una transacción global y se concibió con la finalidad de hacer aceptable el *proyecto* de artículo 15 y de salvaguardar las medidas de expropiación y de nacionalización que pudieran tomar los Estados. El orador es uno de los miembros de la Comisión que propusieron este

artículo, pero ni su redacción ni su lugar en el proyecto le satisfacen. Dadas las interpretaciones ambiguas que suscitan sus disposiciones, se pregunta incluso si conviene conservarlo.

35. Sobre el artículo 21, el Relator Especial hace tres recomendaciones en su informe preliminar (A/CN.4/415, párrs. 217 a 219) y una cuarta en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 46). Pide, como en el artículo 18, la supresión del término «no gubernamentales», que el orador, por el contrario, cree que hay que conservar por las razones ya indicadas; quizá el Comité de Redacción pueda hallar una solución sobre este punto. Por lo que respecta al concepto de «interés jurídicamente protegido», quizá es propio de ciertos sistemas jurídicos. Pero como el concepto de «interés» es más amplio que el de «derecho» y la Comisión se encuentra en un ámbito en el que hay que limitar al máximo las medidas de ejecución, parece prudente conservar esta expresión por el momento, sea en el artículo 21 o en el artículo 22.

36. El Relator Especial estima, por otra parte, que no cabe exigir un vínculo entre la propiedad en cuestión y el objeto de la demanda o la institución o el organismo contra el cual se ha incoado el procedimiento ni hacer de ello una condición previa a las medidas coercitivas: ha precisado su posición sobre este punto en su exposición oral (2115.ª sesión), haciendo alusión al asunto *Letelier*. Sin embargo, hay que observar que este problema requiere soluciones diferentes según los países. Incluso en aquellos en los que se manifiesta una tendencia restrictiva de la inmunidad se exige este vínculo de conexión. El Sr. Mahiou cree saber que el Reino Unido es el único Estado que ha suprimido esta condición; en los Estados Unidos de América las propuestas hechas en este sentido no han dado resultado. Por lo demás, las soluciones adoptadas en el plano nacional no se imponen necesariamente en un instrumento de alcance universal.

37. El nuevo texto del párrafo 2 del artículo 23, propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/415, párr. 240), mejora el texto aprobado. Queda, no obstante, por resolver el problema de las cuentas bancarias, mencionado en el informe preliminar y en el segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 44). Sobre este punto, la posición del Relator Especial parece mal definida y requiere aclaraciones. Parece que propone volver a la recomendación inicial hecha en su informe preliminar, que consistía en añadir en el apartado c del párrafo 1 las palabras «y se utilicen para fines monetarios», con el fin de proteger los bienes del banco central o de cualquier otra autoridad monetaria al servicio de la política monetaria del Estado. El orador tiene algunas dudas ante esta sugerencia por la razón dada por el Sr. Calero Rodrigues, pues todo banco central, a su juicio, no tiene otras actividades que las monetarias. La expresión «para fines monetarios» carece de claridad. Si redujera la inmunidad del Estado en esta esfera suscitaría ciertamente dificultades. En el estado de cosas actual, el orador prefiere el texto anterior.

38. Los artículos 24 a 26 no suscitan observaciones de parte del orador, que comparte las preocupaciones del Relator Especial y suscribe sus recomendaciones. Corresponderá al Comité de Redacción ver si estas recomendaciones mejoran el texto y deben seguirse. Dicho esto, las observaciones de la República Federal de Alemania y de la República Democrática Alemana sobre el artículo 25,

que tienden a evitar que se dicte un fallo en rebeldía contra un Estado por el hecho de que haya habido notificación, merecen ser tomadas en consideración.

39. El párrafo 2 del artículo 27 aprobado en primera lectura es preferible al nuevo texto propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 266), pues el Estado demandante debe gozar de los mismos favores que el Estado demandado, en primer lugar por la razón dada por el Sr. Calero Rodrigues y después porque hay que evitar disuadir a los Estados de ser demandantes. Ahora bien, en algunos países el aspecto financiero del procedimiento es muy importante. Si se obliga a un Estado demandante a depositar una fianza, quizá renuncie a proseguir su acción, poniendo así su inmunidad de jurisdicción en cuestión. Este elemento debe tenerse en cuenta si se piensa en el costo de algunos procedimientos.

40. El Sr. AL-KHASAWNEH rinde tributo al Relator Especial y a los Estados que han dado a conocer sus observaciones sobre los proyectos de artículos aprobados en primera lectura. Quedan todavía varios puntos que exigen un examen a fondo, examen que la Comisión no podrá llevar a cabo en el período de sesiones en curso si examina el conjunto del proyecto de artículos. Por eso el Sr. Al-Khasawneh limitará su intervención a los artículos 1 a 11 *bis*.

41. El artículo 1 (Alcance de los presentes artículos) es satisfactorio, tanto por su tenor como por el lugar que ocupa en el conjunto del proyecto. La fusión de los artículos 2 (Términos empleados) y 3 (Disposiciones interpretativas) en un solo nuevo artículo 2 parece justificada. Por el contrario, la definición de la expresión «contrato mercantil» es una tautología que se podría evitar si en el inciso i) del apartado c del nuevo texto (A/CN.4/415, párr. 29) se suprimiera la palabra «mercantil» y en el inciso iii) del mismo apartado se sustituyera la palabra «mercantil» por la palabra «negocios». En el párrafo 3 la palabra «principalmente» es innecesaria, pues sólo tiene sentido si se aplica principalmente el criterio de la naturaleza del contrato y se conserva un criterio complementario en el caso previsto en el párrafo 2 del artículo 3 aprobado. Lo que es más importante, las palabras «pero si [...] para la determinación del carácter no mercantil del contrato» son también superfluas, habida cuenta del párrafo 2 del artículo 11. De hecho, tal como está redactada, esta disposición del párrafo 3 en su totalidad no tiene otro valor que el de recomendación y no hace más que templar la norma según la cual un Estado que haya concertado un contrato mercantil con una entidad extranjera no estatal puede gozar de inmunidad de jurisdicción en virtud del apartado b del párrafo 2 del artículo 11. El texto propuesto por el Relator Especial para el párrafo 3 sin duda tiene por objeto conciliar las divergencias de opinión sobre el peso que se ha de conceder a la naturaleza del contrato y a su fin, pero el orador todavía no puede aceptarlo. Queda en pie la cuestión de saber el peso que convendrá conceder al fin no mercantil de un contrato cuya naturaleza y forma revisiten carácter mercantil. Las observaciones de los gobiernos no sirven de gran ayuda en este punto, pues están divididas. No obstante, toda sugerencia encaminada a conceder el mismo peso a la naturaleza y al fin del contrato debe rechazarse. Si se aceptase, los jueces llamados a interpretar la futura convención tendrían una tarea muy difícil ante sí. Esta tarea no sería más fácil si tuvieran que tener en cuenta «principalmente» la naturaleza del contrato, pues

en tal caso la finalidad del contrato no intervendría más que de manera marginal y subsidiaria. En efecto, en primer lugar, el criterio de la finalidad es subjetivo por definición. En segundo lugar, no es inconcebible —es incluso normal— que al concertar un contrato mercantil un Estado esté motivado a la vez por consideraciones mercantiles y por consideraciones que se refieren al bienestar público. En tercer lugar, como la práctica del Estado que invoca la inmunidad varía según los países, se adoptarían diferentes soluciones en función del Estado considerado, lo que iría en contra de la unificación que se pretende lograr.

42. El Gobierno del Reino Unido subraya en sus observaciones que existe ya un mecanismo en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 11, en virtud del cual un Estado puede reservar su inmunidad en el momento de concertar el contrato. No obstante, puesto que la restricción de la inmunidad se explica esencialmente por el deseo de proteger derechos privados, no hay razón alguna, cuando la entidad no estatal consiente en que la otra parte en el contrato, es decir, el Estado, invoque la inmunidad, para que el Estado del foro cuestione el consentimiento así dado, salvo, tal vez, por consideraciones de interés público. De ello se sigue que en algunos casos este consentimiento se extendería a contratos cuya naturaleza y finalidad son, ambas, mercantiles, lo que borraría la línea divisoria entre los actos *jure imperii* y los actos *jure gestionis* en la que se funda la teoría de la inmunidad restringida. Es posible, por ejemplo, que una empresa, ignorando la sutileza de esta distinción o simplemente deseosa de lograr beneficios con rapidez, acepte una cláusula en la que se estipule que un Estado se reserva su inmunidad con respecto a un contrato cuya naturaleza y finalidad son ambas mercantiles. A la inversa, es posible que un Estado deseoso de asegurar el bienestar de sus ciudadanos concierte con una empresa extranjera un contrato en el cual consiente en renunciar a su inmunidad, aun cuando la finalidad del contrato sea de interés público. En los dos casos el mecanismo previsto en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 11 permitiría el libre juego de las fuerzas del mercado y por ello no podría ser considerado suficiente. En efecto, el derecho tiene por misión moderar el ejercicio del poder, sea económico o político, y no reforzarlo. El orador se ve así obligado a concluir que es la finalidad del contrato lo que conviene retener como criterio, atenuando en la medida de lo posible su carácter subjetivo, en aras de la estabilidad del derecho y de la uniformidad del régimen. Para ello se podría enumerar una serie de clases de contratos mercantiles para los cuales se aplicaría el criterio de la finalidad, por ejemplo, los contratos con fines militares o los concertados en caso de socorro de urgencia. Otra solución sería añadir al párrafo 2 del artículo 11 un apartado *c*, concebido en los siguientes términos: «si el tribunal se ha asegurado de que el fin del contrato es un fin de interés público».

43. Pasando al artículo 4 (Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos), el orador estima que habría que pensar en que en el ámbito de aplicación del párrafo 2 entrara la situación de algunas personas vinculadas al jefe de Estado, por ejemplo los miembros de su familia que viven con él y los criados vinculados a su servicio personal, y quizás también los primeros ministros y los ministros de relaciones exteriores.

44. El Sr. Al-Khasawneh considera satisfactorio el artículo 5 (Irretroactividad de los presentes artículos), aun-

que juzga pertinente la observación del Gobierno australiano en cuanto a la utilidad de imponer ciertas restricciones a la aplicación de la futura convención. Es significativo a este respecto que, después de la promulgación de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de los Estados Unidos de América en 1976, los demandantes hayan comenzado a promover acciones relativas a asuntos que se remontaban al decenio de 1940, como ha señalado el Sr. Shi (2115.<sup>a</sup> sesión).

45. Pasando al artículo 6 (Inmunidad del Estado), el orador apoya la supresión de la frase entre corchetes. No obstante, por haber sido este artículo objeto de una viva polémica en la Comisión y entre los publicistas, desea detenerse un poco en él. En primer lugar, señala que en el marco de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión y la Sexta Comisión de la Asamblea General tienden desde hace algún tiempo a optar por soluciones fáciles. Para ciertas materias se preconiza la fórmula del acuerdo marco a fin de tener en cuenta la diversidad de las situaciones: tal es el caso en lo que atañe al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales y a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En otra materia, el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, la Comisión ha estado a punto de caer en la tentación de establecer un régimen facultativo que hubiera cuestionado el derecho de las relaciones diplomáticas y consulares. En el caso de la materia en estudio, la misma renuencia a aceptar un régimen uniforme ha llevado a la introducción de la frase que figura entre corchetes en el artículo 6 y a la aprobación en primera lectura del artículo 28 (No discriminación). ¿Es ésta una prueba de creatividad? ¿O bien la confesión de que quizás es imposible legislar para el conjunto de los países en su heterogeneidad? Parece que la segunda explicación es la acertada. La Comisión legisla, ciertamente, pero los instrumentos que elabora no pueden servir de vara para medir con seguridad la acción de los Estados. En otros términos, se atiene a la codificación; de ahí la congelación de la evolución por el derecho consuetudinario, sin esa certidumbre que la codificación debería aportar para compensar la pérdida del pragmatismo y la creatividad que caracterizan al derecho consuetudinario.

46. En segundo lugar, los Estados han procedido en todas las épocas a efectuar intercambios comerciales. No obstante, el hecho es que, en la materia en estudio, la abundancia de las decisiones judiciales, de las prácticas administrativas y de las legislaciones nacionales contrasta con la inexistencia de jurisprudencia internacional y con la pobreza de la práctica diplomática, y nada permite creer en una inversión de esta tendencia. Hay muy pocas oportunidades de que se multipliquen los fallos de los tribunales internacionales o los laudos arbitrales. Por el contrario, es muy probable que aparezcan jurisprudencias nacionales y legislaciones internas que vayan en dos direcciones opuestas y consagren en unos países la teoría de la inmunidad restringida y en otros la de la inmunidad absoluta. Es aquí precisamente donde interviene la codificación cuya razón de ser es poner término a los procesos que puedan ser fuente de incertidumbre en el plano jurídico. Pero si el proyecto de artículos en estudio no ha de enunciar más que reglas de importancia secundaria, la incertidumbre será la misma.

47. En tercer lugar, se ha dicho que como es difícil establecer una distinción clara entre los actos *jure imperii* y los actos *jure gestionis* y conseguir que todos los Estados acepten una línea divisoria exacta entre inmunidad y no inmunidad, convendría admitir una zona imprecisa que sería objeto de reglas ulteriores.

48. Los problemas de este género son comunes a todos los proyectos de artículos y todo conjunto de normas lleva en sí los gérmenes de su propia destrucción, pero sólo un proyecto de artículos inadecuado sembraría voluntariamente la semilla de su ineficacia.

49. Habida cuenta de estas consideraciones, el orador se opone a que se mantenga la frase colocada entre corchetes en el artículo 6. A este respecto, aceptaría a lo sumo la propuesta del Gobierno español, cuyo objeto es añadir al preámbulo de la futura convención un párrafo como sigue:

«Afirmando que las normas del derecho internacional continuarán rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en la presente Convención» (A/CN.4/410 y Add.1 a 5).

En un loable esfuerzo de transacción, el Relator Especial ha propuesto también que se suprima la frase que figura entre corchetes y se introduzca en el lugar oportuno del proyecto un artículo 6 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) y ha invitado a los miembros de la Comisión a que indiquen si prefieren la propuesta española o este nuevo artículo. Por su parte, el orador prefiere la propuesta española porque cree que el artículo 6 *bis* tiene pocas posibilidades de ser aprobado por los defensores de la teoría de la inmunidad restringida y porque, como ha dicho el Sr. Reuter (2115.ª sesión), dado que los Estados partidarios de la teoría de la inmunidad absoluta de todas maneras pondrán objeciones, este nuevo artículo propuesto no es más que una solución aparente.

50. A propósito del artículo 7 (Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado), el orador piensa, como el Sr. Tomuschat (2116.ª sesión), que conviene estudiar la relación entre este artículo y el artículo 2; suscribe también las observaciones de forma que ha hecho el Sr. Al-Qaysi (*ibid.*, párr. 43). Por lo que se refiere al artículo 8 (Consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción), aprueba la enmienda propuesta por el Relator Especial en el apartado c (A/CN.4/415, párr. 93). En cuanto al artículo 9 (Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal), desearía saber, como el Sr. Al-Qaysi, si es posible revocar una renuncia manifestada por error cuando el Estado que invoca la jurisdicción ha iniciado él mismo el procedimiento. Aunque poco probable, este caso no es inconcebible. En lo que respecta al artículo 10 (Reconvenciones), el orador acoge con satisfacción la incorporación de un nuevo párrafo 4 por sugerencia de Tailandia.

51. Pasando a la parte III del proyecto ([Limitaciones de] [Excepciones a] la inmunidad del Estado), el Sr. Al-Khasawneh estima también que la importancia dada al título de esta parte, que ha suscitado tanta polémica, es desproporcionada.

52. Con respecto al artículo 11 (Contratos mercantiles), a algunos aspectos del cual ya se ha referido al analizar los artículos 2 y 3, el orador hace observar en primer lugar que el empleo de las palabras «en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado» en el párrafo 1 parece partir de la hipótesis de que la elección del derecho aplicable y la elección de la jurisdicción son una misma

cosa; como no siempre es así, desearía aclaraciones por parte del Relator Especial. En segundo lugar, señala que en el nuevo artículo 2 propuesto, el Relator Especial emplea la palabra «acuerdo» en el párrafo 3 en lugar de «contrato» cuando las dos partes son Estados. Esto parece justificado, pero de ello resulta que el apartado a del párrafo 2 del artículo 11 puede suprimirse, puesto que un contrato (o acuerdo) mercantil concertado entre Estados gozaría de todas maneras de la inmunidad de jurisdicción. En tercer lugar, se congratula de la observación del Relator Especial, según la cual las normas de derecho internacional privado exigen a menudo la existencia de una conexión territorial (*ibid.*, párr. 116).

53. Finalmente, por lo que respecta al nuevo artículo 11 *bis* propuesto, sobre bienes de Estado separados (*ibid.*, párr. 122), el orador lo considera fundado en el sentido de que limita las acciones judiciales abusivas contra Estados extranjeros haciendo una distinción entre el Estado y la empresa estatal dotada de bienes de Estado separados. Los ejemplos mencionados por el Sr. Shi recuerdan que este problema no puede pasarse por alto. Se puede plantear una cuestión de principio: ¿hay que incluir en el proyecto de artículos una disposición expresa relativa a una institución que es propia de un solo grupo de Estados? Lo ideal sería no hacerlo, pero en un instrumento internacional conviene llegar a una solución justa y equitativa y el orador no piensa que será así si se aprueba el artículo 11 *bis*. En cuanto a su redacción exacta, convendría confiar la tarea al Comité de Redacción.

54. El Sr. AL-QAYSI dice que completará sus observaciones sobre el tema en estudio refiriéndose a los artículos 21 y siguientes.

55. A propósito del artículo 21 (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas), suscribe la recomendación del Relator Especial, cuyo objeto es suprimir las palabras «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido», colocada entre corchetes, no solamente porque su significado no es claro, como ya se ha dicho, sino también por las razones expuestas en el párrafo 4 del comentario al artículo:

[...] el interés del Estado puede ser tan marginal que no resulte afectado por la medida coercitiva, o ser de tal naturaleza que dicho interés, ya se trate de un derecho de rescate o de un derecho de reversión, puede permanecer intacto independientemente de la medida coercitiva a que se someta el uso de los bienes. [...]<sup>5</sup>

De igual modo, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que se suprima el término «no gubernamentales» que figura entre corchetes. Finalmente, por las razones indicadas por el Gobierno de Qatar, aprueba la propuesta tendiente a suprimir las palabras «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra la que se haya promovido el proceso» en el apartado a.

56. Pasando al artículo 22 (Consentimiento en las medidas coercitivas), el orador dice que está de acuerdo también con el Relator Especial en que se supriman las palabras «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido» que figuran entre corchetes en el párrafo 1 por las razones expuestas a propósito del artículo 21.

57. En cuanto al artículo 23 (Clases especiales de bienes), el orador es partidario de la supresión del término

<sup>5</sup> *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 18.



«no gubernamentales», que figura en el párrafo 1 entre corchetes. Dicho esto, se pregunta cuál es el texto que el Relator Especial recomienda en realidad para el apartado *c* del párrafo 1. En su informe preliminar (A/CN.4/415, párrs. 239-240), el Relator Especial propone que se añadan al apartado *c* del párrafo 1 las palabras «que correspondan a fines monetarios» y que se modifique el párrafo 2; en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 45) propone que se formule de nuevo el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 23 y se suprima el párrafo 2, y después sugiere que se modifique en consecuencia el artículo 21 (*ibid.*, párr. 46). Más adelante propone otra vez (*ibid.*) que se añadan las palabras «que correspondan a fines monetarios» al final del apartado *c* del párrafo 1.

58. ¿Cuál es exactamente la situación? El orador se declara en favor de la adición propuesta por el Relator Especial en el apartado *c* del párrafo 1, pero se pregunta si el párrafo 2 se va a mantener tal como aparece en el informe preliminar o si se suprimirá. Si este último párrafo se mantiene, y tal es probablemente la intención del Relator Especial, éste deberá modificar las propuestas que figuran en el párrafo 28 de su segundo informe. Pero habrá que resolver también otro problema. El Relator Especial ha indicado claramente que si recomienda modificar el párrafo 22 es en razón de las observaciones de la República Democrática Alemana. Ahora bien, cabe señalar que la República Democrática Alemana da como razón de su propuesta que el párrafo 2 del artículo 23 aprobado en primera lectura surtiría el efecto de desvirtuar la medida especial de salvaguardia prevista. El orador no capta la lógica de este razonamiento en vista del comentario al artículo 23, donde se dice que ésta pretende proteger las clases específicas de bienes enumeradas en los apartados *a* a *e* del párrafo 1, a menos que el Estado haya asignado o destinado esos bienes a la satisfacción de la demanda objeto del procedimiento o haya consentido expresamente en la adopción de las medidas coercitivas<sup>6</sup>. En ambos casos es el consentimiento del Estado —tácito en el primero, expreso en el segundo— lo que sirve de base para la supresión de la protección especial. ¿Por qué debería prestarse este consentimiento para una negación de la protección? Más sorprendente aún es el texto del párrafo 2 del artículo 23 tal como ha sido modificado por el Relator Especial en razón de las observaciones de la República Democrática Alemana. Propone, en efecto, que «no obstante lo dispuesto en el artículo 22» —es decir, a pesar del consentimiento expreso del Estado—, la protección especial concedida a las categorías de bienes enumerados en el párrafo 1 sólo puede suprimirse si el Estado de que se trate ha asignado o destinado esos bienes a la satisfacción de la demanda objeto del procedimiento. ¿Quiere decir esto que el consentimiento expreso importaría poco, a menos que fuese acompañado de un consentimiento tácito en forma de reserva o de asignación de bienes? Si tal es el caso, el Sr. Al-Qaysi no comparte este razonamiento. Prefiere el texto del párrafo 2 aprobado en primera lectura y cree que las únicas modificaciones que hay que introducir en el artículo 23 consisten en suprimir el término «no gubernamentales» en el párrafo 1 y añadir en el apartado *c* de ese párrafo las palabras «que correspondan a fines monetarios».

59. En lo que concierne al artículo 24 (Notificación del acto de incoación de un proceso) y al artículo 25 (Fallo

en ausencia), el Sr. Al-Qaysi aprueba la propuesta del Sr. Shi (2115.ª sesión), encaminada a suprimir en los párrafos 3 y 2 respectivamente las palabras «de ser necesario». Se suma asimismo a la propuesta hecha por el Relator Especial a raíz de las observaciones del Reino Unido y de la República Federal de Alemania, consistente en modificar el párrafo 2 del artículo 27 (Inmunidades procesales) de manera que la disposición sólo se aplique al Estado demandado. En cuanto al artículo 28 (No discriminación), el Sr. Al-Qaysi, habida cuenta de las dudas que ya ha expresado (2116.ª sesión) sobre la aplicabilidad del nuevo proyecto de artículo 6 *bis*, considera que tiene su lugar en el proyecto de artículos.

60. Finalmente, señalando que el Relator Especial se ha referido a la posibilidad de incluir una parte VI en el proyecto sobre el arreglo de controversias, cree, como el Sr. Shi, que no es el momento de hacerlo. Si el proyecto de artículos debe tomar la forma de una convención internacional, corresponderá a la Conferencia de Plenipotenciarios resolver la cuestión.

61. El Sr. OGISO (Relator Especial) precisa, con respecto al artículo 23, que la única modificación que propone se refiere al apartado *c* del párrafo 1 y tiene por objeto añadir las palabras «que correspondan a fines monetarios»; el párrafo 2 permanece inalterado.

62. El Sr. AL-QAYSI agradece al Relator Especial esta precisión, que, sin embargo, no responde por entero al problema que ha planteado a propósito del párrafo 2. Espera con interés el resumen del debate que hará el Relator Especial.

63. El Sr. TOMUSCHAT dice que, a diferencia de varios de los oradores que le han precedido, no es partidario de que se suprima el artículo 12, que le parece útil y perfectamente justificado. Prueba de ello es el fallo dictado el 22 de mayo de 1984 por el Tribunal Federal suizo: la embajada de un país asiático en Berna había contratado en 1958 a un súbdito italiano para un puesto de radiotelegrafista; al interesado se le encargaron después diversas tareas y finalmente se le degradó y despidió en 1979, según él, arbitrariamente. Para hacer valer sus derechos, inició un proceso contra su empleador. Con arreglo al párrafo 3 del artículo 37 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, el interesado, al formar parte del personal de servicio de la embajada, no gozaba de ninguna inmunidad diplomática y no tenía ni estatuto diplomático ni el estatuto de funcionario del país de que se trataba. Sus relaciones con ese país se basaban en un simple contrato de trabajo. Cabe preguntarse, pues, contra quién que no fuera ese país hubiese podido iniciar un proceso para hacer valer sus derechos. ¿Debía dirigirse para ello a un país lejano? Está claro que denegar el acceso a los tribunales locales en tales casos equivaldría a una denegación de justicia. Dando lectura a la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Sr. Tomuschat se declara persuadido de que la garantía prevista en esta disposición no se respetaría si el acceso a un tribunal competente para «la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil» resultara excesivamente difícil. En los casos previstos en el artículo 12 del proyecto, los tribunales locales son la única instancia posible.

64. A este respecto, el argumento según el cual el interesado puede dirigirse a su gobierno a fin de que éste

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 21, párr. 7 del comentario.



presente una reclamación contra el Estado empleador no es muy convincente. Esta posibilidad no equivale a un recurso, puesto que en el marco de la protección diplomática la suerte del interesado depende totalmente de una decisión discrecional de su gobierno. Ahora bien, muchos gobiernos vacilarían en hacer suya la modesta demanda de uno de sus nacionales contra un Estado extranjero, por temor de que resultaran afectadas sus relaciones con ese Estado. Por consiguiente, si la Comisión quiere permanecer fiel al principio fundamental según el cual toda persona que estime que sus derechos han sido vulnerados debe disponer de un recurso eficaz, debe reconocer la competencia de los tribunales locales.

65. En cuanto a las excepciones previstas en el párrafo 2 del artículo 12, merecen ser examinadas de cerca. En particular, en el apartado *c* la fecha crítica no debería ser la del contrato de trabajo; en el ejemplo mencionado anteriormente, el empleado había sido contratado 21 años antes de la decisión de despido.

66. El Sr. Tomuschat prefiere también el texto aprobado del artículo 13, pues, como acaba de decir a propósito del artículo 12, permitir a una persona que estime haber sufrido un perjuicio causado por un Estado extranjero que se dirija a la justicia es el medio más simple y más eficaz de resolver el litigio. ¿Por qué este Estado debería, por efecto de la inmunidad, eludir toda responsabilidad por el hecho de que sus agentes se encuentren en otro país? Esos agentes están obligados a respetar las leyes y reglamentos de ese país. ¿Por qué, si no lo hacen, la persona lesionada debería verse en una situación equivalente a una denegación de justicia? Tampoco en este caso darle la posibilidad de incoar un proceso ante los tribunales del Estado extranjero es una solución.

67. Por el contrario, el Sr. Tomuschat no cree que haya que suprimir la condición relativa a la presencia del autor del acto en el territorio del Estado del foro. No es suficiente estipular que los daños deban haber sido causados en el territorio del Estado del foro o, como propone ahora el Relator Especial, que el acto o la omisión causante del perjuicio haya ocurrido en ese territorio: ello sería ampliar indebidamente el campo de aplicación del artículo 13. Según la doctrina de la competencia extraterritorial, un acto y sus efectos constituyen un todo indivisible. Los casos en que el Estado extranjero actúa dentro de los límites de sus fronteras, en el pleno ejercicio de su poder soberano, son una cosa; los casos en que sus agentes actúan en el territorio del Estado del foro son otra, pues ningún Estado es soberano en el territorio de otro Estado, y sus agentes deben respetar siempre las leyes locales: la soberanía territorial prevalece siempre, salvo acuerdo en contrario. Si bastase que los daños ocurrieran en el Estado del foro, la cuestión de la contaminación atmosférica transfronteriza, por ejemplo, podría resolverse de manera unilateral por los tribunales de uno de los Estados de que se trate. Una solución de este género no puede ser un medio viable de arreglo de conflictos y por eso los daños transfronterizos dan generalmente origen a controversias internacionales que han de resolverse por los medios previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. El Sr. Tomuschat hace suya la opinión expresada sobre este punto por el Sr. Calero Rodríguez.

68. Por lo que se refiere al artículo 14, el Sr. Tomuschat piensa, como el Relator Especial, que este texto debe simplificarse radicalmente. El apartado *a* del párrafo 1 es

innecesariamente complicado, aunque se trata de expresar una idea sencilla, a saber, que las acciones relativas a inmuebles deben poder ejercerse ante los tribunales de los países donde estén situados los inmuebles de que se trate. Cabría inspirarse a este respecto en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, que se refiere a una acción «relativa» a un inmueble situado en el territorio del Estado acreditante. En efecto, en muchos sistemas jurídicos la mención de un «interés» sobre un bien inmueble puede ser fuente de confusión. Por principio, en un tratado de carácter universal no debe utilizarse una terminología propia de un sistema jurídico particular. En cuanto al párrafo 2, hay que suprimirlo: la inmunidad nunca debe invocarse cuando se promueve una acción contra un particular.

69. En lo que se refiere al artículo 18, el Sr. Tomuschat dice que antes de escuchar al Sr. Mahiou pensaba que todos los miembros de la Comisión estaban de acuerdo en que se suprimiera el término «no gubernamental» que aparece en diversas formas en este artículo. En efecto, con este término hay cuatro clases diferentes de buques y la disposición resulta entonces demasiado compleja para ser fácilmente aplicable.

70. El artículo 19 es difícil, pero sus disposiciones son muy importantes. La idea de base es que cuando un Estado y una persona física o jurídica extranjera han convenido en resolver sus posibles controversias mediante arbitraje, ninguna de las partes debe ulteriormente obstaculizar el procedimiento de arbitraje, por ejemplo para impedir el reconocimiento del laudo o sustraerse a su ejecución; si, en efecto, el Estado extranjero pudiese en esa fase invocar su inmunidad, el conjunto del procedimiento arbitral se vería desprovisto de sentido. Es esta idea la que hay que manifestar de modo claro en el texto, mencionando expresamente, como propone el Gobierno de Qatar, el reconocimiento y la ejecución del laudo.

71. Con respecto al artículo 20, algunos miembros de la Comisión consideran que no debe ser admisible ninguna demanda relativa a medidas de nacionalización. Es cierto que cuando un Estado nacionaliza bienes lo hace en ejercicio de su poder soberano. Sin embargo, en el artículo 20 no se enuncia una regla: este artículo constituye una cláusula de salvaguardia. Personalmente, el Sr. Tomuschat no ve a qué finalidad responde y, al igual que al Sr. Mahiou, no le han convencido los argumentos aducidos sobre este punto por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 41).

72. En cuanto al artículo 21, concede una protección demasiado amplia a los bienes privados. El Sr. Tomuschat toma como ejemplo el inmueble de Nueva York donde la misión de su país ante las Naciones Unidas alquila un piso: ¿debe hallarse este inmueble exento de toda medida coercitiva por la razón de que la República Federal de Alemania tiene en él un interés jurídicamente protegido en la forma de un arrendamiento? Se podría llegar a una conclusión en este sentido interpretando al pie de la letra el artículo 21 tal como está redactado actualmente. Ahora bien, nada justifica que se creen tales obstáculos a unas relaciones comerciales por otra parte normales. Las medidas coercitivas sólo deben excluirse si el Estado extranjero puede verse afectado en el disfrute de sus derechos: no es así en este ejemplo. El orador aprueba, pues, la propuesta del Relator Especial de que se supriman las palabras que

figuran entre corchetes en la cláusula preliminar. La misma observación es válida para la posesión o el control: las medidas coercitivas sólo deben excluirse si pueden afectar a una o a otro. Hay que reducir, pues, el alcance de este artículo y no excluir las medidas de coerción más que si el ejercicio de los derechos del Estado extranjero puede verse afectado.

73. El Sr. REUTER dice que aprueba que los artículos 1 a 11 se remitan al Comité de Redacción, junto con el nuevo artículo 11 *bis* (A/CN.4/415, párr. 122) y algunos de los artículos siguientes.

74. En lo que respecta al artículo 12, el Sr. Reuter apoya en general las propuestas del Relator Especial (*ibid.*, párr. 133), aun cuando este artículo plantee todavía algunas dificultades.

75. El artículo 13 le deja perplejo, comprendido el nuevo párrafo 2 propuesto (*ibid.*, párr. 143). Si es evidente que los daños causados a los bienes o las lesiones a las personas deben entrañar demandas de indemnización, cabe preguntarse cuáles son las normas jurídicas cuya violación puede invocarse con ocasión de tales demandas. Para el Sr. Tomuschat parece claro que se trata de normas de derecho nacional, y a este respecto se mencionan a menudo los casos de accidentes de automóvil. Si tal es la interpretación que se quiere dar a este artículo, el nuevo párrafo 2 no se justifica. Pero quizá hay que interpretar esta disposición de manera más amplia, como aplicable a los actos u omisiones que constituyen una violación de las normas de derecho internacional; en tal hipótesis la referencia a estas normas se justificaría. No obstante, en derecho internacional positivo lo único que puede hacer la persona víctima de un acto contrario al derecho internacional por parte de un Estado extranjero es pedir al Estado del que es nacional que actúe en el marco de la protección diplomática, lo que este Estado puede muy bien negarse a hacer, como acaba de decir el Sr. Tomuschat. Se trata, pues, de saber si se quiere dar aquí a las personas víctimas de daños el derecho de actuar directamente contra el Estado extranjero a quien puede imputarse el daño, solución ciertamente estimable, pero que tiene todas las posibilidades de quedarse en el plano teórico. Si éste es, no obstante, el objetivo de la disposición, hay que modificar entonces el párrafo 2, y a este respecto, o bien la propuesta de España va demasiado lejos o bien no va lo bastante lejos. Para ser claro habría que indicar expresamente que si no se beneficia de una protección adecuada y no se obtienen resultados satisfactorios por las vías normales del derecho internacional público, el individuo podrá actuar directamente. Esta solución es teóricamente defendible, pues se puede afirmar, como se ha hecho en el asunto de la *Société européenne d'études*, que cuando un Estado presenta una reclamación en el ejercicio de la protección diplomática de sus nacionales es para obtener reparación del daño sufrido por él mismo. Sea como fuere, la Comisión debe examinar de nuevo el artículo 13, decidir cuál es la hipótesis que contempla en él y modificar su presentación.

76. En el artículo 14 habría que precisar en el apartado *b* del párrafo 1 los vínculos del bien de que se trata con el territorio del Estado del foro y, por las razones expuestas por el Sr. Tomuschat, suprimir la palabra «interés» o en su defecto tratar de sustituirla por una expresión que no sea propia de la terminología del *common law*.

77. En el artículo 16 habría que precisar si se hace referencia a los derechos, impuestos u otros gravámenes en general, o solamente los que se refieren a una actividad o a un bien no cubiertos por la inmunidad. En cuanto al artículo 17, no es aconsejable emplear en el apartado *b* del párrafo 1 términos correspondientes al derecho internacional privado. Sería quizá preferible una fórmula más general que acentuara los vínculos de la sociedad con el territorio del Estado del foro.

78. En cuanto al artículo 18, elaborado en forma laboriosa, es difícil emitir un juicio sin tener un conocimiento detallado del derecho marítimo. Por lo que respecta a la supresión del término «no gubernamental», el Sr. Reuter puede aceptar que se apele a la noción de finalidad para caracterizar ciertas operaciones, situaciones o entidades, pero se impone precisión. Si efectivamente es concebible que en algunas circunstancias excepcionales los buques puedan beneficiarse de una inmunidad más amplia, como desearía el Sr. Mahiou, hay que indicar cuáles son esas circunstancias. La Comisión se verá obligada de todas maneras a examinar de nuevo este artículo, teniendo en cuenta en particular las observaciones de la República Federal de Alemania y del Reino Unido.

79. En el artículo 23 debe darse al apartado *c* del párrafo 1 mayor precisión, pues no se puede decir que todos los fondos que un Estado deposita en bancos situados en el territorio de otro Estado corresponden a fines monetarios. A lo que hay que hacer referencia aquí es a los depósitos que en el marco del sistema bancario internacional desempeñan un papel particular de garantía monetaria. Por otra parte, es probable que los medios bancarios dispongan de una definición para este tipo de depósitos.

80. Para terminar, el Sr. Reuter dice que los proyectos de artículos suscitan algunas observaciones generales que son válidas también para el nuevo proyecto de artículo 11 *bis*. Los textos propuestos por el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) para ese artículo no carecen de valor, pero suscitan reservas. En efecto, como se ha dicho, el conjunto de artículos debe enunciar normas de derecho internacional que no existen todavía, como lo demuestra el hecho de que las diversas opiniones expresadas reflejan ante todo el interés nacional. No es que el Sr. Reuter no comprenda a los Estados que desean que la inmunidad sea lo más estricta posible; pero se pregunta, al escuchar a los defensores de la teoría de la inmunidad absoluta, si no están pensando más bien en los problemas que plantea la intervención. En efecto, desde el momento en que se trata de materias civiles o mercantiles —es decir, contractuales— hay una lucha por el poder que da el derecho; si se consagra la inmunidad del Estado, ello significa que únicamente sus tribunales son competentes y que únicamente será aplicable su sistema jurídico, comprendida su legislación de fondo. Los Estados pequeños quieren protegerse y ello es normal, pero se trata más bien aquí de una cuestión de intervención. Como ha señalado el Sr. Bennouna (2117.ª sesión), no hay que olvidar las relaciones de fuerza; muchos contratos concertados en la esfera de las materias primas demuestran que países débiles, o que se cree débiles, pueden de repente volverse poderosos.

81. Por otra parte, el Sr. Reuter comprueba que nadie ha dicho hasta ahora que las normas que hay que elaborar deban ser imperativas y absolutas: lo habría hecho él mismo si hubiese tenido tiempo de presentar observaciones a

propósito del artículo 28. Ahora bien, en todos los casos la más poderosa de las dos partes es la que decidirá si hay inmunidad o no, si sus tribunales son competentes y, por consiguiente, si es su derecho el aplicable. El Sr. Reuter teme a este respecto que el texto que se adopte finalmente, por efecto del número o de la influencia política, tanto en la Comisión como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, sea muy poco satisfactorio. Las verdaderas normas de derecho internacional son normas comunes, como las elaboradas en el marco del CAME o de la CEE. Sean cuales fueren las reservas que se puedan hacer con respecto al arbitraje internacional y las dificultades que pueda plantear, indica la vía que hay que seguir, pues en el futuro prevalecerá una verdadera legislación internacional común. Sería conveniente que la Comisión reanudase el examen del tema sobre otras bases lo antes posible.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2120.ª SESIÓN

*Viernes 16 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*)** (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/415<sup>2</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(*continuación*)

EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS<sup>4</sup> EN SEGUNDA LECTURA (*continuación*)

1. El Sr. BENNOUNA dice que las deliberaciones sobre el tema en estudio le hacen pensar en el debate doctrinal clásico sobre si los principios generales del derecho internacional «reconocidos por las naciones civilizadas» se derivan del derecho interno o del derecho internacional. Siempre es un error considerar el derecho interno y el derecho internacional como dos esferas distintas y estrictamente separadas. De hecho, se interpretan y enriquecen

continuamente una a otra. En el caso particular de las inmunidades jurisdiccionales, no cabe duda de que la inmunidad se concede o se deniega sobre la base de las jurisdicciones internas de los Estados, pero al aplicar su derecho interno los Estados también tienen en cuenta algunas normas internacionales. En el proyecto no debe tratarse de imponer normas estrictas y uniformes, sino que hay que limitarse a establecer directrices generales. La aprobación del proyecto de convención supondría no el final del proceso dialéctico en curso entre derecho interno y derecho internacional, sino simplemente la terminación de una determinada etapa dentro de ese proceso. Como el orador ha sugerido (2117.ª sesión) al hablar acerca de los artículos 1 a 11, el proyecto debería incluir una cláusula que previera su revisión transcurrido un período de cinco o diez años. Esto pondría de manifiesto que el texto no pretende ser definitivo y puede modificarse o complementarse a su debido tiempo. Este enfoque haría más fácil llegar a un acuerdo y contribuiría a superar la actitud algo pesimista que percibe en algunas de las observaciones de los miembros.

2. En cuanto al artículo 12, está de acuerdo con las recomendaciones formuladas por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/415, párrs. 131 a 133). Los problemas relacionados con el artículo 13 son más complejos. Varios gobiernos han señalado que la cuestión de las lesiones a las personas y los daños a los bienes se rige por normas relativas a la responsabilidad del Estado y está fuera de lugar en el presente proyecto. El nuevo párrafo 2 propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 143) no resuelve adecuadamente ese problema y por consiguiente el orador se opone a él. Por otra parte, teme que la supresión de la frase «y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión» amplíe aún más el alcance del artículo. La frase debe mantenerse. En realidad, el artículo en su conjunto requiere un examen más a fondo por parte de la Comisión.

3. Está de acuerdo con las recomendaciones del Relator Especial con respecto a los artículos 14 y 18 y señala que no propone enmiendas a los artículos 15, 16 y 17.

4. Con respecto a las expresiones alternativas que figuran entre corchetes en el artículo 19, el concepto de «contrato mercantil» se define con suficiente amplitud en el artículo 2, relativo a los términos empleados, y debe utilizarse de manera coherente en todo el texto para evitar confusiones.

5. El orador se une a los demás miembros que han discutido la necesidad de mantener el artículo 20 en el proyecto; no obstante, si la Comisión decide mantenerlo, conviene con el Sr. Calero Rodrigues (2119.ª sesión) en que el artículo está fuera de lugar en la parte III y debe transferirse a la parte I como cláusula de salvaguardia.

6. Con respecto a la parte IV del proyecto, la supresión de la frase «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido» en el artículo 21, recomendada por el Relator Especial de acuerdo con las opiniones de varios gobiernos, no resolvería el problema de los bienes del tipo previsto. Hay que reconocer que la expresión «interés jurídicamente protegido» no es del todo satisfactoria, y el orador sugeriría que se sustituyera por una referencia a los bienes en que el Estado tiene un derecho *in rem*. Podría hacerse lo mismo en el artículo 22. La propuesta supresión de las palabras «no gubernamental» en el apartado a del

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31.

artículo 21 es aceptable, pero el orador se opone a que se omitan las palabras «y guarden relación con el objeto de la demanda», lo cual ampliaría excesivamente el alcance de la disposición.

7. Por las razones indicadas anteriormente, acepta que se supriman las palabras «no gubernamental» en el párrafo 1 del artículo 23, pero no comparte la opinión del Relator Especial de que se añadan las palabras «que correspondan a fines monetarios» en el apartado c del párrafo 1. El párrafo 2 es superfluo y debe eliminarse. La referencia al artículo 21, que es suficiente por sí mismo, no sirve más que para crear confusión.

8. El artículo 28 suscita una serie de problemas, como el propio Relator Especial parece reconocer al hacer depender su mantenimiento de la aprobación del nuevo artículo 6 *bis* propuesto (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17). Si bien el orador se opone al artículo 6 *bis*, también considera que el artículo 28 es sumamente complejo y que puede comprometer el proyecto en su conjunto. El Gobierno de Australia tiene razón al decir que el artículo no trata de la cuestión de la discriminación o no discriminación, sino de la reciprocidad de tratamiento. A este respecto, la disposición decisiva del apartado a del párrafo 2 está expresada en términos demasiado amplios. Ciertamente, el mero hecho de que un Estado considere que otro Estado está aplicando una disposición de manera restrictiva no debe ser suficiente para autorizar al primer Estado a hacer lo mismo. Eso es sin duda lo que normalmente ocurre en la práctica, pero se debe intentar por lo menos introducir alguna moralidad en el proyecto.

9. Finalmente, el orador tiene considerables dudas acerca de la totalidad de la parte VI propuesta y sugeriría que la Comisión examinase más a fondo la cuestión del arreglo de controversias en el próximo período de sesiones.

10. El Sr. ROUCOUNAS da las gracias al Relator Especial por su minuciosa labor, que será de gran ayuda para la Comisión en su segunda lectura del proyecto de artículos. No obstante, sería útil que todas las observaciones presentadas sobre un determinado conjunto de artículos pudieran agruparse en el futuro con el fin de que la Comisión tuviera una imagen completa de la situación. Esas observaciones son de especial valor para quienes no eran miembros de la Comisión cuando se iniciaron los debates sobre un tema determinado.

11. El artículo 13 establece una excepción a la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados en ciertos casos de lesiones a las personas o daños a los bienes corporales. Con arreglo a las disposiciones del artículo, las personas pueden solicitar indemnización ante los tribunales por daños causados por un acto u omisión imputable a un Estado extranjero que se produce en el territorio del Estado del foro. Con arreglo al comentario a ese artículo (entonces artículo 14)<sup>5</sup>, la disposición abarca principalmente los accidentes de circulación o los relacionados con el transporte de mercancías y personas por ferrocarril, carretera, vía aérea o vías de navegación porque, aunque esos accidentes son riesgos asegurables, las empresas de seguros podrían ocultarse tras la inmunidad de sus clientes a fin de crear dificultades con respecto a la indemnización. Sin embargo, el artículo no se aplica a los casos en que no hay daños físicos; en otras palabras, no se aplica en el

caso de daños a la reputación o a derechos contractuales, económicos o sociales. Para que el artículo se aplique se han de cumplir dos condiciones. En primer lugar, el acto o la omisión han de ocurrir total o parcialmente en el territorio del Estado del foro, y en segundo lugar, el autor de ese acto u omisión debe estar presente en ese Estado en el momento de producirse el acto o la omisión. Es esta última condición la que concreta el alcance del artículo 13, puesto que la observación del comentario en el sentido de que los casos previstos en el artículo son raros sólo es válida con carácter provisional. Por ejemplo, en el comentario se dice también que el artículo se aplicaría a ciertos casos concretos de daños, como los causados por embarcaciones de motor, algo que no parece corresponder exactamente al alcance que podría adquirir en el futuro, dado el ritmo al que se desarrollan en el mundo moderno las relaciones de todo tipo.

12. El orador se refiere además a la mención en el comentario de los «tirotesos o disparos a través de una frontera o las bombas que van a caer al otro lado de la frontera» (párr. 7), en relación con los cuales el orador considera necesario disponer que el conflicto armado sería una excepción. Sin embargo, es también necesario abarcar las cuestiones del establecimiento de fuerzas armadas extranjeras en el territorio de un Estado, el paso de fuerzas armadas o equipo militar por ese territorio y toda una serie de posibles accidentes relacionados con el uso de la energía nuclear. Por consiguiente, se pregunta si basta hacer referencia a las convenciones vigentes, que en todo caso no son universalmente obligatorias. El Relator Especial ha declarado que un *renvoi* por medio de la frase que figura al comienzo del artículo 13, «Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa», garantiza que no se vean afectadas las convenciones internacionales; pero de lo que se trata es de si la intención es explayarse sobre una norma ya convenida por las partes y reconocida en virtud de una serie de convenciones importantes que tratan del uso de la energía nuclear.

13. En cuanto al nuevo párrafo 2 propuesto (A/CN.4/415, párr. 143), no es suficiente remitir a la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional, puesto que de lo que se trata es de la jurisdicción del tribunal para investigar en una determinada esfera de actividad que se puede atribuir al Estado extranjero. Evidentemente, el párrafo es necesario, pero debe desarrollarse mucho más. La referencia a la presencia física del autor del acto o la omisión en el territorio del Estado del foro debe mantenerse también, por lo menos de momento, pues ello limita el alcance del artículo.

14. El orador apoya la propuesta del Relator Especial con respecto al artículo 14 (*ibid.*, párr. 156) y conviene también en que no sería aconsejable la referencia a ciertos sistemas jurídicos solamente o a instituciones regidas por varios sistemas jurídicos. La mejor manera de tratar esto sería introducir los cambios de redacción apropiados. A este respecto, desea recordar a los miembros que en un ámbito diferente pero relacionado con éste —la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales<sup>6</sup>, que fue considerada detenidamente en la Sexta Comisión de la Asamblea General— se planteó la cuestión de la medida

<sup>5</sup> Anuario... 1984, vol. II (segunda parte), págs. 69 a 71.

<sup>6</sup> Resolución 43/165 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988, anexo.

en que era necesario tratar de lograr un texto equilibrado que fuese inteligible para todos y que no se inclinase demasiado en favor de un sistema jurídico u otro: el examen de esa cuestión impidió durante algún tiempo la aprobación de la Convención.

15. El orador coincide con el Relator Especial en que debe incluirse en el comentario una explicación más detallada con respecto al alcance del artículo 15 en lo que se refiere a las obras generadas por computadora. También serían bien acogidas explicaciones más detalladas con respecto a los derechos de los fitogeneticistas. Conviene además en que no deben mencionarse aspectos concretos de la cuestión, puesto que ello llevaría a consideraciones relativas a otras actividades que no se prevén.

16. El artículo 18 es, por supuesto, de carácter residual. Históricamente, la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados se ha planteado con respecto a los buques, porque los buques en un puerto extranjero son un punto de contacto entre los sistemas jurídicos de por lo menos dos Estados. Así pues, la cuestión está ya ampliamente regulada por tratados y hay todo un acervo de jurisprudencia que se remonta al siglo XIX y que confirma la regla relativa al sometimiento de los buques no destinados al servicio gubernamental a los tribunales del Estado del foro. Por consiguiente, la expresión «buque destinado a un servicio comercial [no gubernamental]» es una innovación y no se basa en la práctica. Además, del artículo 236 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, se desprende claramente que la inmunidad se deriva del carácter no comercial del buque y no de su carácter no gubernamental. En cuanto a los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 18, sería conveniente que la Comisión se limitara más o menos a disposiciones paralelas y no fuera más allá de la Convención de Bruselas sobre la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados, de 1926. En particular, debe cuidar de no sobrecargar el texto haciéndolo así difícil de interpretar.

17. Debe mencionarse la cuestión de la contaminación. Asimismo, la mención en el comentario al artículo (antiguo artículo 19) de que la emisión de un certificado firmado por el representante diplomático del Estado al que pertenece el buque o el cargamento se rige, por supuesto, por las normas de procedimiento aplicables en el Estado del foro<sup>7</sup> requiere una explicación más completa, sin la cual no está seguro de que esa disposición pueda encajar en el artículo. También se requieren más explicaciones con respecto al nuevo párrafo 1 *bis* propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26), que debe examinarse como cuestión prioritaria en el próximo período de sesiones de la Comisión. Pero si se decidiera incluir esa disposición en el proyecto, debería incorporarse al nuevo artículo 11 *bis*.

18. La elección entre las expresiones «contrato mercantil» y «negocio civil o mercantil» en el artículo 19 no debe dar lugar a una controversia innecesaria. La dificultad podría eliminarse quizás mediante un texto como el siguiente: «un acto jurídico que en virtud de los presentes artículos corresponde a la jurisdicción del tribunal del foro».

19. Finalmente, con respecto al artículo 20, el orador desea señalar que hace unos 40 años Lauterpacht, en su

conocido artículo del *British Year Book of International Law*, dijo que el tribunal del foro no tenía nada que ver con los actos legislativos de Estados extranjeros, y desde entonces no ha cesado la polémica sobre esa cuestión. Sin embargo, el orador no tendría ninguna objeción importante que hacer a la disposición si los miembros apoyaran una reserva expresa con respecto a los efectos extraterritoriales de las medidas de nacionalización. La palabra «casos» en el título del artículo requiere mayor reflexión. Posiblemente a lo que se quiere aludir es a los «efectos» de la nacionalización.

20. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, se suma a los oradores anteriores para agradecer al Relator Especial sus excelentes informes, que se distinguen por su esfuerzo por desarrollar propuestas que ofrezcan soluciones adecuadas para una avenencia.

21. Al tratar de lograr un resultado generalmente aceptable, la Comisión debe continuar guiándose por la necesidad de reafirmar la tesis de que, de conformidad con el principio de la igualdad soberana, los Estados y sus bienes gozan de inmunidad jurisdiccional. Sólo sobre esa base es posible definir claramente las excepciones a la inmunidad que en gran medida soslayan la necesidad de restricciones de mayor alcance al principio básico y por consiguiente contribuyen a asegurar la administración inequívoca del derecho. Un régimen jurídico que regule las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes debe establecer un cuidadoso equilibrio entre el principio jurídico internacional de la inmunidad de los Estados, las excepciones a ese principio y los recursos legales para impedir la aplicación indebida de las normas pertinentes. Sólo de ese modo será posible lograr un instrumento al servicio de la cooperación internacional pacífica entre Estados que son iguales en derechos pero diferentes en fuerza económica.

22. Como observación general con respecto a la frase entre corchetes «y en las normas pertinentes del derecho internacional general» que figura en el artículo 6, es satisfactorio observar que el Relator Especial ha seguido el razonamiento de quienes apoyan su supresión. El orador no cree que deba reintroducirse esa frase ni siquiera en el preámbulo. Hacerlo así sería dar paso a restricciones injustificadas de la inmunidad y por consiguiente equivaldría a una reserva que conduciría a la disolución de todo el proyecto de convención. Eso socavaría las garantías jurídicas deseadas. Un acuerdo internacional que contenga esa reserva tan generalizada no puede cumplir su finalidad de estabilizar las relaciones internacionales, en particular en una esfera tan compleja como la inmunidad de los Estados y de sus bienes. Tampoco es necesaria tal cláusula, puesto que en virtud del proyecto de artículos los Estados pueden convenir en no seguir sus disposiciones. Sólo tendría significado en casos en que las partes discreparan con respecto a la interpretación de la convención, en cuyo supuesto podrían buscar una solución convenida recurriendo a los medios oportunos. Sería lamentable que la propia convención abriera la vía a una interpretación unilateral.

23. Para acomodar la posición de los Estados partidarios de más restricciones, el Relator Especial ha propuesto en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) una especie de declaración por la cual los Estados podrían reducir la inmunidad de los Estados extranjeros en una declaración formal que, sin embargo, no tendría efectos

<sup>7</sup> *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), pág. 68, párr. 18 del comentario.

contra los Estados que se opusieran a ella dentro de los treinta días. De aprobarse, esa propuesta destruiría la unidad de las normas establecidas en el proyecto. De la propuesta se desprende también claramente que las excepciones adicionales previstas no son una cuestión de «derecho internacional general», sino de acuerdo específico entre los Estados interesados. No cree que el artículo 6 *bis* resuelva el problema.

24. Su segunda observación general se refiere también a la igualdad jurídica. Aunque el Relator Especial ha tenido en cuenta las reservas expresadas por los Estados socialistas con el deseo de lograr que no estén en una situación desventajosa, el nuevo artículo 11 *bis* propuesto (A/CN.4/415, párr. 122) no tiene en cuenta suficientemente los problemas prácticos que ello entraña. El proyecto debe formularse en términos inequívocos, de manera que una determinada empresa socialista de comercio exterior no pueda identificarse con el Estado; de lo contrario, el proyecto carecería de valor para los Estados socialistas.

25. La práctica en todos los Estados socialistas es que ciertas partes claramente delimitadas de los bienes socialistas se transfieren a personas jurídicas independientes exclusivamente para el ejercicio de actividades comerciales. Esas personas actúan por cuenta propia, son responsables con sus propios bienes, no actúan en nombre del Estado y por consiguiente no pueden reclamar inmunidad o renunciar a ella. En consecuencia, el Estado no puede ser equiparado a esas personas jurídicas y no es responsable de sus actividades. Por supuesto, tampoco puede hacerse responsable a una empresa estatal de las actividades de otra.

26. Lamentablemente, algunos Estados siguen la práctica de negar inmunidad a las empresas de los Estados socialistas al tiempo que las consideran como entidades del Estado, afirmando que un Estado socialista es responsable con todos sus bienes de las obligaciones de sus personas jurídicas individuales. Ello conduce a situaciones en que el Estado interesado tiene primero que comparecer ante los tribunales del Estado del foro para asegurar el respeto a su ordenamiento jurídico. Aun cuando lo logre, que no siempre se logra, los procedimientos con frecuencia cuestan mucho dinero. Hay que cuidar de asegurar que la futura convención no se interprete en el sentido de que el ordenamiento jurídico de algunos Estados en el comercio exterior sólo se reconoce si han pagado los derechos apropiados a un bufete del Estado del foro. El orador conoce varios casos en los que la República Democrática Alemana ha sido considerada responsable en los Estados Unidos de América como demandado secundario en procedimientos relativos a empresas de comercio exterior de la República Democrática Alemana que eran consideradas como organismos o entidades del Estado. Ha resultado complicado y costoso explicar que, como Estado, la República Democrática Alemana no es en modo alguno responsable de las operaciones comerciales de esas empresas.

27. Negar a un Estado el derecho a invocar la inmunidad respecto de las transacciones comerciales y sin embargo hacerlo responsable, haciendo caso omiso de su ordenamiento jurídico, de cualquier transacción comercial realizada por sus empresas legalmente independientes es contrario al principio de la igualdad soberana de los Estados. Ningún Estado puede aceptar esa situación. En consecuencia, la República Democrática Alemana sugiere que se incorpore en el artículo 3 el siguiente nuevo párrafo 2:

«2. A los efectos de los presentes artículos, se entenderá que el término “Estado” no comprende las entidades creadas por el Estado para realizar transacciones comerciales según la definición del artículo 2 si actúan en su propio nombre y responden con sus propios bienes» (A/CN.4/410 y Add.1 a 5).

Esa disposición puede contribuir a hacer más aceptable el proyecto de artículos para muchos Estados y además no es inusual. El párrafo 1 del artículo 27 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, por ejemplo, dispone que la expresión «Estado Contratante» no comprenderá ninguna entidad legal de un Estado Contratante que sea distinta del mismo y tenga capacidad procesal, aun cuando a esa entidad se le hayan confiado funciones públicas. También esto puede ofrecer una posible base para una disposición claramente definida. A este respecto, el Relator Especial propone, habida cuenta de las observaciones de la República Federal de Alemania y del Reino Unido sobre el artículo 3, que se agregue al final del inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 del nuevo artículo 2 (A/CN.4/415, párr. 29) el siguiente texto:

«[...] no obstante, una empresa del Estado, distinta de éste, que tenga derecho a poseer y disponer de bienes de Estado separados y capacidad procesal, no se considerará comprendida entre los organismos o entidades del Estado, aun cuando se le hayan confiado funciones públicas.»<sup>8</sup>

Es una modificación que disiparía las dudas de muchos Estados.

28. El orador apoya los esfuerzos del Relator Especial por armonizar los artículos 2 y 3 y considera que el texto propuesto para el párrafo 3 del nuevo artículo 2 facilitará la aplicación equilibrada de los criterios de la «naturaleza» y la «finalidad» para determinar el carácter mercantil de un contrato.

29. Los conceptos de «intereses de un Estado» y «bienes bajo el control de un Estado» que figuran en el artículo 7 suscitan cierta dificultad y deben suprimirse o definirse con precisión. El orador acoge con satisfacción la introducción de las expresiones «Estado extranjero» y «Estado del foro» y confía en que se utilizarán de manera coherente en otros artículos para facilitar la comprensión. El uso de los términos «organismos» y «entidades» en el artículo 7 sólo sería apropiado si se definieran con más precisión en el artículo 2. Sería aconsejable que los tribunales hubieran de examinar *ex officio* que existe o no inmunidad.

30. La aprobación de la propuesta de Tailandia con respecto al artículo 10 debilitaría el fundamento mismo del artículo y el nuevo párrafo 4 propuesto (*ibid.*, párr. 107) podría dar lugar al uso indebido del derecho a formular reconvencciones. Debería dársele mayor precisión o suprimirse.

31. El título de la parte III del proyecto refleja de nuevo los intereses divergentes de los Estados que, en definitiva, deben ser conciliables. Por su parte, considera importante utilizar la palabra «excepciones», puesto que la inmunidad es la norma y las limitaciones son la excepción. No es partidario de que se aplase la cuestión, pues se trata de un punto clave, aunque reconoce que la propuesta del Relator Especial se ha hecho con la esperanza de que

<sup>8</sup> Véase *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte), párr. 508.



pueda perder importancia si se puede llegar a un consenso sobre las diversas normas.

32. La redacción del artículo 11, sobre la principal excepción al principio de la inmunidad del Estado, es de especial importancia y quizá sea una buena idea comenzar con la frase «Salvo que se convenga otra cosa...». Las palabras «si un Estado celebra... un contrato mercantil...» son vagas y deben sustituirse por una terminología más precisa con el fin de subrayar la obligación que se deriva de un contrato mercantil para un Estado y también la relación jurídica con el Estado del foro. A su juicio, la disposición, que fue propuesta por el anterior Relator Especial en su cuarto informe<sup>9</sup>, es esencial, particularmente porque algunos Estados tienden a establecer la jurisdicción sobre la base de unas premisas sumamente vagas. Por consiguiente, es de lamentar que el Relator Especial no haya seguido la sugerencia de que se manifieste claramente que debe haber una conexión entre un litigio determinado y el Estado del foro. Hay que cuidar de asegurar que la futura convención no se utilice para apoyar la práctica de una extensión unilateral de la jurisdicción de manera que sea atractiva para el demandante pero desventajosa para el demandado. Sería preferible utilizar un texto como el siguiente:

«Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado si el proceso se basa en una obligación del Estado nacida de un contrato mercantil entre el Estado y una persona física o jurídica extranjera y la actividad mercantil se realiza en todo o en parte en el Estado del foro.»

33. Si bien reconoce los esfuerzos del Relator Especial por superar ciertos problemas mediante la disposición contenida en el nuevo artículo 11 *bis* propuesto (*ibid.*, párr. 122), quedan en pie todavía varias cuestiones. El asunto podría quizá resolverse si se aprobara la adición propuesta al inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 del nuevo artículo 2 (véase párr. 27 *supra* al final). El artículo 11 *bis* sólo abarca el caso excepcional en que una empresa actúa en nombre del Estado y no cubre —o aun excluye— el caso típico en que una empresa actúa en su propio nombre y no reclama inmunidad alguna. Por consiguiente, el artículo 11 *bis* no hace superflua la propuesta relativa al artículo 2. Los textos propuestos por el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) parecen allanar el camino para una solución similar. Dado el concepto que entraña el proyecto, la cuestión de los bienes del Estado separados debe tratarse no en la parte III, sino en la parte I, ya que la idea básica es impedir toda ampliación innecesaria de la noción de Estado. Eso se aplica tanto a la invocación de la inmunidad como a la denegación de respeto por las partes jurídicamente independientes de los bienes de un Estado.

34. Las disposiciones sobre los litigios de derecho laboral, previstas en el artículo 12, son innecesarias, puesto que esos litigios normalmente se resuelven por acuerdo mutuo o mediante seguros. Sin embargo, el orador no comprende por qué el Relator Especial ha convenido en suprimir el apartado *b* del párrafo 2: un Estado extranjero no puede, por ejemplo, ser obligado por el Estado del foro

a emplear a una determinada persona. Por consiguiente, el artículo 12 debería ser considerado de nuevo.

35. También el artículo 13 se presta a graves objeciones, como se desprende de las observaciones de varios Estados. Parece prejuzgar las cuestiones de la responsabilidad internacional que quedan fuera del ámbito de la inmunidad. Siempre que los Estados aceptan una renuncia a la inmunidad, normalmente lo hacen en un acuerdo concreto. Ejemplos oportunos son el artículo 31 de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, y el artículo 43 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. La presente redacción del artículo 13 parece ser inaceptable para muchos Estados y está en contradicción con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, porque implica una renuncia general a la inmunidad. Esa restricción tan amplia de la inmunidad es desconocida hasta ahora en la práctica de los Estados. No obstante, si, como sugiere el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 22), la aplicación de la disposición pudiera reducirse a los accidentes de circulación, para los cuales normalmente se procuraría obtener la cobertura de un seguro, los Estados podrían estar dispuestos a aceptar ese enfoque, que está más en consonancia con el artículo 31 de la Convención sobre las misiones especiales y el artículo 43 de la Convención de Viena de 1963.

36. La terminología utilizada en el artículo 14 podría ser mucho más clara si se retuviese únicamente el apartado *a* del párrafo 1. La referencia a los bienes inmuebles denotaría sin ambigüedad el vínculo jurídico necesario entre el Estado del foro y el bien de que se trate.

37. El artículo 18 da lugar a cuestiones similares a las que ha comentado en relación con el artículo 2. Los problemas se derivan en gran parte del hecho de que los términos «propiedad» y «explotación» se consideran como equivalentes. Si en el caso de los buques gubernamentales destinados al servicio comercial corresponde al demandante decidir actuar contra el Estado propietario del buque o contra la empresa que lo explota, es sólo porque no se tiene en cuenta el hecho de que una compañía naviera es una entidad jurídicamente independiente y actúa como único explotador de sus buques. En la República Democrática Alemana las compañías navieras son empresas de propiedad nacional que tienen su propia personalidad jurídica. Ellas y no el Estado son las que explotan los buques. Son responsables con todos sus bienes, actúan en su propio nombre y tienen capacidad procesal. Por consiguiente, no pueden invocar la inmunidad. Una responsabilidad subsidiaria del Estado, como podía ser concebible en virtud del artículo 18 debido a una referencia paralela al «propietario», no es aceptable.

38. El problema no es lograr una ventaja para los Estados que tienen un amplio sector de propiedad estatal, sino protegerles contra la discriminación e impedir que estén en desventaja en la medida en que siempre pueden ser considerados responsables de las obligaciones de empresas propias que, no obstante, son entidades jurídicas independientes y no tienen derecho a reclamar inmunidad. So capa de inmunidad algo afecta realmente a la igualdad soberana y se aproxima a la intervención en el orden jurídico interno de un Estado extranjero. Es una cuestión de derecho internacional general, no un problema peculiar de los Estados socialistas. Los Estados socialistas respetan a las entidades jurídicas basadas en sistemas jurídicos extranjeros y espe-

<sup>9</sup> *Anuario...* 1982, vol. II (primera parte), pág. 281, documento A/CN.4/357, párr. 121.



ran que se dispense el mismo respeto a las entidades jurídicas establecidas con arreglo a sus sistemas jurídicos. El Relator Especial tiene razón al suponer (*ibid.*, párr. 24) que no hay razón para considerar responsable a un Estado, como propietario de un buque, si permite que la empresa explotadora independiente, la compañía naviera, responda a una demanda suscitada por la explotación del buque. La solución sería dirigirse a la empresa explotadora y no al propietario: sería un medio más fácil de lograr el mismo resultado propuesto por el Relator Especial en el nuevo párrafo 1 *bis* del artículo 18 (*ibid.*, párr. 26).

39. El principal problema del artículo 19 no es la elección entre las expresiones «contrato mercantil» y «negocio civil o mercantil», sino la cuestión más complicada de si la concertación de un acuerdo de arbitraje puede considerarse siempre como una renuncia a la inmunidad con respecto a litigios acerca del acuerdo o de la validez del laudo arbitral. El orador conviene en que la renuncia a la inmunidad que pueda implicar un acuerdo de arbitraje no puede interpretarse en el sentido de que implica al mismo tiempo una renuncia a la inmunidad respecto de la ejecución.

40. Con respecto al artículo 20, los casos de nacionalización no son excepciones a la inmunidad del Estado. Por el contrario, por norma general, son actos soberanos de un Estado que no están sujetos a revisión por los tribunales extranjeros. Aun cuando el artículo esté formulado simplemente como una cláusula de salvaguardia, no excluye una interpretación que menoscabaría la discrecionalidad de los pueblos para determinar su condición política y promover su desarrollo económico, social y cultural sin injerencia exterior. El ejemplo dado por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 41) no altera esa situación. En realidad, demuestra hasta qué punto entrañan esos casos problemas de libre determinación y de intervención. La supervivencia en un país extranjero de una entidad jurídica que ha sido legalmente disuelta en el Estado de origen significa una injerencia de gran alcance en el sistema jurídico del país que, por las razones que sean, ha decidido disolver esa entidad. El orador continúa creyendo firmemente que el artículo 20 debe suprimirse.

41. Sería preferible que al comienzo de la parte IV del proyecto, como en la parte II, hubiese una disposición general y no excepciones, y estaría más en consonancia con el derecho moderno que el artículo 21 se refiriese en general a la inmunidad respecto de las medidas coercitivas. Por otra parte, podría incluirse muy bien una disposición que obligara a los Estados a seguir los fallos definitivos de los tribunales dictados contra ellos sobre la base de la convención futura. Dado que el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, ya contiene una disposición similar, debe ser posible hallar una solución que recoja la prohibición internacionalmente reconocida de la ejecución contra los bienes de otros Estados. Una solución conveniente podría ser también una disposición basada en la reciprocidad o una frase introductoria, «Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa...», como propone el Relator Especial (*ibid.*, párr. 46). Pero el orador no puede aceptar la propuesta de eliminar en el apartado a el vínculo entre los bienes de que se trata y el procedimiento. Habida cuenta de la práctica seguida por algunos países con respecto a los países socialistas, cabe el peligro de que la estructura de la propiedad de los Estados socialistas no se tenga en cuenta y se efectúe la ejecución contra cualquiera parte de sus bienes. No es

muy realista imaginar que un Estado aceptará dejar que el acreedor decida, sin tener en cuenta la estructura legal de la propiedad del país, con qué parte de los bienes desea satisfacer su reclamación o reclamaciones. Si lo que se pretende es impedir que un demandado eluda sus obligaciones mediante el abuso de la ley, se han de hallar otras soluciones. La ejecución indiscriminada contra cualesquiera bienes de un Estado no parece ser un criterio que pueda obtener consenso.

42. En cuanto al artículo 24, el orador apoya la sugerencia hecha por varios Estados de que se establezca algún orden con respecto a la notificación del acto de incoación de un proceso: no hay razón alguna para que no se haga exclusivamente por cauces diplomáticos, de los que se dispone aun cuando no se mantengan relaciones diplomáticas. La notificación del acto de incoación de un proceso por vía diplomática garantizaría en todos los casos que los ministerios de relaciones exteriores de los Estados interesados tuvieran conocimiento de la acción pendiente y pudieran tomar las medidas adecuadas en sus propios países para lograr un arreglo extrajudicial de una controversia por acuerdo mutuo que acomodase los intereses de todas las partes. En cuanto a la fiabilidad de la transmisión por correo, su experiencia personal demuestra que las dudas están justificadas.

43. El orador no está totalmente seguro acerca del resultado real de la modificación del artículo 25, pero sería conveniente que se tuvieran debidamente en cuenta las observaciones de los Estados sobre los fallos en ausencia, independientemente de cómo se transmitan esos fallos. No se debe suponer simplemente que los documentos se han recibido.

44. El título del artículo 28 no corresponde exactamente a su contenido. De lo que se trata no es de la no discriminación, sino de la legalización de la práctica futura de los Estados que se desvíen de las normas de la convención. Sin embargo, eso pondría en tela de juicio el objetivo de la codificación y justificaría las reglamentaciones unilaterales y divergentes. El artículo 28 no es necesario para cubrir las extensiones o limitaciones de la inmunidad convenidas o recíprocas. Los Estados tienen siempre libertad para tomar esas disposiciones, como se desprende del hecho de que casi todas las excepciones comiencen con la frase «Salvo que se convenga en otra cosa». Por consiguiente, parece que se podría prescindir del artículo.

45. El Sr. McCAFFREY dice que la sugerencia del Sr. Bennouna con respecto al examen y la revisión periódica de la futura convención merece ser examinada atentamente. Es evidente que el proyecto está todavía tomando forma y que se requiere un debate intensivo tanto en la Comisión como en el Comité de Redacción.

46. Las observaciones del Sr. Tomuschat (2119.<sup>a</sup> sesión) se han referido a la mayoría de los puntos que el orador deseaba plantear acerca de los artículos 12 y 13. El artículo 12 es necesario. No existe práctica de los Estados en la materia: si bien la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos no contiene disposiciones separadas sobre los contratos de empleo, esos contratos se incluyen en la cláusula de excepción de las actividades comerciales de esa ley. Los contratos de empleo son una excepción reconocida en la legislación de algunos países, en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, y en el derecho de varios Estados.

47. El Sr. Tomuschat se ha referido a un asunto relativo a un radiotelegrafista y también el orador conoce un caso parecido. Se trata de una telefonista suiza que trabajó en la Misión de los Estados Unidos en Ginebra durante unos 20 años, pero debido a modificaciones de las condiciones de trabajo y las exigencias laborales decidió que no deseaba permanecer al servicio de la Misión. Al despedirse afirmó que tenía derecho a ciertas prestaciones por dimisión. Estas prestaciones se le negaron y el litigio subsiguiente acabó ante los tribunales de Suiza, que consideraron que los Estados Unidos no podían invocar inmunidad. Al formular su fallo, el tribunal se refirió a las actuaciones de la Comisión y a las declaraciones de algunos de sus miembros.

48. El orador desea hacer hincapié en las observaciones del Sr. Tomuschat en el sentido de que, en realidad, en tales casos no se dispone de protección diplomática: lo mismo puede decirse de los casos que se plantean en relación con el artículo 13. Por ejemplo, el asunto actualmente sometido a la CIJ acerca de la requisa de la filial de una empresa de los Estados Unidos con sede en Italia se originó en el decenio de 1960 y ha venido recorriendo los tribunales italianos desde entonces. Se exigía el agotamiento de los recursos locales, después hubo las inevitables demoras burocráticas y así sucesivamente. La reclamación, por valor de millones de dólares, ha tardado así 20 años en ser admitida. Las reclamaciones normales relacionadas con contratos de empleo y las reclamaciones por daños en virtud del artículo 13 no son ciertamente de tal magnitud y con toda probabilidad simplemente no se admitirían. Finalmente, los individuos agraviados por las acciones de los Estados deben disponer, en razón de las normas internacionales de derechos humanos, de algún recurso efectivo.

49. El Relator Especial ha propuesto que se suprima el segundo requisito territorial en el artículo 13, pero lo mejor sería mantenerlo; de lo contrario podría abrirse la posibilidad de que proliferaran los casos de daños transfronterizos. En realidad, las excepciones no comerciales a la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos han dado lugar a una serie de procesos de indemnización derivados de daños transfronterizos, no obstante el requisito de la ley de que la lesión o el daño hayan ocurrido en los Estados Unidos y pese a la declaración incluida en los antecedentes legislativos de la ley de que el acto o la omisión lesivos deben ocurrir también en los Estados Unidos.

50. El Relator Especial ha hecho observar en su presentación oral (2114.ª sesión) que el asunto *Letelier c. República de Chile* (1980) parece ser un caso excepcional, pero ello no es cierto. Esos procesos pueden no ser tan numerosos como los derivados de la excepción de las actividades comerciales, pero existen y causan problemas con respecto al Estado demandado. En los últimos cinco o seis años se han suscitado en los Estados Unidos por lo menos dos asuntos relativos a la Argentina: el asunto *Siderman*, relativo a la presunta confiscación de bienes y violación de derechos humanos en Argentina, y el asunto *Amerada Hess*, relativo a un buque que se extravió pasando demasiado cerca de la zona de guerra durante el conflicto de las Malvinas (Falklands) y fue bombardeado. La bomba no explotó, pero se quedó en la bodega y fue necesario hundir el buque. También ha habido casos relativos a México, uno derivado de un derrame de petróleo en el

Golfo de México que causó daños en la costa de Texas y otro en el que se inició contra México un proceso por muerte por presunta negligencia en el transporte de prisioneros en el contexto de un tratado de intercambio de prisioneros.

51. En varios casos el gobierno demandado no ha comparecido. Como han señalado otros miembros de la Comisión, comparecer en un proceso implica gastos para conseguir un abogado, etc., pero la rebeldía también tiene sus peligros: los daños se han cifrado con frecuencia en millones de dólares. Algunos países, alentados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, han presentado una solicitud para que se reabra el proceso en rebeldía y han logrado invertir el resultado. Todo el problema le lleva a creer que la Comisión debe considerar la posibilidad de decir concretamente, quizá en el artículo 25 o en el comentario al mismo, que el tribunal debe determinar *ex officio* que las disposiciones pertinentes se han cumplido antes de dictar un fallo. Ello evitaría la situación que frecuentemente se plantea en el sistema de *common law*, en la que la mera presentación de un escrito por un demandante y la no presentación del escrito correspondiente por el demandado son suficientes para que la causa se resuelva en favor del demandante.

52. En su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 21), el Relator Especial cita el comentario al artículo 13 (antiguo artículo 14), que dice: (párr. 2): «Esta excepción a la regla de la inmunidad sólo se aplica en los casos o circunstancias en que el Estado interesado habría sido responsable en virtud de la *lex loci delicti commissi*. [...]». Esto es verdad hasta cierto punto, pero en el derecho internacional privado ha habido algo parecido a una revolución por la cual ya no es posible suponer que se aplicará la ley del lugar donde se ha cometido el daño. En los Estados Unidos, muchos Estados usan el análisis de intereses o el enfoque de la relación más importante para determinar el derecho aplicable. Tampoco en Europa se aplica estrictamente la norma de la *lex loci* a todos los casos de daños. La declaración que acaba de citar debe interpretarse en el sentido de que la *lex loci delicti commissi* incluye las normas del Estado del foro sobre la elección de derecho y no debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente al derecho local del Estado del foro.

53. El Relator Especial ha planteado quizás la posibilidad de limitar el artículo 13 a los accidentes de circulación porque la concesión de indemnizaciones muy elevadas, especialmente en los Estados Unidos, es un motivo importante de irritación. Es un esfuerzo encomiable por abordar el problema, pero no es suficiente para ofrecer a la persona agraviada un recurso significativo y la Comisión debe examinar más detenidamente el tema. La ventaja de limitar la aplicación del artículo a los accidentes de circulación es que es posible incorporar el requisito de que la persona esté asegurada y el seguro cubriría en ese caso la responsabilidad.

54. La propuesta del Relator Especial en relación con un nuevo párrafo 2 del artículo 13 (A/CN.4/415, párr. 143) para preservar las normas acerca de la responsabilidad de los Estados es innecesaria. En la práctica de los Estados no han surgido problemas en ese sentido; no obstante, la cuestión se podría estudiar en un informe ulterior.

55. El artículo 14 debe sin duda simplificarse. Se ha señalado acertadamente que en este artículo se tienen de-

masiado en cuenta el sistema del *common law* y sus modos peculiares de referencia a los bienes. Las recomendaciones del Relator Especial para simplificar los apartados *c* a *e* (*ibid.*, párrs. 152 a 154) son positivas. Sin embargo, los problemas tratados en esos apartados son de carácter práctico y no se pueden pasar por alto. El hecho de que un Estado afirme tener un interés en unos bienes, quizá porque en virtud de su derecho la propiedad real revierte a él, no debe impedir que un tribunal continúe un procedimiento y determine los derechos e intereses de las personas sobre los bienes. También conviene el orador en que la Comisión debe considerar la posibilidad de formular de nuevo o suprimir el párrafo 2 del artículo 14.

56. El orador está convencido de que los artículos 15 a 17 son componentes esenciales del proyecto. En cuanto al artículo 18, debe suprimirse el término «no gubernamental»; de lo contrario implicaría que los buques del Estado son inmunes si se utilizan para el servicio comercial del gobierno. El Sr. Mahiou y otros miembros han sugerido que se busquen nuevas formulaciones. El Sr. Roucou-nas ha señalado a la atención los términos utilizados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, pero personalmente el orador cree que bastaría con una referencia a «fines comerciales».

57. Por lo que respecta al nuevo párrafo 1 *bis* propuesto para el artículo 18 (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26), no parece necesario prever específicamente un determinado sistema. A este respecto, sus observaciones sobre el nuevo artículo 11 *bis* propuesto (2117.ª sesión) son aplicables también al párrafo 1 *bis* del artículo 18. Es cierto que no es necesario incluir en el proyecto las aeronaves del Estado, pero el orador no puede estar de acuerdo con la afirmación del Relator Especial (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 31) de que no hay una norma uniforme de derecho internacional consuetudinario relativa a la inmunidad de las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por él. Desde luego se puede discernir que ha surgido una norma en esta esfera: está estrechamente relacionada con las incluidas en las convenciones pertinentes y es análoga a las normas aplicables a los buques del Estado.

58. El artículo 19 es sumamente importante, habida cuenta del creciente uso de las causas arbitrales en los contratos entre Estados y entidades estatales por una parte y particulares por otra. Como se observa en el comentario al artículo (antiguo artículo 20)<sup>10</sup> y como han señalado los miembros, el artículo trata de la jurisdicción supervisora sobre los procedimientos de arbitraje. La necesidad de ese artículo se pone de manifiesto en el asunto de las *Pirámides*, a que han hecho referencia el Sr. Mahiou y el Sr. Reuter. Además, es esencial que en el artículo se diga claramente que no puede invocarse la inmunidad del Estado en un procedimiento para hacer cumplir un acuerdo de arbitraje.

59. En relación con la cuestión de si el artículo 19 debe prever el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, el Relator Especial anterior había adoptado la opinión de que todas las cuestiones de reconocimiento y ejecución entrarían en la parte IV del proyecto y que en la parte III sólo se trataría de la inmunidad o de la falta de inmunidad de jurisdicción. Como en el artículo 21 se habla de «cualquier» medida de ejecución, es de suponer

que se refiere a las medidas de ejecución o cumplimiento de los laudos arbitrales. Pero la Comisión podría desear abordar la cuestión más directamente y prever de modo expreso el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en algún lugar del proyecto, quizá en el artículo 19 o en el artículo 21. Algunos países, incluidos el Reino Unido y los Estados Unidos, no exigen una conexión entre los bienes contra los que se trata de hacer cumplir el laudo y la causa de la acción u objeto de la demanda en la ejecución de los laudos arbitrales. Esa práctica está en consonancia con el razonamiento del Relator Especial acerca de la supresión en el apartado *a* del artículo 21 del requisito de que los bienes han de tener una relación con el objeto de la demanda.

60. En lo que respecta a las expresiones que figuran entre corchetes en el artículo 19, el orador prefiere con mucho «negocio civil o mercantil» a «contrato mercantil». No hay razón para reducir las situaciones en que el tribunal puede ejercer una jurisdicción supervisora. Después de todo, el Estado ha convenido en el arbitraje y ese acuerdo no debe ser ilusorio: debe ser obligatorio y se debe hacer cumplir por ambas partes en el mismo.

61. Finalmente, el artículo 20 sobre nacionalización no es estrictamente necesario. No obstante, si se ha de conservar debe trasladarse a la parte V del proyecto.

62. En su opinión, la Comisión debe reservar tiempo en el próximo período de sesiones para examinar detenidamente los artículos 11 a 20, así como las partes IV y V del proyecto, especialmente dadas las muchas e importantes sugerencias de enmiendas hechas por el Relator Especial y por los gobiernos.

63. El Príncipe AJIBOLA felicita al Relator Especial por la brillante presentación de sus informes sobre un tema sumamente difícil.

64. Paradójicamente, el orador comparte la opinión de los miembros que piden que se aplique un enfoque prudente al tema y también la de aquellos miembros que instan a la Comisión a acelerar su labor. El tema es de gran importancia en las relaciones internacionales, con respecto a diversos tipos de transacciones. Por consiguiente, la cuestión debe abordarse con prudencia. No obstante, hay actualmente muchos países que se oponen a las acciones de ciertos Estados del foro que minan su soberanía. Esos Estados del foro están haciendo caso omiso de la norma establecida de derecho internacional *par in parem imperium non habet* y se decomisan los buques de otros Estados, se congelan las cuentas de sus bancos centrales o nacionales con toda impunidad y se impone la ejecución contra sus bienes, incluidos edificios y aeronaves. Por todas estas razones se ha de llegar a una conclusión definitiva sobre el tema antes de que la situación degeneré más. En suma, la Comisión debe apresurarse lentamente, a fin de asegurar que el proyecto definitivo tenga las máximas oportunidades de obtener la aprobación general de los Estados.

65. El principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes está universalmente aceptado y reconocido en el derecho internacional. Se deriva lógicamente de la soberanía y la igualdad soberana de los Estados. Como ha dicho el Gobierno de Bulgaria en sus observaciones, esos principios disponen la «no sumisión de un Estado a la autoridad jurisdiccional de otro» (A/CN.4/410 y Add.1 a 5).

<sup>10</sup> *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 68 y 69.

66. El orador no cree que haya dos escuelas doctrinales con respecto a la inmunidad jurisdiccional de los Estados, a saber, una teoría de la inmunidad absoluta y una teoría de la inmunidad restrictiva. La verdad de la cuestión es que sólo existe un principio. Por supuesto, toda norma tiene sus excepciones, y el llamado postulado funcional o restrictivo constituye una mera expresión de las excepciones posibles y prácticas al principio de la inmunidad que han surgido en el pasado reciente. Como ha señalado el Gobierno de la República Democrática Alemana, la tarea de la Comisión es «formular una serie de normas que, al tener en cuenta los intereses legítimos de todos los Estados, pongan fin a los intentos de minimizar la inmunidad de los Estados y de sus bienes mediante actos unilaterales que, en número cada vez mayor, han tenido lugar en los últimos años» (*ibid.*). Por consiguiente, la verdadera situación es que los actos unilaterales de ciertos Estados están negando de hecho las normas de derecho internacional sobre la inmunidad de los Estados en detrimento de algunos de los países más pobres, especialmente los del tercer mundo. La teoría funcional o restrictiva está siendo difundida y fomentada por algunos países, en su mayoría industrializados, y como consecuencia la soberanía de los Estados del tercer mundo se está convirtiendo en algo puramente nominal.

67. Como ya se ha señalado, sólo algunos Estados han presentado observaciones sobre el proyecto de artículos. Un número de respuestas tan reducido no puede considerarse como consenso de opinión por parte de los Miembros de las Naciones Unidas. También hay que tener en cuenta que varios de los Estados que han respondido han expresado opiniones influidas por las disposiciones del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972. Es esencial recordar que el proyecto de artículos en examen tiene una dimensión mucho mayor que el Convenio europeo de 1972.

68. Ciertamente el orador no se olvida de la cuestión del *acta jure gestionis*, pero por desgracia son los *acta jure imperii* los que se están marginalizando y en algunos casos cabe preguntarse si queda algo de ellos. Su propio país ha sido recientemente víctima de tal situación. A principios del decenio de 1970, después de la guerra civil, las necesidades de la reconstrucción y rehabilitación nacionales obligaron al Estado nigeriano a adquirir grandes cantidades de cemento, adquisiciones que fueron tratadas como *acta jure gestionis*. En consecuencia, fueron incautados los bienes del país en muchas partes del mundo y los efectos desfavorables todavía se hacen sentir. Ejemplo típico a este respecto es el asunto *Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria* (1977) en el Reino Unido, al que ya se ha hecho referencia durante el debate. La cuestión se planteará de nuevo en relación con los contratos mercantiles. En general, todos los Estados reconocen la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros y de sus bienes, con excepciones en sólo algunos casos, excepciones que no pueden ampliarse de manera unilateral o subjetiva. Por consiguiente, el orador acoge con satisfacción el hecho de que el Relator Especial nunca haya permitido que las teorías restrictivas dominen o confundan su conceptualización de la finalidad y objeto del presente tema y haya adoptado un enfoque pragmático y realista.

69. El artículo 1 es aceptable en cuanto al fondo, pero el orador está de acuerdo con la propuesta australiana de

aclear el texto sustituyendo las palabras «un Estado» y «otro Estado» por «Estado del foro» y «Estado extranjero», respectivamente. Sugeriría que se formulase de nuevo el artículo en la forma siguiente:

«Los presentes artículos se aplican a la inmunidad de un Estado y de sus bienes (denominado en lo sucesivo el “Estado extranjero”) de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado (denominado en lo sucesivo el “Estado del foro”).»

Esa aclaración, hecha desde el principio en el artículo 1, eliminaría todas las incertidumbres y ambigüedades en otros artículos, tales como los artículos 6, 7 y 11.

70. La recomendación del Relator Especial de refundir los artículos 2 y 3 en un solo nuevo artículo 2 titulado «Términos empleados» (A/CN.4/415, párr. 29) es aceptable. La definición del término «tribunal» en el apartado *a* del párrafo 1 es suficientemente amplia para incluir a todos los órganos judiciales del Estado y confiere una jurisdicción muy amplia. No obstante, podría interpretarse que incluye tanto a los tribunales civiles como a los penales. El orador sugiere que se limite la disposición a las causas civiles únicamente. En consecuencia, las palabras «con potestad para ejercer funciones judiciales» deben enmendarse como sigue: «con potestad para ejercer funciones judiciales en asuntos civiles». Esta propuesta está en consonancia con el comentario de la República Democrática Alemana (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) en el sentido de que en la definición del término «tribunal» debe incluirse una explicación precisa de la expresión «funciones judiciales».

71. En cuanto a la definición de «contrato mercantil», no ha habido ningún comentario sobre el criterio de la «naturaleza», pero se han formulado objeciones al criterio de la «finalidad». A su juicio, deben mantenerse ambos criterios. En el ejemplo que ha citado anteriormente de la compra de cemento, la finalidad de la compra no era comercial, sino que se relacionaba con el bienestar del Estado; en otras palabras, se había hecho con un fin relacionado con el interés público. Había una entidad en su país que adquiriría mercancías del extranjero y en parte estaba motivada comercialmente, a saber, la Nigerian National Supply Company Limited. Por consiguiente, el orador apoya los comentarios de México y de España (*ibid.*) sobre el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2 aprobado y el párrafo 2 del artículo 3, respectivamente, así como la recomendación del Relator Especial de que se mantenga la disposición que contiene ahora el párrafo 3 del nuevo artículo 2. De igual modo, la República Federal de Alemania ha dicho acertadamente (*ibid.*) que el proyecto de artículos debe contener disposiciones relativas a los Estados federales.

72. Entre otros países, el Reino Unido ha sugerido que se haga referencia específica en el artículo 4 a la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961; la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, y otros tratados pertinentes de derecho diplomático. A este respecto, el orador desea señalar que no todos esos instrumentos han sido ratificados por todos los Estados. En realidad, las Convenciones de 1961 y 1963, así como la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, y la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975, contienen disposiciones expresas sobre la inmunidad jurisdiccional de misiones diplo-

máticas, consulados, misiones especiales, organizaciones internacionales y conferencias internacionales. Sin embargo, en términos generales, está satisfecho con el texto propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 50).

73. Además, apoya el artículo 5, relativo a una disposición sobre irretroactividad que es usual en proyectos del presente tipo. No obstante, el Gobierno de México ha señalado que algunos de los artículos deben aplicarse retroactivamente porque establecen principios actuales de derecho internacional.

74. El artículo 6 es una disposición fundamental del proyecto. Las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general», que figuran entre corchetes, deben suprimirse. El orador se opone a cualquier sugerencia de que el proyecto se subordine a las «normas generales de derecho internacional», algo que podría dar paso a restricciones al principio de la inmunidad de los Estados. En virtud de su estatuto, la Comisión ha de trabajar sobre el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. En la presente labor se ha de cuidar de no debilitar todo el proyecto de artículos sometiéndolo a los principios de derecho internacional general.

75. La nueva formulación hecha por el Relator Especial del párrafo 1 del artículo 7 (*ibid.*, párr. 79) elimina las ambigüedades del texto aprobado. Los párrafos 2 y 3 deben pasar al artículo sobre términos empleados, al igual que las disposiciones del artículo 11. En cuanto al título de la parte III del proyecto, debe ser «Excepciones a la inmunidad de los Estados» y no «Limitaciones de la inmunidad de los Estados».

76. Finalmente, el orador no tiene una opinión definida sobre el nuevo artículo 11 *bis* propuesto (*ibid.*, párr. 122), por las mismas razones que ha expuesto el Sr. Al-Baharna (sesiones 2118.<sup>a</sup> y 2119.<sup>a</sup>).

77. El PRESIDENTE, en respuesta a una pregunta del Sr. BARSEGOV, dice que los artículos 12 a 28 se examinarán en el próximo período de sesiones.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2121.ª SESIÓN

*Martes 20 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

## Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*conclusión*\*) (A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/413<sup>2</sup>, A/CN.4/423<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. B)<sup>4</sup>

[Tema 7 del programa]

### QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

#### ARTÍCULOS 1 A 17<sup>5</sup> (*conclusión*)

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial), resumiendo el debate y en respuesta a la pregunta formulada por el Sr. Reuter (2110.<sup>a</sup> sesión), «¿De qué se trata?», dice que se trata en primer lugar de cumplir el mandato que la Asamblea General ha confiado a la Comisión: elaborar proyectos de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En segundo lugar, se trata de salir de la situación que el Sr. Ushakov describía así en 1982:

[ ] no existe ninguna norma general de derecho internacional que imponga un deber a un Estado de indemnizar a sus nacionales, a otro Estado o a los nacionales de ese otro Estado por daños sufridos como resultado de una actividad no prohibida por el derecho internacional que él ha llevado a cabo [ ]<sup>6</sup>

Esa afirmación reflejaba quizá el estado del derecho y la opinión de los juristas de la época, pero hoy parece superada.

2. Por lo que respecta a la forma en que concibe la futura convención y su función, el orador hace observar que existe toda una serie de convenciones y de normas que se aplican a actividades particulares o a las zonas en que estas actividades tienen lugar, incluyendo el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985<sup>7</sup>; la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979<sup>8</sup>; el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 1989<sup>9</sup>, pero que los principios que inspiran estos textos nunca se enuncian de manera explícita y que, además, en ellos sólo se roza la cuestión de la responsabilidad. Por ejemplo, en el Convenio de Basilea se prevé la firma de un protocolo (art. 12), la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, de 1988<sup>10</sup>, contiene normas de responsabilidad para el explotador (responsabilidad objetiva) y, subsidiariamente, para el Estado del que es nacional y prevé también un protocolo; el Con-

\* Reanudación de los trabajos de la 2114.<sup>a</sup> sesión

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1985, vol. II (primera parte)/Add 1

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>4</sup> El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, el plan esquemático se reproduce en *Anuario* 1982, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), párr. 93, párr. 294

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2108.<sup>a</sup> sesión, párr. 1

<sup>6</sup> *Anuario* 1982, vol. I, párr. 264, 1739.<sup>a</sup> sesión, párr. 47

<sup>7</sup> UNEP, Nairobi, 1985

<sup>8</sup> Véase 2109.<sup>a</sup> sesión, nota 12

<sup>9</sup> Véase 2112.<sup>a</sup> sesión, nota 6

<sup>10</sup> Véase 2111.<sup>a</sup> sesión, nota 14

venio de Viena de 1985 no enuncia ningún principio y en sus protocolos no se menciona la responsabilidad, y la Convención de 1979 descarta expresamente la cuestión de la responsabilidad. Conviene, pues, colmar estas lagunas previendo la elaboración de una convención muy general en la que se enunciarían principios generales y un procedimiento aplicables a todas las actividades previstas en el proyecto de artículo 1, en la medida en que las disposiciones de este artículo no sean incompatibles con las de convenciones o protocolos particulares, sea porque estos últimos textos se refieran a actividades específicas, sea porque refiriéndose a las mismas actividades que el artículo 1 contengan normas más detalladas y tengan un alcance territorial más limitado. Ese será el caso, por ejemplo, si tal instrumento lleva consigo una lista de actividades a las que la convención marco en estudio se aplique con certidumbre. La etapa de procedimiento necesaria para la determinación del carácter de una actividad quedará eliminada: una actividad que figure en esta lista corresponderá al artículo 1 y deberá aplicársele un régimen particular.

3. En cuanto a la continuación de los trabajos sobre el tema, el orador se propone primero redactar un capítulo que contenga directrices sobre las negociaciones y en el que se desarrolle la noción de reparación como medio de restablecer el equilibrio entre los diversos intereses afectados, habida cuenta de la teoría del reparto de los costos. Pretende también, como ha dicho (2108.<sup>a</sup> sesión) al presentar su quinto informe (A/CN.4/423), abordar los casos de riesgo o de daño a gran escala que requieren un procedimiento diferente porque la notificación debe hacerse en tal caso a varios Estados afectados que no son claramente identificables por los Estados de origen, que tampoco lo son, y porque hay que pensar aquí en el papel de las organizaciones internacionales, en los posibles intereses de la comunidad internacional y en otras cuestiones parecidas.

4. Finalmente, tiene el propósito de estudiar la cuestión de la responsabilidad por actos que causen un daño en las «zonas comunes» de la humanidad y presentar un informe a la Comisión sobre este punto. Es evidente que esta cuestión hace entrar en juego principios de responsabilidad muy similares y habrá que prever obligaciones de prevención y quizá de reparación. Por su parte, los mecanismos de aplicación deberán quizá adaptarse, dado que en tal caso es el «orden público» de la comunidad internacional el que se ve afectado, el daño se causa en zonas no pertenecientes a ningún Estado en particular y, por consiguiente, la función del «Estado afectado» debe ser desempeñada por una entidad que no está directamente afectada, por ejemplo, una entidad internacional o incluso los Estados en su calidad de protectores del interés público de la comunidad. *A priori*, esta cuestión forma parte del tema, pues se refiere a la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales —en las zonas comunes de la humanidad— de actos no prohibidos por el derecho internacional: no se trata sólo del «derecho del medio ambiente».

5. Pasando al resumen del debate propiamente dicho, el orador estima que los proyectos de artículos revisados 1 a 9, acompañados de los comentarios que figuran en el informe y de las observaciones hechas en el curso del debate, pueden remitirse al Comité de Redacción. Por el contrario, no propone que los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 sean remitidos al Comité de Redacción, dado su carácter provisional. Sobre estas dos series de artículos

se limitará a responder a alguna de las principales cuestiones que se han planteado sin abordar las observaciones de pura forma que, no obstante, tendrá muy en cuenta.

6. En lo que concierne al ámbito de aplicación de los proyectos de artículos, el orador recuerda que en su cuarto informe (A/CN.4/413) introdujo la noción de riesgo porque se necesitaba un criterio para limitar este ámbito de aplicación; en otros términos, el daño justificaba la reparación, pero ésta sólo era debida si este daño era resultado de una actividad de riesgo; en cuanto a la prevención, se basaba en la noción de «riesgo apreciable». No obstante, muchos miembros de la Comisión y muchos representantes en la Sexta Comisión de la Asamblea General reaccionaron vigorosamente frente al papel así atribuido a esta noción de riesgo, y el Sr. Barboza en su quinto informe amplió el ámbito de aplicación del proyecto haciendo entrar en él, además de las actividades que pueden causar un daño, es decir, actividades de riesgo, las actividades que causan un daño efectivo. En otros términos, el daño sigue siendo el elemento que justifica la reparación, pero este daño puede ser consecuencia de una actividad de riesgo o de una actividad que tenga efectos nocivos efectivos. En cuanto a la prevención, se funda en la noción de «riesgo apreciable» en el caso de las actividades de riesgo y sobre la certidumbre o la previsibilidad del daño en el caso de las actividades que tienen efectos nocivos efectivos.

7. Durante el período de sesiones en curso, sólo un miembro de la Comisión se ha declarado en favor de la noción de riesgo como criterio del ámbito de aplicación. La posición contraria ha sido adoptada sin reservas por un gran número de miembros y con reservas por algunos, que querrían, por ejemplo, que se estudiaran más en particular ciertos aspectos de los actos previstos en el artículo 1 o que se definiese mejor el ámbito de aplicación limitándolo por otros medios, como una lista de actividades.

8. Entre quienes no aceptan limitar el ámbito de aplicación mediante la noción de riesgo, algunos preferirían que este ámbito de aplicación fuera aún más amplio y se extendiera a actos aislados, no vinculados a ninguna actividad. Un miembro ha expresado el deseo de que se haga referencia también a los actos periódicos. El orador indica que en realidad ya entran en los dos tipos de actividad previstos, puesto que no se dice en ninguna parte que los actos constitutivos de una actividad deban ser continuos.

9. El orador cree comprender que la Comisión le da el mandato de proseguir sus trabajos sobre la base de la concepción ampliada del ámbito de aplicación, pero piensa que la posición del Sr. Barsegov (2113.<sup>a</sup> sesión) merece ser considerada detenidamente.

10. Según el Sr. Barsegov, ampliar los proyectos de artículos a actividades que tengan efectos transfronterizos efectivamente perjudiciales sería contrario a la lógica, porque las actividades de este tipo no pueden ser consideradas como lícitas. Esto es cierto en el plano de los principios y es verdad que los principios que se pueden deducir de los asuntos del *Estrecho de Corfú*<sup>11</sup> y de la *Fundición de Trail*<sup>12</sup> se basan en la hipótesis de que un Estado no tiene derecho, con conocimiento de causa, a utilizar su territorio o permitir que se utilice para causar un daño en el territorio de otro Estado. Pero en la realidad se comprueba la exis-

<sup>11</sup> Véase 2108.<sup>a</sup> sesión, nota 10.

<sup>12</sup> *Ibid.*, nota 9.

tencia de dos excepciones evidentes a este principio. La primera es que el Estado afectado debe aceptar el daño si éste no es apreciable ni importante; es la noción de umbral. La segunda es que, en el caso de ciertas actividades, es necesaria una prohibición especial para que el principio de base pueda aplicarse normalmente, como, por ejemplo, la actividad de las industrias químicas o productoras de energía, las emisiones de gas debidas a la circulación de automóviles, las emanaciones de aparatos de calefacción domésticos, etc. No existiendo tal prohibición, es dudoso que el derecho internacional conceda un derecho de acción, lo que equivale a decir que en la práctica no existe una prohibición general. Poco a poco los efectos transfronterizos de este tipo han terminado por ser considerados como lícitos y hoy sería casi impensable declararlos ilícitos. Para resolver el problema que plantean estas actividades, habrá que convenir para cada una de ellas un régimen especial que complete el régimen general establecido por el instrumento que elabora la Comisión.

11. En lo que respecta a la noción de «culpa condicional», cuya aparición en el informe (A/CN.4/423, párrs. 5 a 7) han criticado el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión) y el Sr. Al-Khasawneh (2114.ª sesión) y en la que el Sr. Thiam (2113.ª sesión) ve un reconocimiento de que el tema en examen corresponde a la responsabilidad por culpa, el orador dice que su propósito no era introducir una teoría cualquiera de la culpa en el tema que se examina y que lo único que quería era destacar la operación intelectual que en muchos sistemas jurídicos preside la búsqueda del responsable siempre que hay daño. Precisamente para no hablar de «culpa» ha utilizado la expresión «pecado original».

12. Por lo que respecta a los términos «actos» y «actividades», algunos oradores, en particular el Sr. McCaffrey, el Sr. Hayes (2109.ª sesión), el Sr. Shi (2110.ª sesión) y el Sr. Njenga (2112.ª sesión), han expresado preferencia por la palabra «actividades» y la gran mayoría de los miembros no parece oponerse a que se retenga este término. El Sr. Calero Rodrigues (*ibid.*) y el Sr. Al-Khasawneh, y aparentemente el Sr. Francis (2111.ª sesión), desearían que los actos aislados también engendraran responsabilidad.

13. Las palabras «jurisdicción» y «control» han suscitado reacciones. El Sr. McCaffrey prefiere la expresión «control efectivo», el Sr. Bennouna (2112.ª sesión) no está de acuerdo con la presencia en el proyecto de artículo 1 de las palabras «o a falta de ésta, bajo su control», porque, a su juicio, jurisdicción y control pueden acumularse. El Sr. Roucouas (*ibid.*) y el Sr. Francis se contentarían con la expresión «jurisdicción y control», el Sr. Razafindralambo (2113.ª sesión) prefiere «jurisdicción y control efectivo». Finalmente, el Sr. Graefrath (2111.ª sesión) querría dar de la noción de jurisdicción una definición más amplia que la que se basa exclusivamente en la territorialidad. A todos estos miembros el orador responde que la convención prevista no es una convención sobre la jurisdicción, que el empleo de estas palabras en otras convenciones no ha suscitado dificultades y que el Comité de Redacción dispone de bastantes elementos para hallar una fórmula satisfactoria.

14. En lo que respecta a la posibilidad de aplicar un régimen de responsabilidad objetiva junto a un régimen de responsabilidad por culpa, el Sr. McCaffrey tiene razón al decir que la coexistencia de estos dos tipos de régimen

dependerá de cómo se formule la norma primaria. A juicio del orador, no obstante, los dos ejemplos que ha dado el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 21) corresponden ambos a la responsabilidad por culpa: sea la norma primaria «el Estado A da muestras de diligencia para impedir que el Estado B sufra un daño» o bien «el Estado A cuida de que no se cause ningún daño al Estado B», siempre hay prohibición de causar un daño. En materia de responsabilidad objetiva, la norma primaria debería enunciarse de hecho como sigue: «el Estado A puede causar un cierto daño al Estado B, correspondiéndole indemnizar a este último en consecuencia».

15. En respuesta a una observación del Sr. Calero Rodrigues, el orador se refiere a las conclusiones que figuran en su informe (A/CN.4/423, párr. 47): si dos Estados son partes de ambas convenciones, la futura convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la futura convención sobre responsabilidad internacional, y si el artículo 16 [17], sobre contaminación, del proyecto de artículos sobre los cursos de agua<sup>13</sup> sigue en su estado actual, entonces, de conformidad con el proyecto de artículo 4 que se examina, «se aplicarán [...] los presentes artículos, sujetos a lo dispuesto en ese otro convenio internacional». En otras palabras, en caso de daño apreciable causado por la contaminación de un curso de agua, se aplicará la prohibición prevista en la convención sobre los cursos de agua si este daño es consecuencia del ejercicio normal de la actividad de que se trate; si se debe a un accidente, se aplicará la convención sobre responsabilidad internacional.

16. A propósito de la reparación, el orador no cree, como el Sr. Tomuschat (2110.ª sesión), que en el proyecto de artículo 9 se enuncien normas secundarias. Las obligaciones de que se trata son obligaciones primarias y la norma primaria puede formularse en términos generales como sigue: «Tu actividad será autorizada si el daño que causa es reparado». La norma secundaria sólo surte efecto cuando no hay reparación, es decir, cuando no se cumple la obligación primaria de reparar.

17. Los Sres. McCaffrey, Reuter, Al-Qaysi, Eiriksson, Francis, Yankov, Díaz González y Al-Khasawneh prefieren la palabra «indemnización» a «reparación». En su cuarto informe (A/CN.4/413) utilizó la palabra «indemnización» en el sentido de «pago monetario» y por eso el orador utilizó después el término «reparación», dado que puede tomar en parte la forma de una ayuda aportada por el Estado de origen al Estado afectado para hacer desaparecer o reducir las consecuencias del daño, por ejemplo si el Estado de origen posee medios técnicos que no posee el Estado afectado. Estos miembros prefieren, no obstante, la palabra «indemnización», porque en un ámbito totalmente diferente del de la responsabilidad por culpa conviene utilizar términos diferentes. El Relator Especial celebra este argumento, pues muestra que la mayoría de los miembros de la Comisión consideran hoy que la responsabilidad causal es algo totalmente diferente de la responsabilidad por culpa, cosa que no sucedía hace dos años. El Sr. Solari Tudela (2112.ª sesión) persiste en preferir la palabra «reparación», que, a su juicio, tiene el mérito de recordar que el presente tema es un derivado del tema de la responsabilidad de los Estados.

<sup>13</sup> *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 29, nota 73.



18. Dicho esto, en cuanto al fondo, la noción de reparación o de indemnización, entendida como el restablecimiento del equilibrio entre los intereses en juego, no ha suscitado objeciones fundamentales, sino al contrario. El Sr. Bennouna desearía que se hiciese mención de la equidad, pero es éste un concepto que carece de formas propias. La noción de equilibrio de intereses se precisará ulteriormente, como ha indicado en su cuarto informe (A/CN.4/413, párr. 49) y de conformidad con las secciones 6 y 7 del plan esquemático. La cuestión de saber si se trata de un «restablecimiento» o de un «reajuste» de este equilibrio, mencionada por los Sres. Bennouna y Al-Qaysi (2112.ª sesión), se abordará a su debido tiempo.

19. Con respecto al proyecto de artículo 2, sobre los términos empleados, algunos oradores, entre ellos el Sr. Hayes y el Sr. Bennouna, ven en él un texto provisional, ya que será preciso quizá redefinir algunos de sus términos o definir otros nuevos. Otros —el Sr. Yankov (2113.ª sesión), el Sr. Roucouas y el Sr. McCaffrey— consideran inusuales algunos de estos términos, en particular la palabra «lugar». Sin embargo, esta palabra se utiliza exactamente en el mismo sentido en el párrafo 1 del artículo I del Tratado para proscribir ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo la superficie de las aguas, de 1963<sup>14</sup>: «en todo lugar dependiente de su jurisdicción o de su control».

20. Algunos miembros de la Comisión, como el Sr. Barsegov y el Sr. Reuter, se oponen a la expresión «víctima inocente»; otros —el Sr. Hayes, el Sr. Pawlak (2111.ª sesión) y el Sr. Eiriksson (2112.ª sesión)— la apoyan. El Comité de Redacción hallará, sin duda, una solución satisfactoria.

21. Por lo que se refiere a las obligaciones de prevención, el Sr. Shi, el Sr. Bennouna y el Sr. Solari Tudela preferirían que el incumplimiento de las obligaciones de procedimiento del Estado y quizá también de sus obligaciones de prevención no entrañara su responsabilidad por culpa. Por su parte, el Sr. Francis insiste en que no se ponga en marcha ningún mecanismo antes de que haya habido violación de la obligación de reparar, conforme a la solución que el anterior Relator Especial había mantenido en el plan esquemático. Es precisamente una de las soluciones que el orador mismo propuso a la Comisión tanto en su cuarto informe como en su quinto informe (A/CN.4/423, párrs. 48, 49 y 68) y que no ha tropezado con una oposición declarada. Se podría introducir en el proyecto mediante un artículo en el que se dijera que el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos correspondientes no da derecho de acción al Estado afectado: sólo sería entonces aplicable el régimen previsto en los artículos relativos a la indemnización. El orador espera que esta solución satisfaga al Sr. Calero Rodrigues, que se opone a toda obligación rigurosa en materia de prevención.

22. Por lo que se refiere a la calificación del daño y del riesgo, hay división de opiniones: muchos oradores, como los Sres. Ogiso (2110.ª sesión), Njenga, Al-Qaysi, Barsegov, Pawlak y Graefrath, prefieren el término «significativo» en lugar de «apreciable» para calificar el daño, y algunos de ellos desean también que se utilice «significativo» para calificar el riesgo. Según el Sr. Njenga, el

riesgo debería descubrirse mediante un «examen razonable», mientras que el Sr. Al-Khasawneh preferiría la expresión «riesgo detectable». Por el contrario, el Sr. Hayes y parece que también el Sr. McCaffrey son partidarios de la palabra «apreciable». De hecho, la elección de términos tiene poca importancia; lo importante es que ya nadie cuestiona la necesidad de un umbral para definir el daño y el riesgo.

23. Refiriéndose al proyecto de artículo 4, los Sres. Reuter, Tomuschat y Bennouna han insistido en el carácter residual del conjunto del proyecto de artículos. Según el Sr. Bennouna, este artículo debería afirmar claramente la preeminencia de la *lex specialis*. Personalmente, no ve la forma de dar mayor claridad a este punto, pero si el Sr. Bennouna encuentra una fórmula mejor, el Comité de Redacción se lo agradecerá. En cambio, el Sr. Al-Baharna (2113.ª sesión) considera inútil el artículo 4, estimando que la cuestión queda ya resuelta en el párrafo 3 del artículo 30 (Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

24. El Sr. Graefrath estima que la Comisión no puede conservar la presunción enunciada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 3 sin razones sólidas. Sólidas o no, el orador ha dado razones en apoyo de esta presunción en su cuarto informe (A/CN.4/413, párrs. 62 a 70). Recuerda que reconocía que el proyecto «va más lejos que la regla del *Estrecho de Corfú*», pero añadiendo que «ello se justifica por la naturaleza de la responsabilidad causal, que exige un funcionamiento más fácil de los mecanismos del proyecto» (*ibid.*, párr. 68).

25. Por otra parte, el imperativo de los «medios de conocer» aporta ya a esta presunción una restricción cuya finalidad es tener en cuenta la situación de los países en desarrollo. Sin embargo, no parece razonable que la carga de la prueba la soporte el Estado afectado, que puede ser muy bien también un país en desarrollo, sobre todo si se piensa en los *dicta* que figuran en el asunto de la *Isla de Palmas*<sup>15</sup> y en el asunto del *Estrecho de Corfú*, a saber, que la soberanía territorial del Estado de origen puede impedir al Estado afectado entrar en el territorio del Estado de origen para reunir las pruebas necesarias que se hallan forzosamente en manos de este último. En el asunto del *Estrecho de Corfú*, la CIJ declaró que «el control territorial exclusivo ejercido por el Estado en los límites de sus fronteras no carece de influencia sobre la elección de los medios de prueba adecuados para demostrar este conocimiento»<sup>16</sup>. Dado que se trataba de un asunto correspondiente a la responsabilidad por culpa, ámbito en que la imputación de un acto a un Estado es necesariamente más compleja, y que la responsabilidad causal requiere un método simple de atribución de las obligaciones, parece que hay buenas razones para mantener la presunción enunciada en el proyecto de artículo 3.

26. El Sr. Yankov, insistiendo en los aspectos internacionales de la cooperación, sugiere que se tome como modelo el artículo 197 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. Pero, tal como está redactado actualmente, el proyecto de artículo 7 va

<sup>14</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 480, pág. 43. J. M. Ruda, *Instrumentos internacionales*, TEA, Buenos Aires, 1976, pág. 681.

<sup>15</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), pág. 829 (laudo arbitral de 4 de abril de 1928).

<sup>16</sup> C.I.J. *Recueil* 1949, pág. 18.

en el mismo sentido que el artículo 197. Quizá habría que agregar una referencia a la cooperación «regional» para que los dos artículos se asemejen más aún.

27. El Sr. Barsegov considera ilógico limitar el deber de cooperación del Estado lesionado con el Estado de origen a los casos de «daño producido por accidente» (art. 7), dado que, a su juicio, el Estado de origen puede ser también inocente en el caso de actividades que tengan efectos nocivos. No obstante, en el segundo caso, el Estado de origen sabe, por definición, que sus actividades tienen esos efectos. Su inocencia no puede darse por supuesta y sería exagerado pedir al Estado lesionado que cooperara por razón del daño que el Estado de origen ha causado a su propia población en su propio territorio.

28. La función eventual de las instituciones internacionales ha sido en general bien acogida por la Comisión y a este respecto se han hecho recomendaciones muy útiles de las que el orador ha tomado buena nota.

29. Los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 han suscitado numerosas observaciones de las que se desprende sobre todo que la Comisión desea procedimientos más flexibles y además que se cuestiona la semejanza en este punto con el régimen propuesto para el uso de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En su próximo informe propondrá nuevos textos para los proyectos de artículos 10 a 17, pero desea responder ya a algunas de estas observaciones.

30. Tres soluciones se ofrecen en la materia: un procedimiento detallado como el que prevén los proyectos de artículo 10 a 17, con obligaciones y medidas bien definidas; un procedimiento flexible, de carácter menos perentorio, y ningún procedimiento. Esta última solución tiene su lógica, que se basa en el efecto disuasorio del deber de reparar. Parece ser apoyada por el Sr. Calero Rodrigues, que desearía evitar todo plazo de notificación, lo que, en efecto, entrañaría la imposibilidad de todo procedimiento más o menos obligatorio. Pero hay un inconveniente más grave: no exigir la participación del Estado lesionado —lo que sería una consecuencia de la ausencia de todo procedimiento— iría en contra de la prevención. Ahora bien, la Asamblea General y la propia Comisión han insistido demasiado en la prevención para que parezca posible descartarla por entero. En estas condiciones, la mejor solución parece ser la de un procedimiento más flexible que el que ha propuesto.

31. Algunos miembros de la Comisión han hecho notar también que en los artículos 10 a 17 no tienen cabida el daño extensivo —por ejemplo, la contaminación a gran distancia— ni el riesgo de tal daño ni el daño causado en las «zonas comunes» de la humanidad. Otras tantas áreas que se estudiarán en su próximo informe.

32. El Sr. Al-Qaysi y el Sr. Graefrath sugieren que se traten aparte las actividades de riesgo y las actividades que causan un daño efectivo. Esta sugerencia merece ser estudiada, pero diversas consideraciones, que el orador no presenta más que con carácter preliminar, inclinan más bien a no establecer más que una separación parcial entre los artículos que tratan de unas y de otras. Primero, el daño tiene la misma fuente en los dos casos: el Estado de origen. Segundo, la asignación de obligaciones (art. 3) se aplica tanto en uno como en otro caso. Tercero, la disposición sobre la prevención se refiere también a las actividades de efectos nocivos, puesto que tiende a mantener

esos efectos por debajo de un umbral «apreciable». Cuarto, es el daño el que en las dos hipótesis hace nacer el deber de reparar. Quinto, los Estados lesionados lo son de la misma manera, y si hay dudas sobre su identidad se da la misma incertidumbre en las dos situaciones. Sexto, los mismos principios se aplican aparentemente a las actividades de riesgo y a las actividades que causan un daño transfronterizo efectivo, a saber, libertad de acción (art. 6), deber de cooperar (art. 7), prevención (art. 8) y deber de reparar (art. 9). Séptimo, las obligaciones de procedimientos no parecen diferir mucho en cada caso. Por lo que se refiere a la evaluación (art. 10), las exigencias son las mismas, salvo que para las actividades de riesgo hay que prever también una evaluación del riesgo; en cuanto a la notificación y la información, estas medidas se aplican en los dos casos.

33. Según el Sr. Al-Khasawneh, las actividades previstas en el artículo 1 no deberían emprenderse mientras no esté resuelta la cuestión del régimen aplicable. Pero parece que la mayoría de los miembros de la Comisión acepta la solución propuesta en el quinto informe (A/CN.4/423, párrs. 114 a 116).

34. A propósito de la obligación de negociar, el Sr. Graefrath ha hecho dos observaciones: en primer lugar, que la obligación, tal como se formula en el proyecto de artículo 16, es de hecho una obligación de concertar; en segundo lugar, que la obligación de consultar estaría más de acuerdo con la práctica internacional. Por su parte, el Sr. Bennouna estima que no sería razonable obligar a los Estados a negociar. La primera observación del Sr. Graefrath no está corroborada por la práctica internacional: la obligación de negociar, que no se debe confundir con la obligación de concertar un acuerdo, exige simplemente que se delibere de buena fe con miras a entenderse. Es lo que sucede cuando se negocia un tratado fronterizo o los derechos de pesca. Si el objeto de las negociaciones es en este caso un régimen, es porque, por ser permanente el conflicto de intereses que se ha de resolver, los Estados deben ponerse de acuerdo sobre una solución que perdure en el tiempo. Dicho esto, es posible que la vía de las consultas sea preferible a la de las negociaciones cuando se trata de elaborar un régimen. A falta de acuerdo sobre un determinado régimen se aplicaría el previsto en los presentes artículos. No es menos cierto que el procedimiento de reparación impone necesariamente un procedimiento de negociación y por consecuencia impone el deber de negociar. Por su parte, sigue convencido de que la obligación de negociar está sólidamente fundada en el derecho internacional. Cabría incluso no hacer referencia al derecho internacional general si un artículo preciso de la futura convención enunciara esta obligación de las partes, ofreciendo así una solución independiente de la opinión que se pueda tener sobre el problema teórico.

35. El Sr. FRANCIS declara estar preocupado por la cuestión de las relaciones entre la atribución de responsabilidad y la negociación. Si, en efecto, un Estado A se niega a negociar con un Estado B, de ello se sigue necesariamente que habrá violación de una obligación internacional con arreglo a las disposiciones del proyecto de artículos. Sin duda, la posición del Relator Especial sobre este punto depende de lo que piensa sobre la no atribución de responsabilidad antes del momento en que haya dene-gación de reparación.

36. La cuestión del «patrimonio común» de la humanidad queda en suspenso. ¿Debe la Comisión hacerla entrar en el ámbito de aplicación del proyecto? Es éste un problema candente, mucho más apremiante que en 1982. Sin prejuzgar la decisión final, cabría estudiar este aspecto del tema a fin de pronunciarse sobre su suerte. Por su parte, el Sr. Francis opina que se debe abrir un debate para concretar lo que abarca este concepto.

37. El Sr. Barsegov (2113.ª sesión), refiriéndose a una opinión del Sr. Ushakov, ha recordado que en la materia que se examina el derecho era inexistente. Esta observación del Sr. Ushakov sigue siendo cierta. Convendría, pues, dejar la cuestión de la responsabilidad para más adelante, teniendo presente que la noción de ilicitud no entra en juego en el presente contexto. Es cierto que si un Estado causa un daño transfronterizo y prosigue deliberadamente la actividad que lo ha originado, se pone en situación de ilicitud; pero no es éste el caso más corriente.

38. El Sr. BARSEGOV recuerda que no ha recomendado que se remitan al Comité de Redacción los proyectos de artículos. Si se ha mostrado de acuerdo ha sido con respecto a los proyectos de artículos 1 a 10 anteriores. Ahora bien, el Relator Especial ha propuesto nuevos textos que se apoyan en bases totalmente diferentes. El orador le ha preguntado cuál era su posición y, en particular, si las disposiciones anteriores, más próximas a las ideas del Sr. Ushakov, estaban superadas, y en caso afirmativo desde qué punto de vista. El Relator Especial ha respondido que se trataba en este caso de desarrollar el derecho internacional, falta de elementos de codificación.

39. Puesto que se han presentado a la Comisión nuevos textos basados en conceptos totalmente nuevos, cuando se celebre el debate sobre el informe en la Asamblea General, el orador propondrá que se pida a la Sexta Comisión que se pregunte sobre la utilidad de esta evolución y de la continuación de los trabajos sobre la base de la responsabilidad «objetiva» o «absoluta» para cada daño transfronterizo resultante de una actividad lícita, sin tener en cuenta la noción de riesgo.

40. No siempre se sabe de qué actividades se trata. El Relator Especial ha hablado de la circulación de automóviles y de la calefacción doméstica. Cabe pensar en otras actividades: la tala de árboles en Siberia y en Amazonia, la agricultura africana, que entraña la desertificación, etc. Si es de esto de lo que se habla, debe informarse de ello claramente a la Sexta Comisión.

41. El Sr. FRANCIS lamenta que en el proyecto de artículo 1 ya no se use el término «situación». ¿Podría el Relator Especial dar más explicaciones sobre esta desaparición?

42. A propósito del «patrimonio común» de la humanidad, se comprueba que en el artículo 1 se trata de daños transfronterizos sin que se precise ningún límite; por lo tanto, el ámbito de aplicación del proyecto puede extenderse a este patrimonio común de la humanidad. En estas condiciones, el Sr. Francis propone a la Comisión, que parece estar de acuerdo sobre este punto, que decida en principio estudiar el problema de las «zonas comunes».

43. Como ha hecho observar el Sr. Barsegov, el artículo 1 no está maduro para ser examinado en el Comité de Redacción. Dado que las actividades de riesgo previstas en ese artículo pueden causar un daño, no es necesario

hablar en él del riesgo; se podría muy bien tratar de ello en otro lugar, como otro aspecto del tema.

44. El Sr. BEESLEY dice que sería útil si el texto de los comentarios del Relator Especial resumiendo el debate se distribuyera. Le preocupa que la Comisión reabra un debate antiguo a riesgo de recoger argumentos ya expuestos, en particular sobre la cuestión de saber si se trata de codificar normas preexistentes o de trabajar en el desarrollo progresivo del derecho internacional. De hecho, existen reglas en la materia y el orador manifiesta estar cansado de citar fallos de los tribunales, tratados y convenciones, sin contar el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo<sup>17</sup>, aprobado por consenso hace ya 17 años. Lo mismo puede decirse del concepto de «zonas comunes» a propósito del cual se han desarrollado ideas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, que, aunque recientes, no son del todo nuevas.

45. Poniendo sus esperanzas en el espíritu de conciliación de los miembros de la Comisión, el orador mencionó en la 2111.ª sesión (párr. 68) una obra en la que se halla un análisis muy pertinente de lo que hay que entender por «responsabilidad objetiva» y «responsabilidad absoluta», que en su opinión no se pueden superponer.

46. Existen muchas actividades no ilícitas con respecto al derecho internacional que causan daños y los tribunales ya han tenido que pronunciarse a este respecto sobre toda una serie de obligaciones, incluido el deber de reparar. Hay, pues, una práctica de los Estados y las divergencias de opinión entre los miembros de la Comisión no deben impedir el progreso que se hace en el tema. A la Comisión se le ha confiado un mandato específico que la pone en situación de aportar una contribución importante al estudio de la cuestión de las «zonas comunes» y del tema en su conjunto.

47. En cuanto a saber si hay que remitir o no los artículos al Comité de Redacción, pese a las reservas de algunos miembros, es un problema de método. Ya se ha hecho así, por ejemplo, a propósito del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. No hay que esperar la unanimidad de los miembros de la Comisión, tan rara que puede decirse que sería milagrosa.

48. El PRESIDENTE indica que si la Comisión desea reanudar el debate sobre el alcance del tema deberá modificar el calendario de sus trabajos. El Relator Especial ha presentado proyectos de artículos revisados a la Comisión, dando así a sus miembros una ocasión complementaria de examinar el alcance del tema, pero hubiera podido presentar esos textos al Comité de Redacción. De todas maneras, este último se enfrentará tarde o temprano con el problema, aun cuando la Comisión cambie la decisión tomada en su período de sesiones anterior y no le remita ahora los proyectos de artículos. Por otra parte, es evidente que la cuestión podrá plantearse de nuevo tanto en la Sexta Comisión de la Asamblea General como en el próximo período de sesiones de la CDI.

49. El Príncipe AJIBOLA comparte el punto de vista del Presidente, aun cuando sea natural que los miembros de la Comisión aspiren todos a comentar el resumen del debate que acaba de hacer el Relator Especial. No obstante, en caso de que la Comisión decida reabrir el debate sobre el alcance del tema, el orador se reserva el derecho de intervenir extensamente sobre la cuestión.

<sup>17</sup> Véase 2108.ª sesión, nota 6

50. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que, aun cuando la Comisión remita los proyectos de artículos al Comité de Redacción, nada le impide formular una pregunta a la Sexta Comisión de la Asamblea General acerca de los conceptos de responsabilidad objetiva y responsabilidad absoluta, siempre que los sitúe en su contexto. Conforme a la divisa *fatum nomen est*, estos dos conceptos adolecen del calificativo —«objetiva» y «absoluta»— que se les ha dado. Por otra parte, el Relator Especial se ha equivocado al concluir que se ha llegado a una especie de acuerdo en la Comisión sobre este punto, puesto que el orador es el único que ha suscitado la cuestión del aplazamiento de una actividad hasta el establecimiento del régimen adecuado. Además, en la 2114.ª sesión (párr. 16), el Sr. Al-Khasawneh no se refirió únicamente al derecho islámico, sino también a ciertos fallos de la CIJ respecto de medidas de protección provisionales y citó artículos recientes del *Netherlands Yearbook of International Law*.

51. El PRESIDENTE sugiere que se consigne en el informe de la Comisión la cuestión planteada por el Sr. Barsegov, con el fin de señalar este asunto a la atención de la Sexta Comisión.

52. El Sr. EIRIKSSON dice que comparte en buena medida la opinión del Presidente y que, llegado el momento, la Comisión podrá estudiar la cuestión que ha de mencionar en su informe. El Relator Especial dio ya un esbozo de sus conclusiones antes de remitir al Comité de Redacción los anteriores proyectos de artículos 1 a 10. En 1988 la Sexta Comisión de la Asamblea General hizo suyas esas conclusiones, que por otra parte recibieron un gran apoyo en la Comisión. Sin embargo, como el Sr. Barsegov se ha referido a la cuestión de la responsabilidad objetiva, quizá, en el estado de cosas actual, habría que hablar de una solución provisional, puesto que falta elaborar las directrices que se han de seguir para las negociaciones sobre la reparación o la indemnización. El Relator Especial debería ocuparse cuanto antes de estas cuestiones.

53. El Sr. BEESLEY, aprobando lo manifestado por el Sr. Eiriksson, recuerda que, cuando la Comisión remitió los anteriores proyectos de artículos 1 a 10 al Comité de Redacción, varios miembros de la Comisión precisaron que estos textos se transmitían al Comité en la inteligencia de que serían modificados para tener en cuenta tres principios generales mencionados por el Relator Especial<sup>18</sup> y tomados del estudio de su predecesor. Estos mismos miembros subrayaron que había que tener en cuenta muy en particular el principio según el cual la víctima inocente no se ha de ver obligada a soportar los daños sufridos. El orador celebra la forma en que el Relator Especial ha resumido el debate, pero la idea de elegir un problema particular para someterlo a la Sexta Comisión suscita una reserva por su parte. Para que fuera bien acogida sería necesario, en efecto, que la cuestión fuera acompañada de explicaciones razonadas y documentadas sobre la distinción que se ha de hacer entre la responsabilidad absoluta —concepto presente en un amplio abanico de convenciones internacionales en vigor— y la responsabilidad objetiva, menos gravosa, que se deriva de la práctica de los Estados. En definitiva, más vale no plantear la cuestión. El orador, por su parte, tendría una decena de cuestiones que plantear en la Sexta Comisión, pero piensa que los

miembros deberían consultarse previamente antes de optar por una cuestión y no por otra entre todas las que podrían plantearse a la Sexta Comisión.

54. Después de haber consultado a varios miembros de la Comisión, el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide remitir los proyectos de artículos revisados 1 a 9 al Comité de Redacción.

*Así queda acordado.*

55. El PRESIDENTE sugiere que se invite al Relator Especial a redactar las cuestiones que se someterán a la Sexta Comisión de la Asamblea General a fin de señalar a su atención algunos de los principales problemas acerca de los cuales sería bien acogida su opinión. La Comisión estudiará estas cuestiones durante el examen de su proyecto de informe, en el cual se recogerán también las observaciones del Sr. Barsegov y el Sr. Francis.

*Así queda acordado.*

### **Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (continuación) (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>19</sup>, A/CN.4/415<sup>20</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>21</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)**

[Tema 3 del programa]

#### **SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)**

#### **EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS<sup>22</sup> EN SEGUNDA LECTURA (continuación)**

56. El Sr. OGISO (Relator Especial), resumiendo el debate sobre sus dos primeros informes, dice que como no dispone de todas las actas sobre el tema corre el riesgo de omitir sin intención algunas de las cuestiones suscitadas en el curso del debate. Por otra parte, para ganar tiempo, no citará sistemáticamente por su nombre a los oradores que han intervenido sobre este u otro punto.

57. En su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1) ha explicado la tendencia reciente, por parte de ciertos Estados que se adherían hasta ahora al principio de la inmunidad soberana absoluta, a revisar su posición en favor de una inmunidad restringida, tendencia que se desprende de los fallos judiciales, así como de nuevos textos de leyes internas y de acuerdos internacionales. Varios miembros de la Comisión han presentado objeciones a su declaración, reiterando la opinión de Sir Ian Sinclair en el sentido de que «ya no se puede sostener que la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados sea una norma universalmente obligatoria del derecho internacional consuetudinario» (*ibid.*, párr. 10). A juicio del orador, cuyo punto de vista no se desvía fundamentalmente del de Sir Ian Sinclair, «no existe un consenso general a favor de la inmunidad absoluta» (*ibid.*). Quiere decir con ello que en materia de inmunidad de los Estados no se ha configurado un consenso teórico sobre la cuestión de saber si la norma es la de la inmunidad absoluta o la de la inmunidad restringida y

<sup>18</sup> Véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 51, párr. 194 d.

<sup>19</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>22</sup> Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31.

que, por consiguiente, hay que esforzarse por llegar a un acuerdo sobre los ámbitos de actividad del Estado a los que no se aplica la inmunidad.

58. Desde este punto de vista, el orador comprueba con agrado que varios miembros de la Comisión han afirmado la necesidad de un enfoque pragmático y que esta opinión no ha tropezado con ninguna objeción. Parece, pues, al menos en esta etapa, que el método que se ha de seguir para continuar examinando el tema sea objeto de un consenso general.

59. El Sr. Koroma (2115.ª sesión) ha subrayado que el análisis histórico hecho por el Relator Especial se limitaba a la práctica de los países desarrollados occidentales y el orador señala que su predecesor fue objeto de las mismas críticas. En el caso de los países africanos, por ejemplo, es muy difícil hallar ejemplos de fallos judiciales en la materia y, excepción hecha de Sudáfrica, no existen leyes nacionales sobre este tema. Dado, no obstante, el carácter esencialmente jurídico y técnico del tema, le ha parecido preferible basarse en fallos judiciales o en textos de leyes, cuando existen, más que en declaraciones de carácter político. El orador esperaba mucho de las observaciones escritas de los gobiernos. Por desgracia, entre los países africanos el Gobierno del Camerún es el único que ha respondido al llamamiento formulado por la Asamblea General. El Relator Especial ha tenido debidamente en cuenta su punto de vista, pero no puede considerar que represente la opinión de la mayoría de los países de esta parte del mundo.

60. El Sr. Njenga ha formulado una crítica del mismo tipo a propósito de la idea de que el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano sería partidario de la teoría restrictiva de la inmunidad de los Estados. Sin embargo, del comentario relativo al artículo 11 (antiguo artículo 12), sobre contratos mercantiles, deduce que el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano aprobó en 1960 el informe final de su Comité sobre la inmunidad de los Estados respecto de las transacciones comerciales y otras de carácter privado, en el que se indicaba que todas las delegaciones, salvo la de Indonesia, estimaban «que no debía otorgarse inmunidad a los Estados extranjeros respecto de sus actividades que pudieran llamarse comerciales o de naturaleza privada»<sup>23</sup>. De igual modo, en la declaración que hizo en calidad de observador en el 38.º período de sesiones de la Comisión, el Sr. Sen, a la sazón Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, dijo que estimaba personalmente «que, dada la ampliación del actual ámbito de actividad de las autoridades públicas, tal vez se impone una doctrina restrictiva. Queda la cuestión de saber sobre qué objeto y hasta qué punto deberían fijarse razonablemente esas restricciones»<sup>24</sup>. Esta declaración, sin representar por ello la opinión oficial del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, no puede interpretarse como una declaración a favor de una inmunidad absoluta. El orador invita, pues, al Sr. Njenga a comunicarle los demás documentos pertinentes que pueda necesitar.

61. Pasando a las observaciones que han suscitado los proyectos de artículos propiamente dichos, el orador señala que el artículo 1 parece generalmente aceptable. Se ha

dicho que el artículo 6, que expresa la idea de base del conjunto del texto, debería seguir inmediatamente al artículo 1. Se ha dicho incluso que el artículo 6 debía formar parte del artículo 1. El Relator Especial está dispuesto a someter estas sugerencias al Comité de Redacción, pero personalmente preferiría conservar el orden actual de los proyectos de artículos, de manera que el principio general enunciado en el artículo 6 y las limitaciones y excepciones previstas en los artículos 11 a 19 no estén muy alejados.

62. Por lo que respecta al nuevo artículo 2 propuesto (A/CN.4/415, párr. 29), el orador comprueba que la mayoría de los miembros de la Comisión son partidarios de que se refundan los antiguos artículos 2 y 3 y que el nuevo texto no ha suscitado objeciones. Recordando, a propósito del apartado *a* del párrafo 1, que en sus observaciones escritas el Gobierno de la República Democrática Alemana indicaba que la definición del término «tribunal» debería ir acompañada de una explicación precisa de la expresión «funciones judiciales» y que el Sr. Njenga ha propuesto a este respecto que se tome como modelo la sección 3 de la *Foreign States Immunities Act 1985* de Australia, dice que le parece difícil dar en el propio texto del artículo una definición de esta expresión, en primer lugar porque sería tautológica y después por razón de las diferencias entre los sistemas nacionales. Preferiría, pues, explicar esta expresión en el comentario, en la inteligencia de que de todas maneras la cuestión deberá someterse al Comité de Redacción.

63. Con respecto al inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1, que incluye en el número de los organismos de Estado que pueden beneficiarse de la inmunidad a las subdivisiones políticas del Estado facultadas para ejercer las prerrogativas del poder público del Estado, subraya que, según el Sr. Tomuschat (2115.ª sesión) y algunos otros miembros de la Comisión, los Estados constitutivos de un Estado federal deberían beneficiarse de la inmunidad aun cuando no actúen en nombre o por cuenta del gobierno central y que, según ellos, el equivalente en inglés de la expresión «prerrogativas del poder público» debería ser, pues, «governmental authority». El orador remite sobre este punto al párrafo 3 del comentario relativo al artículo 3 aprobado en primera lectura, donde se dice que las subdivisiones políticas del Estado engloban «las subdivisiones políticas de un Estado federal o de un Estado organizado en regiones autónomas que están facultadas para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado» y que en inglés el equivalente más cercano de la expresión «prerrogativas del poder público» es la expresión «sovereign authority»<sup>25</sup>. Remite también al párrafo 12 del comentario relativo al artículo 7, donde se indica que

nada excluye la posibilidad de que esas entidades autónomas [subdivisiones políticas de un Estado] se constituyan o actúen como órganos del gobierno central, o como organismos estatales que desempeñen actos soberanos del Estado extranjero. Un Estado integrante de una unión federal no goza normalmente de inmunidad como Estado soberano, a menos que pueda demostrar que la acción ejercida contra él de hecho implica al Estado extranjero<sup>26</sup>.

Dado que, según el comentario al artículo 3, «las subdivisiones del Estado del nivel administrativo de las autoridades locales o municipales no suelen realizar actos en ejer-

<sup>23</sup> *Anuario...* 1983, vol. II (segunda parte), págs. 36 y 37.

<sup>24</sup> *Anuario...* 1986, vol. I, pág. 106, 1958.ª sesión, párr. 37.

<sup>25</sup> *Anuario...* 1986, vol. II (segunda parte), pág. 14.

<sup>26</sup> *Anuario...* 1982, vol. II (segunda parte), págs. 111 y 112.

cicio de las prerrogativas del poder público del Estado y que, por lo tanto, no gozan de inmunidad estatal» (párr. 3), el orador estima que la modificación de forma propuesta por estos miembros de la Comisión equivaldría a una modificación de fondo. El Comité de Redacción deberá reflexionar sobre ello cuando estudie este texto.

64. Por lo que respecta al inciso iv) del apartado b del párrafo 1 del nuevo artículo 2, los Sres. Thiam y Bennouna (2117.ª sesión) sugieren que se suprima. Como una acción intentada contra un embajador, un agente diplomático o consular u otro mandatario de un gobierno puede implicar al Estado extranjero, y estas personas no están previstas en los incisos i) a iii) del apartado b del párrafo 1, parece necesario hacerlas figurar entre los beneficiarios de las inmunidades del Estado bajo la apelación de «representantes del Estado». En cuanto a la correlación entre el proyecto de artículos en estudio y las pertinentes Convenciones de Viena, se rigen por el artículo 4.

65. A propósito de la definición de la expresión «contrato mercantil», en el apartado c del párrafo 1 del nuevo artículo 2, el orador considera que corresponderá al Comité de Redacción pronunciarse sobre las modificaciones de forma propuestas. No obstante, sería aconsejable mantener en el inciso iii) del apartado c del párrafo 1 la palabra «mercantil», que se refiere a contratos o acuerdos relativos a un amplio repertorio de actividades, como las actividades extractivas o las inversiones, con exclusión de los contratos de trabajo, que a menudo se mencionan como el tipo de contrato no mercantil que debe estar sometido a la jurisdicción del Estado del foro. Por lo que respecta a la propuesta del Sr. McCaffrey (*ibid.*) y del Sr. Tomuschat encaminada a sustituir la expresión «contrato mercantil» por «actividad mercantil», el orador recuerda que el anterior Relator Especial utilizó en su informe preliminar<sup>27</sup> la expresión «transacción comercial», en su segundo y cuarto informe<sup>28</sup> la expresión «actividad mercantil o comercial», pero que el texto aprobado en 1983 como artículo 12 (ahora artículo 11) se titula «Contratos mercantiles». El orador supone que esta modificación se decidió en el curso de las deliberaciones del Comité de Redacción del período de sesiones de 1983, pero no puede decir por qué ni cómo. Si a pesar de todo la mayoría de los miembros de la Comisión prefieren reconsiderar el título «Contratos mercantiles», está dispuesto a acceder a este deseo.

66. Por lo que se refiere al texto que ha propuesto para el párrafo 3 del nuevo artículo 2, el orador señala que once miembros de la Comisión han declarado aceptar esta propuesta, que otros tres se han declarado neutrales, aun manifestando estar de acuerdo en tomar en consideración la naturaleza y la finalidad del contrato, y que otros cuatro han formulado críticas relativas esencialmente a la extrema rigidez de este texto que, según ellos, no permitiría tener en cuenta circunstancias imprevistas. Esta crítica merece ser examinada. Personalmente, aun estimando que será el Comité de Redacción el que deberá perfeccionar el texto, el orador cree que sería aconsejable añadir al final del párrafo la frase siguiente: «quedando entendido que el tribunal del Estado del foro podrá, en situaciones

imprevistas, fallar que el contrato ha sido celebrado con un fin de interés público». Propone también, habida cuenta de la observación formulada por el Sr. McCaffrey, que se modifique como sigue el comienzo del párrafo: «para determinar si un contrato en el sentido del apartado c del párrafo 1 es un contrato mercantil...». Pero es también un punto que corresponde al Comité de Redacción.

67. El orador señala que el artículo 4 ha suscitado pocas críticas y que la mayor parte de los miembros de la Comisión que se han manifestado acerca de este texto aceptan su propuesta tendiente a insertar en el párrafo 1 la expresión «en virtud del derecho internacional». Subraya también que algunos, aun declarándose de acuerdo en general con este artículo, han solicitado precisiones sobre el vínculo jurídico entre las inmunidades previstas en los presentes artículos y las conferidas por las Convenciones de Viena pertinentes, mientras que otros han hecho notar que estas convenciones y los presentes artículos eran de naturaleza totalmente diferente, y el Sr. Thiam ha llegado a decir que esta diferencia entre los dos regímenes era evidente hasta el punto de hacer inútil el artículo 4. El orador, aunque no comparte esta última observación, conviene en que, de manera general, los dos regímenes pueden aplicarse por separado. Algunos miembros de la Comisión han propuesto también que se extiendan los privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de Estado *ratione personae* a otras personalidades de alto rango, como jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. A este respecto, el orador señala que los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos y personas asimiladas dependen del régimen especial de las Convenciones de Viena, mientras que los de los jefes de Estado *ratione personae* dependen de las normas del derecho internacional consuetudinario. En cuanto a los privilegios e inmunidades de las familias de los jefes de Estado y otras personalidades de alto rango, se conceden a título de cortesía. Aunque no es particularmente partidario de ello, no se opondrá a que se haga mención en el párrafo 2 de estas categorías de personas cuyos privilegios e inmunidades en sentido estricto no están previstos por el derecho internacional; pero está convencido de que el Comité de Redacción tendrá en cuenta a su debido tiempo la sutil diferencia que existe en la materia entre el derecho internacional y la cortesía.

68. El artículo 5 no ha sido objeto de ninguna observación particular. Por lo que respecta al artículo 6, el Relator Especial señala que son muchos los miembros de la Comisión que han apoyado su propuesta de suprimir la frase entre corchetes —«y en las normas pertinentes del derecho internacional general»—, que diez gobiernos se han pronunciado en favor de esta supresión y otros diez en contra. Precisa que si se ha propuesto suprimir esta frase es esencialmente por temor de que los tribunales del Estado del foro se valgan de ella para interpretar los presentes artículos de manera unilateral, en particular los que se refieren a las limitaciones o excepciones, pero señala que algunos miembros de la Comisión han aducido otras razones. Destaca, por otra parte, que el Sr. McCaffrey es el único que se ha opuesto categóricamente a la supresión de que se trata, mientras que otros miembros de la Comisión comunicaban sus vacilaciones. Siendo ello así, le parece posible autorizar al Comité de Redacción a trabajar a partir del texto aprobado en primera lectura, tomando como hipótesis que la frase entre corchetes podrá ser a fin de cuentas suprimida. El orador recuerda en efecto que los gobiernos

<sup>27</sup> *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 233, documento A/CN.4/323.

<sup>28</sup> *Anuario...* 1980, vol. II (primera parte), pág. 209, documento A/CN.4/331 y Add.1, y *Anuario...* 1982, vol. II (primera parte), pág. 245, documento A/CN.4/357.

están divididos sobre este punto, y la supresión de la frase puede significar un sacrificio importante para los Estados partidarios de la inmunidad restringida, por lo cual había propuesto a la Comisión otras dos soluciones posibles, en parte para compensar este sacrificio y en parte para tener en cuenta la situación de los países que han adoptado leyes sobre la inmunidad de los Estados y el hecho de que algunas de las limitaciones o excepciones previstas en estos textos no aparecen en el proyecto de artículos.

69. La primera solución posible consiste en añadir en el preámbulo de la futura convención el texto sugerido por España (A/CN.4/410 y Add.1 a 5). Algunos miembros de la Comisión se han declarado dispuestos a aceptar esta posibilidad, pero son más numerosos los que se han opuesto. El hecho es, por otra parte, que con arreglo a la tradición el texto del preámbulo se confía a la conferencia diplomática. La segunda solución posible es incluir el nuevo artículo 6 *bis* propuesto (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17), cuyo texto está concebido para contemplar las excepciones que podrían surgir en el futuro de las modificaciones o de la evolución del derecho internacional consuetudinario y también para tener en cuenta las posibles desviaciones entre los presentes artículos y el derecho interno. Esta segunda solución no ha sido aceptada por nadie. Ninguna de las dos soluciones propuestas puede servir, pues, de base de trabajo. El orador añade que no ha retenido la propuesta australiana, consistente en nuevas formulaciones de la frase entre corchetes en el artículo 6 (A/CN.4/410 y Add.1 a 5), porque parecen poco diferentes en el fondo de la frase misma. Espera que el Comité de Redacción se dedique a encontrar una fórmula que salve, al menos por el momento, las desviaciones entre el proyecto de artículos y las legislaciones nacionales, fórmula que podría ser, por ejemplo, la de un protocolo adicional.

70. Por lo que respecta al artículo 7, el orador señala que la mayoría de los miembros de la Comisión que han tomado la palabra sobre este tema aprueban el nuevo texto propuesto (A/CN.4/415, párr. 79), salvo ciertas reservas de forma o relativas a la supresión eventual del párrafo 3. Este párrafo ha sido simplificado ya con relación al texto aprobado, pero el orador no ve inconveniente en que el Comité de Redacción lo simplifique más aún.

71. A propósito del artículo 8, señala que varios miembros de la Comisión han aprobado su propuesta relativa al apartado *c* (*ibid.*, párr. 93), pero que otros proponen que se modifique este párrafo, por ejemplo, flexibilizando el procedimiento previsto a fin de admitir el consentimiento expreso por la vía diplomática. Aunque el apartado *a* le parece suficiente a este respecto, el orador no se opone a que la cuestión se someta al Comité de Redacción. Con respecto al apartado *b*, señala que el Sr. Koroma (2118.ª sesión), que ha objetado las explicaciones contenidas en el informe preliminar (A/CN.4/415, párr. 89), sugiere que se deberían prever los cambios fundamentales de circunstancias en caso de fuerza mayor. El orador no es muy partidario de esta teoría porque hace depender mucho de la apreciación unilateral de una parte y porque históricamente ha sido invocada de manera abusiva antes de la segunda guerra mundial o durante la misma, en un contexto diferente. Se atiende, pues, a lo que decía sobre este punto en su informe preliminar.

72. En lo que concierne finalmente al artículo 9, precisa que la reserva que recomienda añadir al párrafo 1 (*ibid.*, párr. 100), a saber, «sin embargo, si el Estado prueba ante

el tribunal... siempre que lo haga en la primera oportunidad posible», sólo se refiere al apartado *b* de dicho párrafo y señala que ha sido aceptada por varios miembros de la Comisión. Hace constar que varios miembros han aceptado también el nuevo párrafo 3 que propone, relativo al efecto de la comparecencia como testigo de un representante de un Estado ante el tribunal de otro Estado. Algunos miembros han declarado su oposición a este texto, pero sin que los motivos de esta oposición sean muy claros. Por su parte, el orador sigue considerando útil este nuevo párrafo. En cuanto a las modificaciones de forma que se han señalado a propósito de este artículo, podrán ser examinadas por el Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2122.ª SESIÓN

*Miércoles 21 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*conclusión*)** (A/CN.4/410 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/415<sup>2</sup>, A/CN.4/422 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(*conclusión*)

EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS<sup>4</sup> EN SEGUNDA LECTURA (*conclusión*)

1. El Sr. OGISO (Relator Especial), continuando su resumen del debate, dice que un miembro ha apoyado la sugerencia del Gobierno australiano (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) de que se refundan los párrafos 1 y 2 del artículo 10. Es una cuestión de redacción y lo mejor sería remitirla al Comité de Redacción.

2. Algunos miembros han expresado dudas acerca de la aplicabilidad del nuevo párrafo 4 propuesto (A/CN.4/415,

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>2</sup> *Ibid*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31



párr. 107), que tiene su origen en una sugerencia del Gobierno de Tailandia. El objeto es limitar el efecto de una reconvencción contra un Estado extranjero. El artículo 10 aprobado se aplica a las reconvencciones contra un Estado extranjero que promueve un proceso o interviene en un proceso ante un tribunal de otro Estado. Los párrafos 1 y 2 del artículo especifican que si un Estado extranjero que tenga derecho a la inmunidad promueve un proceso o interviene en un proceso en el Estado del foro y se formula una reconvencción contra él, no gozará de inmunidad frente a esa reconvencción si la cuestión se deriva de la misma relación jurídica o de los mismos hechos que la demanda principal. Con arreglo al párrafo 4 propuesto, el efecto jurídico de la reconvencción contra el Estado extranjero se limitaría al monto de la demanda principal. Si el monto de la reconvencción excediera del de la demanda principal, el efecto jurídico de la reconvencción sería en la práctica una compensación. Sin embargo, si la demanda o la reconvencción son objeto de litigio, la evaluación de la demanda o de la reconvencción constituiría un factor de complicación. El orador no es un experto en la esfera de los litigios sobre demandas y está dispuesto a retirar la propuesta si hay una fuerte oposición a ella. No obstante, se puede citar como ejemplo el caso de un Estado extranjero A que promueve un proceso o interviene en un proceso en un tribunal del Estado del foro. El demandado B podría comprar entonces de varias fuentes deudas atribuibles al Estado A y usarlas para presentar una reconvencción contra el Estado A por un monto que excediera en mucho el de la demanda inicial de ese Estado. Su propósito ha sido impedir esa posibilidad con el nuevo párrafo 4, que requiere sin duda mejoras de redacción.

3. La mayoría de los miembros prefieren la expresión «Excepciones a» en el título de la parte III del proyecto, pero el orador sigue creyendo que la cuestión no debe decidirse hasta que se termine la segunda lectura, cuando el panorama quede mucho más claro. A este respecto, la interesante sugerencia del Sr. McCaffrey de que se modifique el título para que diga «Casos en los que la inmunidad del Estado no puede ser invocada ante un tribunal de otro Estado» (2117.ª sesión, párr. 91), debe remitirse al Comité de Redacción.

4. Ha gozado de amplio apoyo su recomendación de que en la última parte del párrafo 1 del artículo 11 se sustituyan las palabras «se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza tal jurisdicción» por «el Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso basado en ese contrato mercantil». Algunos miembros no están de acuerdo con la noción de un vínculo jurisdiccional contenida en las palabras «en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado». Sobre ese punto mantiene su posición inicial, debido a las posibles diferencias entre los diversos Estados del foro sobre el derecho aplicable a los contratos mercantiles transnacionales. Se ha sugerido que se añada la condición «Salvo que se convenga en otra cosa», pero como la disposición de que se trata es fundamental, es muy deseable evitar toda desviación, sea mediante acuerdo bilateral o regional o mediante contrato por escrito. A su modo de ver, no hay normas de derecho internacional consuetudinario que exijan un nexo suficiente entre el contrato mercantil y la jurisdicción local. El requisito indicado en el párrafo 1 del artículo 7 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, es excesivamente estricto. Por consiguiente, a

los presentes efectos basta con decir que el tribunal local generalmente tiene sus propias normas ordinarias sobre jurisdicción con respecto a un contrato mercantil concertado entre un nacional y una persona o entidad extranjera.

5. El orador no pone objeciones a la sugerencia del Sr. Al-Qaysi de que la disposición de un contrato mercantil en el sentido de que se ha de regir por el derecho de otro Estado no se ha de considerar sometimiento a la jurisdicción del tribunal de ese Estado. Esa sugerencia debe ser considerada por el Comité de Redacción en relación con el artículo 11 o bien con el artículo 8.

6. El nuevo artículo 11 *bis*, relativo a los bienes de Estado separados (A/CN.4/415, párr. 122), que el orador ha propuesto en respuesta a las observaciones de la URSS y de la República Socialista Soviética de Bielorrusia, ha suscitado algunas preguntas. La petición de aclaración del concepto «empresa estatal» ha sido atendida en gran parte durante el debate por el Sr. Barsegov (sesiones 2116.ª y 2117.ª) y el Sr. Graefrath (2120.ª sesión). Como Relator Especial, tratará de formular alguna definición general de «empresa estatal» y de «bienes de Estados separados» sobre la base de la Ley de Empresas Estatales, de 1988, de la Unión Soviética si se le facilita. Algunos miembros han criticado el uso de las palabras «en nombre del Estado» por el hecho de que las empresas estatales concertarán contratos mercantiles en su propio nombre con un nacional de otro Estado o con una empresa extranjera. Habida cuenta de las explicaciones dadas en el curso del debate, el orador conviene en que es preferible suprimir esas palabras.

7. Algunos miembros han hecho referencia a la dificultad de separar a una empresa estatal del propio Estado y el orador espera que el estudio del derecho soviético sobre las empresas estatales contribuirá a aclarar ese problema. El Sr. Al-Baharna (2119.ª sesión, párr. 1) ha hecho una interesante propuesta de un nuevo título para el artículo 11 *bis*, a saber, «Empresas estatales». Algunos miembros han expresado dudas acerca de la necesidad de incluir el artículo 11 *bis*. Esta cuestión está relacionada con la definición del término «Estado» en el nuevo proyecto de artículo 2, relativo a los términos empleados. En opinión del orador, se debe proseguir la investigación con miras a someter los materiales necesarios al Comité de Redacción para que considere varias opciones, incluida la formulación de definiciones de «empresa estatal» y de «bienes de Estados separados».

8. Se han hecho dos propuestas de textos similares al artículo 11 *bis*, una del Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y la otra del Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1), que serán remitidas al Comité de Redacción junto con la propuesta del orador. En esas dos propuestas se subraya que una empresa estatal es una entidad jurídica separada del Estado. En consecuencia, no puede promoverse un proceso contra el Estado con respecto a un contrato mercantil concertado por la empresa estatal. Si tal proceso se inicia, el Estado puede invocar su inmunidad. Varios miembros han considerado útiles las dos propuestas, pero han opinado que requieren ser examinadas más a fondo. En particular, algunos han expresado dudas en cuanto a la inclusión de la práctica de los países socialistas en un instrumento destinado a la comunidad internacional en general. Sobre esa cuestión de la aplicabilidad general del artículo 11 *bis*, otros han pedido un estudio cuidadoso y detallado de las consecuencias jurídicas para los países en desarrollo.

9. Dos miembros han considerado que el artículo 12 es necesario mientras que otros dos lo han juzgado superfluo. Algunos miembros han apoyado su recomendación de suprimir los apartados *a* y *b* del párrafo 2 (A/CN.4/415, párr. 132), pero otros se han opuesto a su supresión. En realidad, el artículo 12, aprobado después de declarar en el párrafo 1 la no aplicación de la inmunidad del Estado con respecto a los contratos de empleo en general, reactiva en gran parte esa inmunidad en los apartados *a* a *e* del párrafo 2. En particular, el apartado *b* del párrafo 2 reduce la posibilidad de aplicar el derecho laboral local sustrayendo a la aplicación del párrafo 1 «la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato», haciendo con ello muy difícil proteger la posición del empleado en virtud de ese derecho. Conviene señalar que ni el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, ni la *State Immunity Act 1978* del Reino Unido contienen disposiciones comparables. En un caso reciente juzgado por el tribunal de distrito de Tokio, una empleada japonesa de la Comisión de las Comunidades Europeas inició un proceso contra su empleador para la anulación de su despido. La empleada había tratado de obtener una orden temporal para el pago del salario, pero el empleador había objetado que si el tribunal emitía tal orden violaría la inmunidad de ejecución estipulada en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961. En su fallo, dictado en 1982, el tribunal decidió que la Comisión de las Comunidades Europeas había renunciado a su inmunidad especificando en el contrato de empleo que el derecho japonés era el derecho aplicable al contrato. En cuanto al fondo, el tribunal consideró que el despido era razonable habida cuenta del contrato de empleo que preveía el empleo a prueba o el empleo temporal de la demandante. Como ha señalado el Sr. Graefrath, un Estado extranjero no puede ser obligado por el Estado del foro a emplear a un determinado individuo. A fin de atender esta observación debe suprimirse la palabra «contratación» del apartado *b* del párrafo 2.

10. En su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 22), el orador señaló que debía considerarse de nuevo el alcance del artículo 13. Algunos miembros han sugerido que este artículo se suprima, unos porque los casos pertinentes son muy pocos, otros porque las situaciones previstas en el artículo se rigen por acuerdos bilaterales o por otros tratados internacionales. Un miembro ha señalado que las lesiones a las personas o los daños a los bienes normalmente serán asegurable y otro que la única base jurídica real del artículo reside en la reciente legislación de un número muy pequeño de países.

11. Con referencia a la cuestión de la responsabilidad de los Estados, se ha dicho que la atribución de un acto u omisión a un Estado prejuzgaría la cuestión de la responsabilidad de los Estados y, por consiguiente, debería aclararse el alcance del artículo 13. Al respecto, se ha señalado que un posible alcance del artículo se relaciona con cierta área de actividad atribuible al Estado extranjero y que el límite a que un tribunal nacional puede llegar en esa área tiene que elaborarse mucho más. Varios miembros han apoyado, no obstante, la idea de mantener el artículo, puesto que su objeto es permitir el desarrollo normal del procedimiento y proporcionar amparo a una persona que sufra daños físicos como consecuencia de la acción de un Estado extranjero en el Estado del foro.

12. Un medio de soslayar las dificultades que se derivan del artículo 13 podría ser limitar su alcance a los accidentes de circulación, como el orador ha sugerido ya. Con respecto al llamado «requisito de presencia» se ha instado a que se mantenga la frase «y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o de la omisión», como también ha sugerido, porque el artículo 20 no trata de casos de daño transfronterizo. El orador tiene una posición flexible sobre este punto. El nuevo párrafo 2 propuesto (A/CN.4/415, párr. 143) ha sido criticado como innecesario, pero no se han dado razones. En todo caso, será necesario examinar más a fondo el artículo con respecto a la cuestión básica de su relación con la responsabilidad del Estado. A la luz de la diversidad de opiniones expresadas sobre el tema, el orador desearía no hacer nuevos comentarios hasta el próximo período de sesiones.

13. Su recomendación de que se reconsideren los apartados *c*, *d* y *e* del párrafo 1 del artículo 14 ha obtenido considerable apoyo. A este respecto se ha afirmado que no existe vínculo entre los bienes mencionados en los apartados *b*, *c*, *d* y *e* del párrafo 1 y el Estado del foro. La observación es válida quizá por lo que respecta a los apartados *c*, *d* y *e*, pero el orador tiene dudas con respecto al apartado *b*. Algunos miembros han sugerido que se suprima el párrafo 2 porque podría estar en contradicción con el párrafo 3 del artículo 7. También se ha dicho que la palabra «interés» podría sustituirse por un término más adecuado. Ambas propuestas se remitirán al Comité de Redacción.

14. Algunos miembros están en favor de mantener el artículo 16 mientras que otros han discutido su utilidad. El orador preferiría hacer comentarios sobre el tema después de escuchar otras opiniones.

15. El artículo 17 reitera una norma establecida de la inmunidad soberana y la única cuestión se refiere a la necesidad de utilizar una expresión más general en el apartado *b* del párrafo 1, cuestión que puede examinarse en el Comité de Redacción.

16. Todos los miembros salvo dos han apoyado su recomendación de que se suprima el término «no gubernamental» en los párrafos 1 y 4 del artículo 18. El Sr. Mahiou (2119.ª sesión) ha dicho que existe una clara diferencia entre las expresiones «comercial [no gubernamental]» y «gubernamental no comercial», sugiriendo que puede considerarse que en el contexto del artículo 18 la primera expresión abarca el caso del servicio «comercial pero también gubernamental». No obstante, este razonamiento ha sido criticado por tener consecuencias jurídicas excesivamente complejas. Otro punto que hay que destacar en relación con el artículo 18 es que algunos miembros convienen con su sugerencia (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 31 al final) de que la cuestión de la inmunidad de las aeronaves propiedad del Estado o explotadas por él se resuelva con arreglo a los acuerdos internacionales vigentes. Además, el párrafo 6 del artículo parece prestarse a interpretaciones erróneas: podría interpretarse que se aplica únicamente a los buques, siendo así que en realidad el Estado puede naturalmente aducir todas las medidas de defensa de que disponen los particulares con respecto a los bienes distintos de los buques. Debido a esa posible interpretación errónea propone que se elimine el párrafo.

17. A su juicio, la Comisión ha tendido a atribuir demasiada importancia a la elección entre las expresiones «contrato mercantil» y «negocio civil o mercantil» en el artículo 19. El alcance del arbitraje y de la renuncia a la inmunidad del Estado resultante de un acuerdo de arbitraje depende del contenido del acuerdo de que se trate. La Comisión debe centrar su atención en el alcance de la renuncia a la inmunidad por parte de un Estado extranjero con respecto a los acuerdos de arbitraje, que podría llegar a desempeñar un papel de creciente importancia para resolver las diferencias derivadas de diversas actividades transnacionales. Con respecto a su propuesta de añadir un nuevo apartado *d* que diga «el reconocimiento del laudo», ha habido división de opiniones. El problema de determinar el lugar adecuado del apartado podría resolverse llegando a un acuerdo en el sentido de que no ha de interpretarse que implica la renuncia a la inmunidad respecto de la ejecución.

18. En un principio recomendó que el artículo 20 se mantuviera sin cambios, y lo hizo simplemente porque había quedado casi intacto en la primera lectura. Naturalmente, si la mayoría de los miembros apoyan su supresión se atenderá a sus deseos. Por otra parte, es reacio a aceptar la sugerencia de que el artículo, que después de todo sólo es una cláusula general de reserva, se coloque entre las provisiones introductorias; el tema del artículo 20 no es el principal tema del proyecto, y dar al artículo una posición más destacada podría inducir a error.

19. Un miembro ha sugerido que el artículo 21 se formule de nuevo a tenor del artículo 23 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, con el fin de reflejar de manera más explícita el principio de la inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas. Otro miembro ha sugerido que el artículo se formule como una disposición general y no como una excepción y ha apoyado también la inclusión de una disposición que haga obligatorio para los Estados acatar los fallos definitivos de los tribunales dictados contra ellos sobre la base de la futura convención. El orador examinará más a fondo estas sugerencias. Ha habido discrepancia de opiniones sobre la cuestión de la supresión de la frase «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido» que figura entre corchetes, y también del término entre corchetes «no gubernamentales» en el apartado *a*. Además se ha sugerido que las palabras «en que tenga un interés jurídicamente protegido» se sustituyan por las palabras «a los cuales tenga un derecho efectivo». Espera que en el próximo período de sesiones se formulen más comentarios sobre la cuestión de eliminar la frase «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso» en el apartado *a*, y sobre la posibilidad de agregar la frase «salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa» al principio del artículo como una alternativa.

20. Su recomendación de omitir la frase entre corchetes en el párrafo 1 del artículo 22 ha encontrado apoyo; sin embargo, un miembro ha sugerido que se utilicen las palabras «derecho efectivo» en lugar de «interés jurídicamente protegido», mientras que otro ha propuesto un nuevo texto para el artículo 22 como consecuencia de su propuesta de enmienda al artículo 21.

21. En cuanto al artículo 23, el orador propuso en su informe preliminar (A/CN.4/415, párr. 240) un párrafo 2 enmendado con la intención de excluir de las medidas

coercitivas algunas de las clases de bienes mencionadas en el párrafo 1. Sin embargo, en su segundo informe ha apoyado el texto aprobado del párrafo 2, que también ha sido apoyado por dos miembros. Dos miembros han mostrado su desacuerdo con la idea de añadir las palabras «que correspondan a fines monetarios» al final del apartado *c* del párrafo 1 aduciendo que toda cuenta bancaria, incluidas las cuentas de un banco central, se crean con fines monetarios y que la adición propuesta daría lugar a confusión. Su opinión sobre este punto es que normalmente se presume que las cuentas de un banco central se crean con fines monetarios y que esas cuentas gozan de inmunidad de ejecución a menos que se destinen o se utilicen con fines comerciales.

22. El texto enmendado que ha propuesto para el artículo 24 (*ibid.*, párr. 248) ha sido considerado aceptable por dos miembros, que, no obstante, sugieren la eliminación de las palabras «de ser necesario» en el párrafo 3. Los mismos miembros proponen también que se supriman esas palabras en el párrafo 2 del artículo 25 y uno de ellos ha sugerido además que el párrafo 1 del artículo 25 se revise por razones de prudencia a fin de evitar que un tribunal pueda dictar un fallo en rebeldía sin determinación de la competencia y del derecho de accionar basado en pruebas por parte del demandante. Con respecto al mismo párrafo otro miembro ha señalado que no se debe presumir que los documentos se han recibido.

23. Uno de los miembros que se oponen a su propuesta de que se modifique el párrafo 2 del artículo 27 de manera que se aplique únicamente al Estado demandado ha afirmado que la limitación propuesta disuadiría a los Estados de incoar procedimientos como demandantes.

24. Se ha mantenido que el artículo 28 no trata realmente de la cuestión de la discriminación. La necesidad del artículo 28 en su conjunto y especialmente del párrafo 2 se ha examinado en relación con la posible supresión de la frase entre corchetes del artículo 6 «y en las normas pertinentes del derecho internacional general». Algunos miembros han dicho que el artículo 28 debe mantenerse si la frase en cuestión se suprime en el artículo 6, mientras que otros han dudado de la conveniencia de incluir el artículo 28, temiendo que una aplicación restrictiva basada en la reciprocidad conduzca a desviaciones de la futura convención y menoscabe la finalidad de la codificación. Un miembro ha señalado también que, como casi todas las disposiciones del proyecto relativas a excepciones comienzan con las palabras «Salvo que los Estados convengan en otra cosa», el artículo 28 no es necesario. Evidentemente, se necesita un nuevo intercambio de opiniones, especialmente en cuanto a los efectos jurídicos del artículo 28.

25. Finalmente, el orador propone que la Comisión remita los artículos 1 a 11 *bis* al Comité de Redacción, en la inteligencia de que la Comisión abordará los artículos 12 a 28 como primer tema de examen en el próximo período de sesiones, con miras a remitirlos al Comité de Redacción en ese momento.

26. El Sr. REUTER, apoyado por el Sr. McCaffrey, dice que en general acepta esa propuesta, pero se pregunta si la línea divisoria no debe trazarse en el artículo 11 y no en el nuevo artículo 11 *bis*. La Comisión todavía no ha tenido tiempo de examinar los muy interesantes textos propuestos por los Sres. Barsegov y Shi para el artículo 11 *bis*.

27. El PRESIDENTE señala que sería difícil disociar el artículo 11 *bis* del resto de los artículos que se remitan al Comité de Redacción porque guarda estrecha relación con el artículo 2.

28. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que está dispuesto a aceptar la propuesta del Relator Especial en la inteligencia de que toda decisión del Comité de Redacción sobre el artículo 11 *bis* será provisional y que la Comisión lo examinará de nuevo en el próximo período de sesiones.

29. El PRESIDENTE asegura a los miembros que así será.

30. El Sr. NJENGA, apoyado por el Príncipe AJIBOLA y el Sr. BENNOUNA, sugiere que el nuevo artículo 6 *bis*, que no fue examinado en primera lectura y respecto del cual no se ha manifestado apoyo alguno en la Comisión, no se remita al Comité de Redacción.

31. El Sr. REUTER dice que se opone en principio a eliminar cualquier texto que se haya examinado en la Comisión.

32. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que desapruueba la tendencia a asignar al Comité de Redacción cuestiones que son propias de la Comisión.

33. Después de un debate en el que participan el Sr. KOROMA, el Príncipe AJIBOLA y el Sr. AL-BAHARNA, el PRESIDENTE sugiere que se remitan al Comité de Redacción los artículos 1 a 11 para su segunda lectura, junto con los nuevos artículos 6 *bis* y 11 *bis* propuestos por el Relator Especial. La Comisión examinará los artículos 12 a 28 a comienzos del próximo período de sesiones.

*Así queda acordado.*

34. El Sr. KOROMA, refiriéndose a la primera parte del resumen del Relator Especial en la sesión anterior, dice que desea que conste en acta que al defender un enfoque más universal no ha criticado el enfoque adoptado por el Relator Especial por basarse en los fallos de una determinada región. Su tesis es que no es aconsejable que el proyecto de artículos se base en fallos que no sean universalmente aceptados. En cuanto a su sugerencia en el sentido de que el proyecto comprenda una disposición basada en el principio *rebus sic stantibus*, no tiene opinión alguna con respecto a los posibles abusos de ese principio mencionados por el Relator Especial, pero sigue creyendo que el principio tiene firmes fundamentos jurídicos reconocidos por casi todos los tratadistas modernos de derecho internacional. Debe recogerse en el proyecto como uno de los principios con arreglo a los cuales puede invalidarse un contrato mercantil.

#### **Responsabilidad de los Estados (continuación\*) (A/CN.4/416 y Add.1<sup>5</sup>, A/CN.4/L.431, secc. G)**

[Tema 2 del programa]

#### ***Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos<sup>6</sup>***

#### **INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)**

ARTÍCULO 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y

ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)<sup>7</sup> (continuación)

35. El Sr. AL-BAHARNA da las gracias al Relator Especial por su erudito informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), en el que propone nuevos artículos sobre la cesación y la restitución en especie, sobre la base de la doctrina jurídica y de la práctica de los Estados.

36. La cesación plantea tres cuestiones: ¿cuáles son el alcance y la naturaleza de la cesación? En la etapa contemporánea del derecho internacional, ¿es posible prescribir esa obligación? ¿Cuál es su relación con la reparación?

37. El término «cesación» no es un término técnico y por consiguiente requiere una definición. La cesación como recurso destinado a poner fin a las consecuencias de un acto internacionalmente ilícito parece ser equiparada por el Relator Especial a la discontinuación (*ibid.*, párr. 29). Pero, a juicio del Relator Especial, la discontinuación incluye lo que denomina actos ilícitos «por acción» y «por omisión». El alcance de la cesación se aclara así:

[...] En el caso de los hechos ilícitos por acción, la cesación consistirá en la obligación (negativa) de «dejar de hacer» o de «no seguir haciendo». [...] En el caso de los hechos ilícitos por omisión, la cesación debe abarcar la obligación, no cumplida todavía por el Estado autor, «de hacer» o «de hacer de una manera determinada». [...] (*Ibid.*, párr. 58.)

38. Aunque el término «cesación» no parece denotar el doble sentido que el Relator Especial le atribuye, no hay ningún obstáculo jurídico particular en darle esas connotaciones. En los sistemas jurídicos nacionales que el orador conoce, el recurso de «*injunction*» comprende ambas cosas, «abstenerse de hacer» y «realizar un determinado acto o hacer una determinada cosa». No obstante, que el término «cesación» se haya utilizado en un doble sentido en la teoría internacional y en la práctica de los Estados es otra cuestión.

39. El derecho internacional contemporáneo no parece haberse desarrollado hasta el punto de reconocer la obligación de cesación de un hecho ilícito en el sentido de «hacer» o «hacer de una manera determinada». Como ha señalado Gunnar Lagergren, árbitro único en el asunto *BP Exploration Company (Libya) Limited c. Government of the Libyan Arab Republic*, «el análisis de casos demuestra también que la responsabilidad que recae sobre una parte que ha incumplido la obligación de realizar una acción especificada en el contrato es la de pagar una indemnización» (*ibid.*, párr. 46). Probablemente los Estados recurren a la indemnización porque es más práctico hacerlo así. Pero puede haber situaciones en que el recurso para la

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35.º y 37.º, figuran en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte —artículos 6 a 16— remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36.º y 37.º, *ibid.*, pág. 21, nota 66.

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto («Modo de “hacer efectiva” la responsabilidad internacional y solución de las controversias») fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

<sup>7</sup> Para el texto, véase 2102.ª sesión, párr. 40.

\* Reanudación de los trabajos de la 2105.ª sesión.

<sup>5</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>6</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

obtención de una indemnización por daños sea inútil o insuficiente, como en el caso de detención ilícita de nacionales de un Estado lesionado. En consecuencia, el derecho internacional debe desarrollarse para cubrir tal eventualidad. Esa es la ventaja de la propuesta de que se incluyan los hechos «por omisión» en el concepto de «cesación», que merece ser examinada y posiblemente apoyada. En cuanto a si los Estados cumplirán la obligación postulada en ausencia de mecanismos institucionales en la esfera internacional, es una cuestión que afecta a todo el derecho internacional y no solamente a la regla postulada; aun así vale la pena examinarla.

40. Cesación y reparación son lógicamente distintas, aunque en algunos casos pueden estar íntimamente relacionadas. En el derecho interno ciertamente son distintas. El Relator Especial está desarrollando al parecer el derecho internacional sobre la base de la analogía. Tal enfoque tiene amplios fundamentos, incluido el laudo sobre el asunto *Fundición de Trail (Trail Smelter)* citado por el Relator Especial (*ibid.*, nota 65). El orador apoya la declaración del Relator Especial de que «los dos recursos o bien están separados de hecho o bien figuran en combinación, pero cabe en todo caso distinguirlos» (*ibid.*, párr. 52).

41. Considerando la necesidad de normas y procedimientos para fortalecer el orden jurídico internacional, apoya el esfuerzo del Relator Especial por desviarse de su predecesor al proponer un nuevo artículo 6 de la segunda parte del proyecto con el título «Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo», con sujeción a dos reservas: *a)* que la obligación de abstenerse de los hechos ilícitos o de actuar en conformidad con las obligaciones del derecho internacional debe redactarse de una manera más precisa; y *b)* que el término «cesación» debe sustituirse por «discontinuación» o por una mejor opción.

42. El Relator Especial ha propuesto un texto para el nuevo artículo 7, relativo a la restitución en especie, que en algunos aspectos parece ser ingenioso y en otros polémico. El principal asunto relativo al tema, el de la *Fábrica de Chorzow*<sup>8</sup>, sentó los principios del derecho con relación a la reparación. Dos puntos parecen desprenderse de ese caso: en primer lugar, que el objeto de la reparación es borrar en la medida de lo posible todas las consecuencias de un hecho ilícito restableciendo la situación que habría existido si no se hubiese cometido el acto ilícito; y en segundo lugar, que si no es posible hacerlo así debe otorgarse indemnización con o sin daños y perjuicios. Pero como Eduardo Jiménez de Aréchaga, ex magistrado de la CIJ, dijo: «aunque la restitución en especie sigue siendo la forma básica de reparación, en la práctica y en la gran mayoría de los casos la compensación monetaria ocupa su lugar»<sup>9</sup>.

43. La Comisión debe tener en cuenta, pues, las exigencias prácticas al formular las normas aplicables y al orador le complace ver que el Relator Especial ha adoptado un enfoque flexible con respecto a los recursos que puede utilizar el Estado lesionado. El Relator Especial tiene razón al sostener la opinión (*ibid.*, párr. 117) de que el recurso prescrito debe corresponder al daño, para seguir afirmando

(*ibid.*, párr. 126) que debe tenerse presente el principio de la proporcionalidad entre el daño y la reparación al formular la norma de la restitución en especie.

44. Sobre la base de esos principios puede verse que el proyecto de artículo 7 está bien concebido. No obstante, requiere un examen más a fondo, especialmente el apartado *b* del párrafo 1 y el apartado *b* del párrafo 2.

45. El apartado *b* del párrafo 1 sugiere que no es necesaria la restitución en especie si se violara una norma imperativa de derecho internacional general. Tal disposición haría problemática e indefinida la aplicación de la restitución en especie. La especificación de normas imperativas de derecho internacional general es polémica y la redacción de tal norma sobre la responsabilidad de los Estados es de dudosa validez. Por consiguiente, el orador se pregunta si hay alguna razón para conservar ese apartado.

46. En cuanto al apartado *b* del párrafo 2, que trata de las circunstancias atenuantes que se derivan del «sistema político, económico y social del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito», el orador duda de que esa propuesta tenga el apoyo de los principios o de la práctica de los Estados. La afirmación de Anzilotti, citada por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 98), en el sentido de que «puede haber obstáculos de naturaleza interna que los Estados estén dispuestos a tener en cuenta para reemplazar la restitución en especie por la compensación», no sirve de apoyo autorizado a este respecto. Anzilotti se refería a la contingencia de que los Estados tomasen en consideración los obstáculos de carácter interno al elegir un recurso u otro, pero esa afirmación no puede interpretarse en el sentido de que un «sistema político, económico o social» pueda ser un factor atenuante.

47. Además, dado que un Estado, en virtud del derecho internacional, no puede eludir la responsabilidad internacional invocando su derecho interno, es discutible que sea realmente necesario conservar el párrafo 3; podría muy bien suprimirse.

48. En lo que respecta al párrafo 4, relativo a la reparación por equivalencia, el orador preferiría una formulación mucho más simple que, al igual que el fallo en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*, se refiriera *a)* a la compensación, y *b)* a los daños, y los tratasen en un artículo aparte bajo el título genérico de «indemnización pecuniaria».

49. En general, el artículo 7 podría mejorarse mediante cambios de redacción. Por ejemplo, el orador preferiría la expresión en latín *restitutio in integrum* a «restitución en especie» y desearía también que las palabras «excesivamente onerosa» y «reparación por equivalencia» se sustituyeran por expresiones más adecuadas.

50. El Sr. BENNOUNA agradece mucho al Relator Especial su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), que está bien documentado y da muestras de una gran erudición y sutileza. Está de acuerdo con todas las observaciones técnicas presentadas por el Relator Especial, aunque a veces difiere de él con respecto a cuestiones de enfoque y a las distinciones trazadas.

51. El Relator Especial sugirió un esquema para la segunda parte del proyecto (*ibid.*, párr. 20). Es de lamentar no obstante que el artículo 19 de la primera parte sirva de base para el resto del proyecto, pues cree que complicará considerablemente la codificación y el desarrollo progresi-

<sup>8</sup> Véase 2105.ª sesión, nota 5.

<sup>9</sup> E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», *Manual of Public International Law*, M. Sorensen, ed., Londres, Macmillan, 1968, pág. 567.

vo del derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados. Ese artículo es una típica proyección intelectual basada en categorías del derecho penal que no guardan absolutamente ninguna relación con las realidades internacionales y creará dificultades en relación con el castigo de diversos crímenes y delitos. Pueden ya observarse tendencias peligrosas en el informe (*ibid.*, párr. 15), donde el Relator Especial introduce una nueva categoría de delitos, a saber, los «de especial gravedad». Es de suponer que esos delitos exigirán formas de castigo especialmente graves y, sin embargo, resulta difícil creer que la Comisión pueda lograr este propósito cuando el Consejo de Seguridad no ha conseguido imponer tales castigos. El Relator Especial ha señalado acertadamente (*ibid.*, párr. 16) que su sugerencia no implica un intento de tomar posición en cualquiera de las cuestiones prácticas o teóricas que plantea el tratamiento de los delitos y crímenes.

52. La distinción entre cesación de un hecho internacionalmente ilícito y restitución en especie es totalmente artificial, tanto desde el punto de vista teórico como en sus consecuencias prácticas. Al comienzo de su exposición, el Relator Especial indica que la cesación ha de adscribirse a la acción permanente y normal de la norma primaria (*ibid.*, párr. 31). Sin embargo, hacia el final llega a la conclusión de que una norma relativa a la cesación puede concebirse muy bien como una disposición situada «entre» las normas primarias y secundarias (*ibid.*, párr. 61).

53. El único caso que el Relator Especial puede citar en apoyo de la distinción propuesta entre cesación y restitución en especie afecta a la detención ilícita de los nacionales de un Estado: el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*<sup>10</sup>. Sin embargo, el ejemplo no es en modo alguno convincente, pues las medidas dictadas por la CIJ para resolver el asunto no son medidas de cesación, sino simplemente de restitución en especie. Se ordenó al Gobierno del Irán que restituyera los locales de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán, que liberara a todos los nacionales norteamericanos y que reconociera sus privilegios e inmunidades.

54. Prosiguiendo su exposición, el Relator Especial mantiene (*ibid.*, párr. 57) que ninguna de las dificultades que podrían obstaculizar o impedir la restitución en especie es de tal índole que afecte a la obligación de poner fin al comportamiento ilícito. En otros términos, las excepciones permisibles a la restitución en especie no se aplican en su totalidad a la cesación. Pero las obligaciones con respecto a la cesación son en muchos casos las mismas que las relativas a la restitución en especie. En consecuencia, si se introduce un artículo sobre la cesación en el proyecto, todas las excepciones a la aplicación de la restitución en especie previstas en el nuevo proyecto de artículo 7 quedarán desprovistas de sentido. En términos prácticos, un Estado haría mejor en solicitar medidas de cesación —a las que no se permiten excepciones— que en solicitar restitución en especie. Si un juez cree que se está cometiendo un acto ilícito puede imponer medidas provisionales en espera de un fallo definitivo. Una vez que el fallo se dicte no habrá necesidad de cesación, pues se preverá la restitución en especie o la indemnización. Por consiguiente, no hay necesidad de interponer medidas de cesación entre las medidas provisionales y la restitución en especie o indemnización. El nuevo proyecto de artículo 6 sobre

la cesación, por tanto, no cumple ninguna finalidad útil; de hecho, en lugar de aclarar las cosas, sólo aumenta la confusión. En cuanto al artículo 7, sobre la restitución en especie, está redactado admirablemente.

55. El Sr. AL-QAYSI, elogiando al Relator Especial por su excelente informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), dice que, en conjunto, está de acuerdo con las propuestas de esquema para las partes segunda y tercera del proyecto (*ibid.*, párr. 20). Estas propuestas incluyen dos puntos, de los cuales el Relator Especial tiene la intención de apartarse del esquema previsto por la Comisión anteriormente.

56. El primer punto se refiere a la necesidad de hacer una distinción entre las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales y las de los crímenes internacionales, y los convincentes argumentos aducidos por el Relator Especial a este respecto (*ibid.*, párrs. 10 a 15) reflejan un enfoque claro y pragmático que merece una aprobación unánime.

57. Está de acuerdo con el Sr. Graefrath (2104.ª sesión), quien aun reconociendo que la distinción entre consecuencias sustantivas y formales no es absoluta, no puede aceptar la idea de que la reparación sea considerada como una consecuencia sustantiva y el derecho de tomar represalias como una consecuencia de procedimiento en cuanto que sirve para lograr la cesación, la reparación y las garantías contra la repetición. No obstante, el informe parece no contener indicación alguna que sugiera que el Relator Especial hace tal categorización. Por ejemplo, el Relator Especial dice que «en cierto sentido, se considera que las medidas son esencialmente formales», pero sólo «en comparación con el papel sustancial que desempeñan las diversas formas de reparación (y de cesación)» (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 14). Al parecer, el Relator Especial pensaba en el tipo de disposición propuesta por su predecesor en los artículos 1 a 3 de la tercera parte, en particular habida cuenta de su explicación respecto al uso del término «sustancial» (*ibid.*, nota 11).

58. El segundo punto del que el Relator Especial tiene la intención de apartarse del esquema anterior es su sugerencia de que el contenido de la tercera parte se considere en función más bien del arreglo pacífico de las controversias que de la forma de «hacer efectiva» la aplicación; la justificación es que la aplicación abarca las medidas y cualesquiera obligaciones que correspondan al Estado o Estados lesionados como condición para recurrir lícitamente a las medidas. Puede estar de acuerdo con esa sugerencia, al menos por el momento. En consecuencia, como ha sugerido el Sr. Calero Rodríguez (2103.ª sesión), los artículos 1 a 3 de la tercera parte propuestos por el anterior Relator Especial deben incorporarse a la segunda parte en la forma apropiada.

59. El nuevo proyecto de artículo 6 de la segunda parte es a la vez más conciso y más satisfactorio que el texto correspondiente del proyecto de artículo presentado por el Relator Especial anterior. Al orador le han convencido plenamente los argumentos expuestos en el informe (A/CN.4/416 y Add.1, párrs. 39 a 60) en el sentido de que la cesación debe ser objeto de una disposición expresa y debe distinguirse más claramente de las disposiciones relativas a otros aspectos de las consecuencias de violaciones del derecho internacional. Por lo tanto, no está de acuerdo con el Sr. Barboza (2102.ª sesión) en que las opiniones del Relator Especial introducirán una fisura conceptual en

<sup>10</sup> Véase 2104.ª sesión, nota 7.



la distinción entre normas primarias y secundarias. Según el Relator Especial, la cesación «se debe adscribir [...] a la acción permanente y normal de la norma primaria» y no a la aplicación de la norma secundaria (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 31). La opinión del Sr. Barboza ciertamente se justificaría si no fuese por lo que se dice en el informe: «Si bien con arreglo a lo anterior la cesación queda fuera del ámbito de la reparación y de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito en sentido estricto, es, no obstante, una de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito en sentido amplio» [...] y además «la cesación no es irrelevante ni siquiera desde el punto de vista de las consecuencias del hecho ilícito y de la reparación en sentido estricto» (*ibid.*, párr. 32).

60. El nuevo artículo 6 debe permanecer donde está, en el capítulo II de la segunda parte, pese al vínculo entre cesación y la norma primaria. El orador adopta esa opinión por las mismas razones dadas por el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párr. 55), en las cuales se han apoyado algunos miembros para afirmar que el artículo debe incluirse en el capítulo I, sobre principios generales. El objeto de ese razonamiento es demostrar la necesidad de una disposición independiente sobre cesación, aunque sólo sea eso. La cesación es una consecuencia de la conducta ilícita; sin esa conducta no habría necesidad de cesación. Al mismo tiempo, si bien la cesación es independiente de otras consecuencias, dada su relación con la obligación original incumplida, no deja de guardar relación con esas consecuencias porque tiene el carácter de un preludio. A este respecto, el Relator Especial ha subrayado que una disposición sobre cesación no debe excluirse «por consideraciones de carácter teórico», dado que la distinción entre normas primarias y secundarias es en sí misma relativa y que «de ello se desprende que se podría concebir una norma sobre la cesación como una disposición situada, por así decirlo, “entre” las normas primarias por una parte y las normas secundarias por la otra» (*ibid.*, párr. 61).

61. Los aspectos doctrinales del debate suscitan otras dos observaciones. Primera, si es posible hablar de cesación en relación con los hechos ilícitos «por omisión». Algunos miembros sostienen que no, considerando acertadamente que la actuación específica es importante en tales casos. También es verdad, no obstante, que los actos por omisión pueden corresponder a la categoría de actos ilícitos de carácter continuo, como explica el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 42 y 43). Teniendo presente que realización específica y cesación se refieren a la obligación primaria, ¿no es el factor determinante el carácter continuo del acto ilícito?

62. Su segunda observación se refiere a la «fase inicial» en relación con el momento de una demanda de cesación (*ibid.*, párr. 38). Si bien está de acuerdo con el Sr. Mahiou (2103.ª sesión) en que el problema subyacente es un problema de prevención, se trata de la prevención de la terminación de un acto ilícito, no de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, que corresponde a otro tema del programa de la Comisión.

63. Al igual que el Sr. Razafindralambo (2102.ª sesión), considera que el texto del artículo 6 debe ponerse en consonancia con el del artículo 25 de la primera parte del proyecto. El texto enmendado, que implicaría el uso de la expresión «un acto u omisión que se extienda en el tiempo», sería suficientemente amplio para abarcar actos u omisiones simples, compuestos o complejos.

64. Por lo que respecta al nuevo proyecto de artículo 7, el orador coincide plenamente con la afirmación del Relator Especial, en el sentido de que la restitución en especie «se coloca en primerísimo lugar respecto de cualquier otra forma de reparación *lato sensu* y, especialmente, respecto de la reparación por equivalente» (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 114). De los dos medios posibles de restitución —establecimiento del *statu quo ante* o establecimiento de la situación tal como hubiera sido de no haberse producido el hecho ilícito—, el orador prefiere el segundo. Concuerda con el concepto reconocido en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*, según el cual el Estado autor estaba obligado a «borrar» todas las consecuencias jurídicas y materiales de su acto ilícito (*ibid.*, nota 235). Por consiguiente, el daño debe remediarse de una manera «natural», «directa» e «integral» (*ibid.*, párr. 114).

65. El artículo 7 no indica qué significado debe atribuirse a la *restitutio*, como hacía el proyecto de artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial. Sin embargo, que se haya de criticar o no el artículo 7 por esa razón depende en gran medida de cómo se interprete el párrafo 4 y de cómo redacte el Relator Especial los artículos pertinentes sobre la reparación por equivalencia. No obstante, la indicación del significado de restitución en el proyecto contribuiría a disipar dudas, pues, como se señala en el informe, ello ofrecería «un concepto “integrado” de la restitución en especie en el cual se fusionan los elementos restitutivo y compensatorio» (*ibid.*, párr. 67). También daría cabida a la posición del Sr. Graefrath, que prefiere definir *restitutio* como el restablecimiento del *statu quo ante*, «que podría determinarse claramente sin perjuicio de cualquier indemnización por concepto de *lucrum cessans*» (2104.ª sesión, párr. 32).

66. El orador apoya plenamente los argumentos aducidos por el Relator Especial acerca del trato de los extranjeros (A/CN.4/416 y Add.1, párrs. 104 a 108 y 121 y 122). Aunque la *restitutio* se aplica a todos los actos ilícitos, no se aplica, por ejemplo, en situaciones de imposibilidad física o jurídica. Por consiguiente, es cierto que el proyecto de artículo 7 presentado por el anterior Relator Especial debe suprimirse.

67. La necesidad de prever la «imposibilidad material» como en el apartado a del párrafo 1 del artículo 7 es evidente por sí misma. La imposibilidad jurídica puede derivarse, por supuesto, del derecho internacional o del derecho interno; pero en el artículo sólo se trata de un tipo de imposibilidad jurídica, derivada del derecho internacional, en el apartado b del párrafo 1, a saber, cuando la restitución entraña la violación de una obligación nacida de una norma de *jus cogens*. El orador comparte las opiniones del Relator Especial a este respecto, pero el problema práctico que se toca en el informe (*ibid.*, párr. 87), a saber, cuando una obligación del Estado A de proporcionar *restitutio* al Estado B no es compatible con una obligación emanada de un tratado entre los Estados A y C, merece mayor reflexión. El problema no puede descartarse simplemente como un caso de imposibilidad de hecho más que de imposibilidad jurídica, puesto que su fuente se deriva de obligaciones en virtud del derecho internacional y no del derecho interno. Además, como ha señalado el Relator Especial, «los obstáculos jurídicos conforme al derecho nacional son, estrictamente hablando, obstáculos fácticos desde el punto de vista del derecho internacional» (*ibid.*, párr. 98). Tampoco basta en tal situación decir simplemente



te (*ibid.*, párr. 124) que incumbe al Estado A resolver la cuestión.

68. En cuanto a la posible derivación de la imposibilidad jurídica del concepto de jurisdicción interna, el orador apoya plenamente la idea del Relator Especial, explicada de manera tan convincente (*ibid.*, párr. 89), de desechar toda limitación a la *restitutio* sobre la base de ese concepto. Coincide plenamente también con las opiniones expuestas por el Relator Especial respecto a la derivación de la imposibilidad del derecho interno (*ibid.*, párr. 98).

69. Coincide también con el fondo de la tercera limitación a la *restitutio*, a saber, que sea excesivamente onerosa, expuesta en el apartado c del párrafo 1 del artículo 7, y es particularmente satisfactorio observar la interrelación entre esa limitación y el rechazo de la imposibilidad jurídica derivada del derecho interno, como se refleja en el párrafo 3. A este respecto, no alcanza a ver cómo es posible apoyarse en el artículo 33 de la primera parte del proyecto, relativa al estado de necesidad, como ha defendido el Sr. Calero Rodrigues (2103.ª sesión), en lugar de apoyarse en el criterio de que sea excesivamente onerosa. En virtud del artículo 33, el estado de necesidad es una circunstancia que excluye la ilicitud, lo que significa que el hecho internacionalmente ilícito nunca es completo, mientras que en virtud del apartado c del párrafo 1 del proyecto de artículo 7 el criterio de que sea excesivamente onerosa es una limitación a la obligación de proporcionar *restitutio* que no surgirá si no se da un acto internacionalmente ilícito completo.

70. Finalmente, el tema de la responsabilidad de los Estados ha estado en el programa de trabajo de la Comisión hace 40 años, incluidos los 9 dedicados a considerar la segunda parte del proyecto. Nada menos que 16 proyectos de artículos tiene ante sí actualmente el Comité de Redacción y se le van a enviar más. Aunque existen buenas razones para este estado de cosas, podría sin embargo generar nuevas críticas de la Comisión. El orador está convencido de que, con el Relator Especial al timón, la Comisión podrá hacer el vigoroso esfuerzo que se requiere para progresar.

71. El Sr. AL-KHASAWNEH expresa su reconocimiento al Relator Especial por su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), resultado de una minuciosa y acabada exposición que lo sitúa junto a los informes de sus predecesores.

72. Con respecto al método, no tiene dificultades en aceptar la sugerencia del Relator Especial de que se traten por separado las consecuencias de los delitos y de los crímenes internacionales. Aunque esa distinción puede ocasionar demoras y repetición, ello se compensará con la mayor precisión que pueda lograrse. Lo mismo puede decirse de la sugerencia del Relator Especial de dedicar exclusivamente la tercera parte del proyecto al arreglo de controversias y en consecuencia incorporar los artículos sobre la forma de «hacer efectiva» la responsabilidad (*mise en œuvre*) en la segunda parte. En definitiva, se trata quizá de una cuestión de gusto jurídico más que de una técnica establecida, y no se debe olvidar que *de gustibus non disputandum est*.

73. El Relator Especial ha hecho referencia a la cesación como la «Cenicienta» de la doctrina de las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos (*ibid.*, párr. 30),

y el informe preliminar del anterior Relator Especial<sup>11</sup> permite apreciar la oscuridad en que había caído esa «Cenicienta». Sin embargo, en 1984 surgió de la oscuridad para justificar la inclusión como párrafo a del proyecto de artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial, y el presente Relator Especial ha decidido ahora rescatar completamente a esa Cenicienta con su propuesta de un artículo aparte. Personalmente, el orador coincide en general con ese enfoque, que establece un vínculo lógico entre un recurso específico en la segunda parte y la correspondiente categoría de hechos ilícitos en la primera parte. Señala a ese respecto que la cesación ha sido clasificada aparentemente por Combacau y Alland entre las que denominan «obligaciones cuyo incumplimiento conduce a la sustitución de obligaciones primarias»<sup>12</sup>. Si incluir la cesación en un artículo aparte permite distinguir categorías más restringidas, es ésta una razón más para apoyar el enfoque del Relator Especial.

74. El alcance de un hecho ilícito de carácter continuo es, según la interpretación del Relator Especial, muy amplio. Por ejemplo, el Relator Especial dice que no está de acuerdo con la Comisión en que «el hecho del Estado como tal llega a su término a partir del momento en que ha tenido lugar la confiscación, aunque las consecuencias de ella sean duraderas» (*ibid.*, párr. 34) y mantiene que la cesación es aplicable en el caso de los hechos ilícitos por acción y por omisión, aunque admitiendo que la doctrina y la práctica predominantes no apoyan esa interpretación (*ibid.*, párr. 42).

75. Si se da al concepto de hecho ilícito de carácter continuo un amplio alcance, el efecto sería hacer coincidir la cesación y la restitución en tal medida que, a pesar de tratados como artículos separados, la distinción entre las dos sería artificial. Así lo confirman en cierto modo las opiniones de Balladore, Pallieri y Dominicé (*ibid.*, párr. 69), que sostienen que la *restitutio in integrum* no es una de las modalidades de la reparación y, como tal, una de las facetas de la nueva relación nacida como consecuencia del hecho ilícito, sino más bien un «efecto» continuo de la relación jurídica original. Aunque es una opinión minoritaria, no carece de fuerza. No obstante, el Relator Especial la descarta con las palabras: «La existencia de estas opiniones, aunque útil para preservar la idea de que la obligación original (y la norma en la que tiene su origen) sobrevive a la violación, tiene un efecto negativo sobre la distinción entre *restitutio in integrum* y la cesación del comportamiento ilícito» (*ibid.*, párr. 70). Y agrega: «La cesación y la restitución en especie deben mantenerse como dos recursos distintos contra la violación de las obligaciones internacionales». Uno se siente tentado a preguntar si la distinción no ha llegado a ser un fin en sí misma.

76. Otro inconveniente de dar un amplio alcance a la cesación es que podría confinar a la oscuridad a otro recurso —la realización específica—, pues parece que en el caso de los actos por omisión de carácter continuo la cesación es simplemente un nombre inapropiado para la realización demorada. En este punto coincide con el Sr. Barboza (2102.ª sesión).

<sup>11</sup> *Anuario* 1980, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/330.

<sup>12</sup> *Loc. cit.* (2103.ª sesión, nota 5), págs. 97 y 98.

77. Otra consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito es la nulidad que, al igual que la cesación, puede subsumirse en la *restitutio in integrum*, pero puede también expresarse con igual fuerza en un artículo separado. El alcance de la nulidad viene delimitado por supuesto por la exigencia de que el presunto hecho ilícito sea de carácter jurídico, por ejemplo, legislación, orden ejecutiva o fallo judicial. Su importancia práctica ha sido descrita sucintamente por Lauterpacht, que ha afirmado que la ausencia de medios más directos de aplicación tiende a dotar de especial importancia al principio de nulidad de los hechos ilegales en la esfera internacional<sup>13</sup>. Esta importancia resulta más clara aún si se tiene presente que los órganos políticos de las Naciones Unidas, y en particular el Consejo de Seguridad, raras veces examinan la cuestión de pedir o determinar la reparación al considerar un hecho internacionalmente ilícito. El Relator Especial ha examinado la nulidad en su informe, pero sigue en pie la cuestión de si, dada su importancia, ese recurso no debe ser objeto de una disposición expresa.

78. En cuanto a la restitución en especie, el Relator Especial dice acertadamente (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 64) que el enfoque del concepto no es uniforme ni en la doctrina ni en la práctica. El asunto del *Tratado Bryan-Chamorro*<sup>14</sup> generalmente se menciona en apoyo de la definición según la cual la restitución en especie consiste en el restablecimiento del *statu quo ante*, mientras que generalmente se aduce el fallo clásico de la CPIJ en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*<sup>15</sup> en apoyo de la definición según la cual consiste en establecer la situación que con toda probabilidad se hubiese dado de no haberse cometido el acto ilícito. Las diferencias entre las dos definiciones son más que académicas, pues pueden tener repercusiones en la evaluación de daños y por consiguiente en el aspecto integrativo de la segunda definición. Aunque es difícil prever una situación teórica que nunca ha existido, el orador prefiere no obstante la segunda definición.

79. En todo caso, sea cual fuere la definición que se adopte, filosóficamente la restitución en especie es siempre imposible, hecho del que el Relator Especial anterior era plenamente consciente, como se desprende de su informe preliminar<sup>16</sup>, puesto que dar marcha atrás al tiempo está fuera de la capacidad humana, o, como Omar Khayyam dijo, «el dedo en movimiento escribe, y habiéndolo hecho, sigue adelante». Por consiguiente, es una maravilla comprobar que los autores son prácticamente unánimes en cuanto a considerarla como el derecho normal o primario del Estado lesionado. De los autores citados por Mann al respecto<sup>17</sup>, Brownlie es el único que parece considerarla como «excepcional» y sólo Kelsen la niega. Tampoco es probable que esa primacía sea seriamente discutida en los diversos sistemas jurídicos. Es cierto que, como Mann

observó, la restitución en especie es «esencialmente desconocida en el *common law*, que, en principio y algo paradójicamente, se atiene a la norma de derecho romano de que *omnis condemnatio est pecuniaria*»<sup>18</sup>. Pero como el mismo autor señaló, «incluso en Inglaterra, por ejemplo, el demandante en un proceso por detentación no está limitado en modo alguno a la satisfacción monetaria, sino que tiene derecho a la entrega de los bienes muebles»<sup>19</sup>. En el derecho islámico puede deducirse la primacía de *restitutio in integrum* por inferencia necesaria de la vieja norma *Idha batala-l-aslu yusaru ila-l-badal* (إذا بطل الأصل يصار إلى البديل), que significa: «Si es imposible restablecer la situación original, búsquese otra opción». Esa norma fue codificada en el Código Civil otomano como artículo 53. Vale la pena señalar también que en el derecho islámico la indemnización pecuniaria se denomina «reparación imperfecta», *al qada'ul nackis* (القضاء الناقص).

80. Las tendencias recientes de la literatura jurídica, sin embargo, cuestionan no sólo la primacía, sino también la disponibilidad de la *restitutio in integrum*. Notables a este respecto son dos obras de Christine Gray publicadas en 1985 y 1987<sup>20</sup>. En ambas obras llega a la conclusión, sobre la base de un examen de laudos arbitrales, fallos de la CIJ y de otros tribunales, de que el apoyo a la primacía de la *restitutio in integrum* en la práctica arbitral internacional es escaso, si es que lo hay, y que el fallo en el asunto de la *Fábrica de Chorzow* no puede aducirse en apoyo de una teoría general aplicable en este sentido. Sin disentir de esa conclusión, el orador cree que la disponibilidad de otros modos de reparación, el hecho de que tribunales y árbitros trabajen aisladamente y el hecho de que estos últimos raras veces concedan la restitución sin una disposición expresa a tal efecto pueden interpretarse igualmente como factores que apoyan la primacía de la *restitutio*. En todo caso, no cree que la frecuencia de recurrir a otros recursos ponga en tela de juicio la primacía de la *restitutio in integrum*.

81. Del concepto de regímenes especiales surgen ataques similares a la primacía de la *restitutio in integrum*. A este respecto, el orador considera también que no es necesario por el momento un régimen especial para el trato de los extranjeros, aunque es una cuestión que requiere mayor estudio, especialmente en vista de que el Relator Especial atribuye un gran ámbito a la cesación y al mismo tiempo no provee lo necesario para la excepción de la restitución «excesivamente onerosa» en el caso de cesación. Un Estado lesionado optaría, en esas circunstancias, por la cesación más bien que por la *restitutio in integrum*, y eso constituiría un vacío en la estrategia del Relator Especial. En definitiva, mucho dependerá de la medida en que la Comisión esté dispuesta a permitir que el contenido y —para emplear el término de Combacau y Alland— el valor «extrínseco» de las normas primarias determinen la categorización de las normas secundarias.

82. El orador desea reservarse su posición acerca del concepto de onerosidad excesiva como excepción a la *restitutio in integrum*, que ha introducido el Relator Especial habida cuenta del problema de las nacionalizaciones efectuadas en violación del derecho internacional.

<sup>13</sup> H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, The University Press, 1947, pág. 421.

<sup>14</sup> República de El Salvador c. República de Nicaragua, decisión de 9 de marzo de 1917 de la Corte de Justicia Centroamericana, *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana, 1916-1917*, San José (Costa Rica), vol. VI, N.º 16 a 18, pág. 96, *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 11, 1917, págs. 674 y ss.

<sup>15</sup> Véase 2105.ª sesión, nota 5.

<sup>16</sup> Véase *Anuario* 1980, vol. II (primera parte), pág. 119, documento A/CN.4/330, párr. 29.

<sup>17</sup> F. A. Mann, «The consequences of an international wrong in international and municipal law», *The British Year Book of International Law*, 1976-1977, Londres, vol. 48, pág. 3 y notas 6 y 7.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. 2.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pág. 3.

<sup>20</sup> C. D. Gray, «Is there an international law of remedies?», *The British Year Book of International Law*, 1985, vol. 56, pág. 25, y *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

83. Otro problema es el de la imposibilidad jurídica. Si bien las normas primarias pueden, por supuesto, prescribir expresamente las consecuencias de su incumplimiento, como se hace en el artículo 50 del Convenio europeo de derechos humanos<sup>21</sup>, el orador considera que no se puede llegar a una conclusión general en cuanto a la no disponibilidad de la *resitutio in integrum* sobre la base de esos ejemplos, puesto que son la excepción que confirma la regla.

84. Finalmente, el orador apoya las conclusiones del Relator Especial (*ibid.*, párrs. 109 a 112) acerca del derecho de elección del Estado lesionado. Sin duda este derecho existe, pero el hecho de que pueda originar abusos si es ilimitado sugiere que deben fijarse limitaciones. Por ejemplo, un Estado rico podría contaminar un río internacional hasta un nivel superior al del daño apreciable. Si el Estado o los Estados lesionados hubieran de aceptar indemnización pecuniaria en lugar de restitución surgiría una situación de servidumbre. Tales casos deben tenerse presentes al redactar el artículo 7, con el fin de que las limitaciones a la libertad de un Estado tomen en cuenta no sólo los intereses de otros Estados, sino también los del medio ambiente.

*Se levanta la sesión a las 13.10 horas.*

<sup>21</sup> Véase 2104.ª sesión, nota 10.

## 2123.ª SESIÓN

*Jueves 22 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouas, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación [A/CN.4/412 y Add.1 y 2<sup>1</sup>, A/CN.4/421 y Add.1 y 2<sup>2</sup>, A/CN.4/L.431, secc. C, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.4]

[Tema 6 del programa]

#### QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

##### PARTE VI DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar la primera parte de su quinto informe sobre el tema

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

(A/CN.4/421 y Add.1 y 2), a saber, el capítulo I, sobre riesgos y peligros relacionados con el agua, que contiene los artículos 22 y 23 de la Parte VI del proyecto, que dicen:

##### PARTE VI

##### RIESGOS, PELIGROS Y SITUACIONES DE URGENCIA RELACIONADOS CON LAS AGUAS

##### *Artículo 22.—Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas*

1. Los Estados del curso de agua cooperarán de manera equitativa para prevenir o, en su caso, aminorar los riesgos, la nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas, como las crecidas, los hielos, los problemas de drenaje, las obstrucciones de la corriente, el entarquinamiento, la erosión, la intrusión de agua salada, la sequía y la desertificación.

2. Los Estados del curso de agua, en cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del párrafo 1 de este artículo, tomarán, entre otras, las medidas siguientes:

a) intercambio regular y oportuno de cualesquiera datos e información que contribuyan a prevenir o aminorar los problemas a que se refiere el párrafo 1;

b) consultas acerca de la planificación y aplicación de medidas comunes, tanto estructurales como no estructurales, cuando tales medidas puedan resultar más eficaces que las tomadas individualmente por los Estados del curso de agua; y

c) preparación de estudios sobre la eficacia de las medidas que se hayan tomado y consultas al respecto.

3. Los Estados del curso de agua tomarán todas las medidas necesarias para velar por que las actividades bajo su jurisdicción o control que afecten al curso de agua internacional se ejecuten de manera que no se creen riesgos, nocividad ni otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas que puedan causar daños apreciables a otros Estados del curso de agua.

##### *Artículo 23.—Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas*

1. Los Estados del curso de agua informarán sin demora y por los medios más rápidos disponibles a los otros Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones intergubernamentales competentes de cualquier peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas que sobrevenga en su territorio o de los que tenga conocimiento. La expresión «peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas» comprende los peligros y situaciones esencialmente naturales, como las crecidas, y los que son resultado de actividades humanas, como los vertidos de productos químicos tóxicos y otros acaecimientos que den lugar a una contaminación peligrosa.

2. El Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas tomará inmediatamente todas las medidas apropiadas para prevenir, neutralizar o aminorar el peligro o daño que entrañe para otros Estados del curso de agua el peligro o la situación de urgencia.

3. Los Estados de la zona afectada por un peligro o una situación de urgencia relacionados con las aguas y las organizaciones internacionales competentes cooperarán para eliminar las causas y los efectos del peligro o la situación de urgencia y para prevenir o reducir al mínimo el daño que de ellos resulte, en la medida que permitan las circunstancias.

4. Para cumplir eficazmente las obligaciones que les incumben en virtud del párrafo 3 de este artículo, los Estados del curso de agua y los otros Estados que puedan resultar afectados elaborarán, promoverán y ejecutarán colectivamente planes de urgencia para hacer frente a los peligros o las situaciones de urgencia relacionados con las aguas.

2. El Sr. MCCAFFREY (Relator Especial) dice que comenzará por hacer algunas observaciones generales y después comentará el capítulo I de su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), que contiene los proyectos de artículos 22 y 23, y que finalmente dará algunas explicaciones sobre los proyectos de artículos propiamente dichos.

3. Su quinto informe comprende cuatro proyectos de artículos pertenecientes a los tres rubros enunciados en el

esquema propuesto en su cuarto informe (A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párr. 7), que obtuvo la aprobación general de la Comisión. Además de los artículos 22 y 23, sobre riesgos y peligros relacionados con las aguas, propone en los capítulos II y III del informe los artículos 24 y 25 sobre la relación entre los usos para fines distintos de la navegación y los usos para la navegación y sobre la regulación de los cursos de agua internacionales. El orador sugiere a la Comisión que centre su discusión en los proyectos de artículos 22 y 23. Pese a todo, espera poder presentar brevemente los proyectos de artículos 24 y 25 antes de que termine el período de sesiones con el fin de que los miembros de la Comisión puedan tener conocimiento de ellos y examinarlos en el período de sesiones siguiente.

4. El orador piensa presentar en el siguiente período de sesiones los restantes elementos del tema, lo que haría posible que la Comisión terminara el examen en primera lectura del proyecto de artículos antes del final del mandato de sus miembros actuales, si el progreso de los trabajos del Comité de Redacción lo permite, y quizá también una parte adicional, dedicada al arreglo de controversias.

5. La parte del quinto informe presentado actualmente a la Comisión comprende dos proyectos de artículos, numerados provisionalmente artículo 22 («Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas») y artículo 23 («Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas»). La diferencia entre los problemas de que trata cada uno de estos textos es de orden esencialmente temporal: los acontecimientos previstos en el artículo 22 son en general de carácter continuo, crónico, mientras que los previstos en el artículo 23 revisten más bien la forma de desastres que originan situaciones de emergencia. Se observará a este respecto que el artículo 23 se inspira en el proyecto de artículo 18 [19] (Situaciones de emergencia relacionadas con la contaminación o el medio ambiente), presentado a la Comisión en su período de sesiones anterior<sup>3</sup>, que sólo trataba de una clase de situaciones de emergencia que algunos de los miembros de la Comisión y algunos representantes en la Sexta Comisión de la Asamblea General desearon que se incluyera en un conjunto más amplio.

6. Comentando a continuación el rubro en estudio, a saber, riesgos y peligros relacionado con las aguas, el Relator Especial dice que en este caso es cómodo y tentador detenerse en lo espectacular, como las crecidas o los vertidos de productos químicos, y perder de vista los acontecimientos de carácter más crónico y a veces igualmente importantes, como los problemas causados por los hielos, la sedimentación, la erosión, la sequía o la desertificación, que por otra parte pueden contribuir muy bien a provocar desastres o a agravarlos.

7. A propósito de las crecidas y de los problemas conexos, el orador, después de haber precisado que no abordará en su exposición oral la cuestión de la contaminación, examinada en el período de sesiones anterior, dice que si son las inundaciones las que hasta ahora se hallan en el primer plano en los tratados y en los trabajos de las organizaciones internacionales, es probablemente porque se trata de los fenómenos que más pérdidas de vidas humanas y más daños causan. Se recordarán, por ejemplo, las terribles pérdidas que provocaron las recientes inundaciones

en Bangladesh. Pero el caso de Bangladesh no es un caso aislado y es este tipo de catástrofe en general lo que indujo a la Asamblea General a decidir, en 1987, proclamar el decenio de 1990 como Decenio internacional para la reducción de los desastres naturales, «decenio en que la comunidad internacional, con los auspicios de las Naciones Unidas, prestará especial atención al fomento de la cooperación internacional en la esfera de la reducción de los desastres naturales»<sup>4</sup>.

8. Es cierto que las inundaciones, si no son más que un tipo de desastre natural entre otros, son las más devastadoras y prevenirlas o atenuarlas exige todo un conjunto de medidas: previsiones, planes de emergencia, dispositivos de alerta anticipada, construcción de obras de regulación, etc. Por otra parte, la actividad humana, en cuanto que transforma el medio físico, no deja de causar, de manera directa o indirecta, inundaciones; así sucede, por ejemplo, con la ordenación irracional de los recorridos, la deforestación y la construcción de terraplenes. Se observará a este respecto que la mayoría de los acuerdos internacionales analizados en su informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párrs. 18 a 53) parecen partir del postulado de que las inundaciones sólo tienen causas naturales; en conjunto, estos instrumentos sólo se refieren al acopio e intercambio de información y a la instalación de dispositivos de alerta. Sin duda, las partes en estos tratados daban por supuesto que estaban obligadas a no emprender o autorizar actividades que pudieran causar daños apreciables —y en el caso de inundaciones, graves e importantes— a las demás partes. Sin embargo, la actividad humana, en la medida en que es causa de inundaciones y de otros varios problemas mencionados en el capítulo I del informe, no se puede pasar por alto.

9. Los demás riesgos y efectos nefastos relacionados con el agua que se prevén más a menudo en los acuerdos sobre cursos de agua son los siguientes: los problemas causados por los hielos, los problemas de avenamiento, las obstrucciones de la corriente, la sedimentación y la erosión. Las disposiciones de los tratados correspondientes se analizan y reproducen en el informe (*ibid.*, párrs. 31 a 53). Por falta de tiempo, el orador no se detendrá en cada uno de estos problemas y se contentará con subrayar que muchos de ellos son interdependientes: las inundaciones pueden deberse en parte a la sedimentación y causar a su vez una erosión de las riberas; de igual modo, el deshielo puede provocar inundaciones y las barreras de hielo pueden obstaculizar no sólo la navegación, sino también la salida normal de las aguas.

10. Los raros ejemplos de correspondencia diplomática y de declaraciones oficiales sobre la cuestión muestran (*ibid.*, párrs. 54 a 65) que los Estados no parecen ser hostiles a la idea de que todo Estado está obligado en derecho internacional a no dedicarse a actividades que causen en el territorio de otro Estado inundaciones u otros daños análogos o efectos perjudiciales.

11. Este principio se encuentra en las demás fuentes del derecho analizadas en el informe, que el orador no mencionará por el momento, pero con respecto a las cuales está dispuesto a responder a todas las preguntas. Subraya, no obstante, que a su juicio estos documentos establecen de

<sup>3</sup> Véase *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 36, nota 94.

<sup>4</sup> Resolución 42/169 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1987, párr. 3.

manera uniforme algunos principios fundamentales: el deber de abstenerse de todo comportamiento que provoque o agrave las situaciones previstas, en caso de que éstas causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua [lo que no es más que la aplicación concreta de la norma general enunciada en el artículo 8 (Obligación de no causar daños apreciables) aprobado provisionalmente en el período de sesiones anterior<sup>5</sup>]; la obligación general de cooperar con los demás Estados del curso de agua para prevenir o atenuar los riesgos y peligros relacionados con el agua; la obligación de advertir a los demás Estados del curso de agua de todo riesgo relacionado con el agua o una situación de emergencia, y la obligación del Estado del curso de agua en cuyo territorio sobreviene un riesgo relacionado con el agua o una situación de emergencia de tomar sin demora todas las medidas posibles para eliminar o atenuar ese riesgo o esa situación y de prevenir todo daño sobre el territorio de otros Estados del curso de agua. Entre los instrumentos analizados muchos van incluso más allá de esto y ninguno deja entrever una posición contraria.

12. Los demás problemas de que se trata en el capítulo I del informe son las infiltraciones de agua salada (*ibid.*, párrs. 105 a 108), la sequía y la desertificación (*ibid.*, párrs. 109 a 117). Estos problemas no son menos graves —a largo plazo, la sequía y la desertificación lo serían incluso más—, pero las normas en la materia distan de estar tan desarrolladas. Excepción hecha del problema de las infiltraciones de agua salada, la aplicabilidad de la obligación de no causar daños es menos clara. Sin embargo, en los estudios y las reuniones intergubernamentales recientes no se ha dejado de poner de relieve la importancia de la cooperación regional e internacional en la lucha contra la sequía y la desertificación. Este último fenómeno es particularmente alarmante, puesto que se estima que hace perder cada año de 50.000 a 70.000 km<sup>2</sup> de tierra cultivable en el continente africano, sin hablar de Asia y de América del Sur. Además, los problemas de sequía y de desertificación probablemente se agraven en el futuro debido al calentamiento del planeta, que por otra parte contribuye al «efecto de invernadero» por la disminución de la vegetación.

13. Pasando a los artículos que propone, el orador recuerda que los problemas que se abordan en el informe se estudian con arreglo al género de medidas que deben tomar los Estados del curso de agua, es decir, según se trate de problemas crónicos (art. 22) o de problemas de carácter urgente (art. 23). Hay, sin embargo, una excepción: en estos dos textos se hace referencia de manera explícita o implícita a las inundaciones porque, si es cierto que dan lugar a situaciones de emergencia, no se pueden prevenir o atenuar sino mediante esfuerzos muy laboriosos que suponen la cooperación y la colaboración activa de los Estados del curso de agua. Los proyectos de artículos y los comentarios que les acompañan se bastan por sí mismos y el orador se limitará a hacer algunas breves observaciones sobre estos textos.

14. El párrafo 1 del proyecto de artículo 22 enuncia el deber general de cooperar en lo que respecta a los riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas; en el párrafo 2 se definen las modalidades de cumplimiento de esta obligación, y en el párrafo 3 se enuncia la obligación de los Estados del curso de agua de

cuidar de que las actividades que dependen de su jurisdicción o de su control no engendren riesgos, nocividad u otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas que puedan causar un daño apreciable a otros Estados del curso de agua. Como se dice en el párrafo 3 de su comentario sobre el artículo, la cooperación «de manera equitativa» (párr. 1) comprende, además de la comunicación normal de las informaciones en la materia, el deber, para el Estado del curso de agua que resulte o pueda resultar perjudicado, de contribuir a las medidas de protección tomadas por otro Estado del curso de agua, de las que se beneficia al menos en parte, o de ofrecer una compensación a cambio de esas medidas. Por otra parte, como se indica en el párrafo 4 del comentario, el artículo 22 —y en particular los párrs. 1 y 3— se aplicaría a los efectos perjudiciales del agua sobre las actividades no directamente relacionadas con el curso de agua. Es ése un hecho importante, pues una crecida puede tener efectos fuera del Estado del curso de agua que sería aberrante desconocer.

15. En el párrafo 6 del comentario se trata el concepto de «jurisdicción o control» (párr. 3) por oposición al concepto de «territorio». El orador, sin excluir resueltamente el segundo, estima que el primero, que se encuentra en otros proyectos de artículos preparados por la Comisión y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, es suficientemente conocido para justificarse en el presente contexto. Precisa, finalmente, que el párrafo 3 del proyecto de artículo 22 se aplicaría, por ejemplo, a los usos de las tierras o de las aguas que pueden causar en los demás Estados del curso de agua problemas tales como inundaciones, sedimentación, erosión u obstrucción de la corriente: se trata de la aplicación concreta de la norma enunciada en el artículo 8 aprobado provisionalmente.

16. El párrafo 1 del proyecto de artículo 23 enuncia quizá la obligación más fundamental en la materia: la notificación rápida de los peligros o de las situaciones de emergencia relacionados con las aguas a los Estados que pueden resultar afectados y a las organizaciones intergubernamentales competentes, regionales o internacionales, las cuales, como se ha dicho en la CDI y en la Sexta Comisión, pueden facilitar servicios preciosos. Como se precisa en el párrafo 1, la expresión «peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas» se aplica igualmente a los peligros y situaciones que son naturales y a los peligros y situaciones que son resultado de la acción humana. Tal vez la Comisión deseará dar una definición de esta expresión en el artículo dedicado a los términos empleados.

17. El párrafo 2 del artículo prevé que todo Estado del curso de agua en cuyo territorio se produce un peligro o una situación de urgencia relacionados con las aguas tomará inmediatamente todas las medidas apropiadas para prevenir, neutralizar o aminorar los riesgos o daños, simplemente porque es ese Estado el que mejor puede hacerlo. Es cierto que con frecuencia habrá situaciones que escapen a su control; de ahí la reserva de «todas las medidas apropiadas».

18. El párrafo 3 impone a los Estados situados en la zona afectada por un peligro o una situación de emergencia relacionados con el agua la obligación de cooperar con miras a eliminar las causas y los efectos del peligro o de la situación y prevenir o reducir al mínimo los daños que de ellos se deriven. Como se explica en el párrafo 4 de

<sup>5</sup> *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 37.

su comentario al artículo 23, la expresión «Estados de la zona afectada» engloba, además de los Estados del curso de agua, los Estados que aun no siendo Estados del curso de agua hayan sufrido o puedan sufrir daños a consecuencia de un peligro o de una situación de emergencia; por ejemplo, un Estado ribereño que pueda resultar perjudicado por una contaminación originada en un Estado del curso de agua que se abre camino hasta el mar. La obligación prevista en este párrafo es esencial, pues es muy posible que un Estado del curso de agua, por ejemplo, no se vea gravemente afectado, pero sea el único que disponga de los medios técnicos necesarios para hacer frente a la situación de emergencia.

19. En cuanto al párrafo 4 del artículo, se refiere a los planes de emergencia y cómo el párrafo 3 se inspira en el artículo 199 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. Se observará que en los párrafos 5 y 6 del comentario se invita a la Comisión a que indique si desea que los Estados que se benefician de medidas de protección o de otras medidas estén obligados a indemnizar a los terceros Estados que toman estas medidas y si el artículo 23 debería comprender una disposición por la que se pidiera al Estado afectado por un desastre que aceptara las ofertas de asistencia y no las considerara como una injerencia en sus asuntos internos. Varios comentaristas citados en el informe insisten en esta obligación, aproximándola a los derechos que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos reconocen a los individuos afectados por un peligro.

20. En su informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párr. 5) invita a la Comisión a que decida si los proyectos de artículos correspondientes al rubro que se examina deberían contener, además de normas primarias que enuncien las obligaciones de los Estados del curso de agua —alertar, cooperar, prevenir, atenuar—, normas secundarias que precisen las consecuencias de la inobservancia de estas obligaciones. Es verdad que las consecuencias de la inobservancia de las obligaciones vinculadas a los riesgos y peligros relacionados con las aguas que tienen su origen en la actividad humana pueden tener un alcance mayor que el de la inobservancia de las obligaciones vinculadas a los riesgos y peligros relacionados con las aguas de origen exclusivamente natural. Por su parte, el orador cree que esta cuestión debería depender de las normas generales de la responsabilidad de los Estados, que se aplicarían a los problemas causados por las aguas caso por caso. Sin duda, sería útil que la Comisión estudiara la cuestión de las normas secundarias; pero es de temer que se mueva en este caso en un terreno inseguro a propósito del cual el Relator Especial no ha podido recoger ningún documento o material sobre los cuales se pueda basar el debate.

21. El Sr. REUTER agradece al Relator Especial la interesante introducción que acaba de hacer a su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), tan notable como los precedentes, pero que suscita dos observaciones de carácter general.

22. En primer lugar, le extraña que el Relator Especial parezca compartir la opinión de que la multiplicidad de los tratados que encierran disposiciones análogas engendraría una norma consuetudinaria de derecho internacional. El orador tiene muchas reservas a este respecto y advierte del peligro de la generalización demasiado apresurada de tal principio. Sin negar que el tratado sea el principal instrumento de las relaciones internacionales, es-

tima que el paralelismo de los tratados no puede hacer nacer por sí solo una norma consuetudinaria.

23. En segundo lugar, en lo que se refiere al laudo arbitral dictado en el asunto del *Lago Lanós*<sup>6</sup>, citado con mucha frecuencia en los informes y documentos sobre la responsabilidad sin culpa, la contaminación o los cursos de agua internacionales, el orador hace observar que en este asunto el tribunal arbitral fundó esencialmente su decisión en los textos relativos a la excepción y no hizo más que una breve incursión en el ámbito de los principios generales que le llevó a extraer conclusiones negativas. Por otra parte, el tribunal declaró ciertamente en su laudo que no existe en derecho internacional ninguna norma que prohíba que un Estado, «para salvaguardar sus legítimos intereses, se coloque en una situación que le permita de hecho, violando sus compromisos internacionales, perjudicar, incluso gravemente, a un Estado vecino»<sup>7</sup>, pero cabe preguntarse si se habría atrevido a hacerlo si hubiese tenido que deliberar y dictar su laudo después de una catástrofe como la que provocó la rotura de una presa río arriba de la ciudad de Fréjus, en Francia, y que causó centenares de víctimas. Es dudoso que en el estado actual del derecho internacional, habida cuenta de su evolución desde que se dictó este laudo, un Estado tenga derecho, en el ejercicio de su soberanía territorial, a hacer correr riesgos muy graves a un Estado vecino.

24. Por lo que se refiere a los proyectos de artículos 22 y 23 presentados por el Relator Especial, el orador se congratula de la animosa decisión que ha llevado al Relator Especial a examinar de nuevo cuestiones ya tratadas en artículos precedentes. Al presentar su informe, el Relator Especial ha dicho que la diferencia entre los dos artículos es de carácter esencialmente temporal, pues el artículo 22 trata de situaciones continuas y el artículo 23 de acontecimientos instantáneos, como los desastres. Es este análisis el que le ha llevado a refundir el artículo que anteriormente había dedicado a la contaminación en el texto de los artículos 22 y 23 y hay que celebrar esta iniciativa. En efecto, los miembros de la Comisión, en su calidad de juristas, deben dedicarse a extraer los rasgos generales comunes a las diferentes situaciones en lugar de examinar éstas de manera individual y sucesiva, cualquiera que sea, por otra parte, el interés técnico y humano del examen detallado de los diversos riesgos y peligros relacionados con las aguas.

25. En lo que concierne al párrafo 1 del artículo 22, el orador desearía que el Relator Especial precisara el sentido de las palabras «en su caso» y que indicara si, como cree comprender, esta expresión designa las circunstancias materiales, es decir, físicas, del caso de que se trate.

26. En lo que respecta a la expresión «riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas», que constituye el título del artículo 22 y se repite en los párrafos 1 y 3, el Sr. Reuter, sin pronunciarse sobre la versión inglesa, considera que en francés no es ni clara ni muy acertada.

<sup>6</sup> Texto original francés en *Revue générale de droit international public*, París, 62.º año, 1958, págs. 79 y ss., y Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.º de venta 63 V 3), págs. 281 y ss., reproducido parcialmente en *Anuario* 1974, vol. II (segunda parte), págs. 207 y ss., documento A/5409, párrs. 1055 a 1068.

<sup>7</sup> Párrafo 9 (segundo apartado al final) de la sentencia [*Anuario* 1974, vol. II (segunda parte), págs. 207 y 208, documento A/5409, párr. 1064].

27. En cuanto al apartado *b* del párrafo 2, el orador desearía que se le precisara el sentido de las palabras «tanto estructurales como no estructurales» y que se le diga si, como cree él, se trata de medidas institucionales u operacionales, es decir, que tienen una cierta permanencia jurídica o física. Por otra parte, desearía que en el apartado *c* del mismo párrafo se sustituyera la palabra «preparación» por «prosecución», pues cabe esperar que se habrá comenzado a estudiar la eficacia de las medidas adoptadas antes de tomarlas.

28. En el párrafo 3, el Relator Especial ha sustituido la palabra «territorio» por la expresión «jurisdicción o control», indicando que está dispuesto a aceptar otra fórmula. Ahora bien, si el término «jurisdicción» tiene aquí el sentido ordinario muy general que tiene en inglés, es decir, el sentido de competencia, el orador se pregunta si es necesario añadir «control». El orador se sumará a cualquier solución que adopte el Relator Especial sobre este punto; observa, sin embargo, que en el párrafo 2 del artículo 23 el Relator Especial ha conservado la palabra «territorio».

29. El comentario relativo al párrafo 3 parece ser la expresión escrita de la idea general que el Relator Especial ha expresado al presentar oralmente su informe, cuando ha dicho que convendría quizá —parecía bastante reservado sobre este punto— examinar las consecuencias de una «violación» por lo que respecta a la compensación o la reparación. Pero en el contexto del párrafo 3 no se trata de una violación: se trata simplemente de pedir *ex post facto* a un Estado una cierta retribución porque se ha beneficiado de ciertas obras en las que no ha participado. La Comisión se ve así ante una elección: la de saber si esta cuestión corresponde al tema de la responsabilidad internacional o si su estudio debe dejarse al presente tema. Sin pretender decidir, el orador se inclina por la segunda solución, dado que el tema de la responsabilidad internacional es mucho más general y que a veces es un buen método ir de lo particular a lo general. El Relator Especial podría quizá preguntarse qué mecanismo jurídico entra en juego en tal situación e inspirarse en este punto en ciertos mecanismos de los derechos internos, como las acciones de *in rem verso*, la gestión de negocios o, en *common law*, las diferentes formas de *agency*.

30. A propósito del proyecto de artículo 23, el Relator Especial ha preguntado si era preciso definir la noción de «situación de urgencia». El orador no se opone a ello, pero no cree que sea necesario dado que la emergencia es excepcional y que, por definición, lo excepcional no puede entrar en categorías precisas.

31. En el párrafo 1, en que se prevén ciertos aspectos de la cuestión de la contaminación, el orador desearía que se insertara la palabra «inmediatamente» después de las palabras «acaecimientos que». En efecto, este texto se refiere a las formas de contaminación que se traducen en un desastre y conviene que se sea preciso si se quiere evitar reabrir el debate sobre la cuestión de la contaminación.

32. El orador señala que en el párrafo 3, que impone a los Estados la obligación de cooperar, el Relator Especial emplea la expresión «los Estados de la zona afectada», siendo así que en el párrafo 4, que concreta esta obligación, emplea la expresión «los Estados del curso de agua y los otros Estados que puedan resultar afectados». Sin

hacer ninguna propuesta concreta, desearía que se precisara la noción de zona afectada.

33. Para poder responder a la cuestión planteada por el Relator Especial en el párrafo 5 de su comentario sobre el artículo 23, habría que saber si la obligación de indemnizar sería efectiva antes o después de que se materializara el peligro o se produjera el desastre. En el primer caso se trataría de una medida de prevención obligatoria y el orador teme que suscite dificultades. Por el contrario, está perfectamente de acuerdo en que se prevea una obligación de indemnizar que surta efecto una vez producido el desastre, en virtud de la teoría de la gestión de negocios o de una noción similar.

34. Finalmente, en respuesta a la cuestión planteada por el Relator Especial en el párrafo 6 de su comentario, el orador manifiesta estar de acuerdo en que el artículo 23 indique expresamente que una oferta de asistencia nunca podrá ser considerada como una injerencia en los asuntos internos del Estado a que se dirige, pero no por ello cree que se pueda obligar a ese Estado a aceptarla. Una obligación de este género iría en contra del principio de la soberanía, al que los Estados están todavía muy apegados.

35. El Sr. CALERO RODRIGUES, aunque comprende muy bien que el proyecto de artículo 22 se refiere a las situaciones crónicas o continuas y el proyecto de artículo 23 a las situaciones instantáneas, dice que los términos empleados no son del todo satisfactorios en la medida en que en el primer artículo se trata de los «riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales», y en el segundo, de los «peligros y situaciones de urgencia». Si esta última noción de «situación de urgencia» es clara para todo el mundo, por el contrario desearía que se hicieran aclaraciones sobre las relaciones entre «riesgos» y «peligros».

36. El Sr. MAHIOU dice, con respecto a la cuestión planteada en el quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párr. 5), que si los proyectos de artículos, además de las normas primarias que enuncian las obligaciones de los Estados del curso de agua, deben contener normas secundarias que precisen las consecuencias de la inobservancia de esas obligaciones, que el Relator Especial toca aquí el problema de la coincidencia del problema que se examina con otras materias de las que ha de ocuparse la Comisión. En efecto, se trata de saber si hay que prever normas de responsabilidad en el proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales o remitir simplemente a los artículos sobre la responsabilidad de los Estados o a los de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

37. Por otra parte, de la sección del informe dedicada a los trabajos de los expertos (*ibid.*, párrs. 81 a 88) se desprende que éstos se enfrentan con el mismo problema: se preguntan por los fundamentos y sobre todo por el contenido de la responsabilidad de los Estados en la materia. Tal es el caso, por ejemplo, de J. W. Samuels (*ibid.*, párr. 81), que habla de una triple responsabilidad: la de prevenir contra los desastres, la de prestar socorro y, finalmente, la obligación de aceptar la asistencia de otros Estados. ¿Hay que prever, pues, en el marco del tema que se examina, las consecuencias concretas y precisas de la responsabilidad de los Estados o remitir, como se indicó antes a las de la responsabilidad sin culpa y la responsabilidad por culpa? Si hay consecuencias que corresponden propia-



mente a la materia y que pueden no estar previstas en otro lugar, habría quizá que enunciarlas en los proyectos de artículos 22 y 23.

38. Todos los acuerdos sobre cursos de agua internacionales analizados por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 18 a 53), que tienen la ventaja de ilustrar las relaciones que se establecen entre Estados ribereños, parecen ser acuerdos bilaterales y se pregunta si no existen acuerdos más amplios, multilaterales, regionales, continentales o convenciones entre países de una misma cuenca hidrográfica. Si existen, ¿qué relaciones tienen con las convenciones bilaterales? En otros términos, el régimen de cooperación que debe surtir efecto en las situaciones previstas en los artículos 22 y 23, ¿debe ser la suma de los acuerdos bilaterales o debe trascenderlos y constituir un sistema multilateral? La situación sería en ese caso bastante diferente, pues la cooperación entre países alejados unos de otros toma necesariamente formas distintas de la que se establece entre países limítrofes. Conviene, pues, estudiar esta ampliación eventual del proyecto preguntándose si sería aceptable para los Estados.

39. El orador juzga satisfactorio el párrafo 86 del informe, en el que se expresan las inclinaciones del Relator Especial a través de los autores que cita. Se comprende tanto mejor la decisión que ha tomado para redactar los proyectos de artículos 22 y 23. Esta presentación, que resume la doctrina sobre el tema, es muy interesante, pero habría que estar seguro de que permite llegar a propuestas aceptables para el conjunto de los Estados.

40. El Relator Especial cita (*ibid.*, párr. 104) un pasaje del laudo arbitral en el asunto del *Lago Lanós* donde se dice que el derecho internacional no prohíbe que un Estado, «para salvaguardar sus legítimos intereses, se coloque en una situación que le permita de hecho, violando sus compromisos internacionales, perjudicar incluso gravemente a un Estado vecino». La expresión «incluso gravemente» inspiraba al orador vivas inquietudes, pero la intervención que acaba de hacer el Sr. Reuter las ha atenuado. La salvaguardia de los intereses de un Estado, por legítimos que sean, no puede justificar que ese Estado atente, sobre todo gravemente, contra los intereses de sus vecinos. Esta evolución de la jurisprudencia es tranquilizadora.

41. Con respecto al texto mismo de los proyectos de artículos 22 y 23, el orador señala en primer lugar que en el título del artículo 22 sólo se habla de «riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales». Ahora bien, hasta aquí se hablaba de perjuicio «apreciable», como en el título del artículo 8 aprobado provisionalmente en el período de sesiones anterior<sup>8</sup>. Aunque todavía no se esté del todo de acuerdo sobre el adjetivo que se ha de emplear (se ha hablado también de «sensible», «importante», etc.), ¿no sería conveniente añadir esta precisión en el artículo 22?

42. En el párrafo 1 del artículo 22, la frase «como las crecidas, los hielos, los problemas de drenaje...», que califica la expresión «efectos perjudiciales relacionados con las aguas», no permite saber si se trata de una enumeración limitativa o no. Si no lo es, sería mejor emplear una expresión como «en particular» en lugar de «como».

43. En el apartado *b* del párrafo 2 la expresión «tanto estructurales como no estructurales» no tiene sentido evi-

dente. Son adjetivos que emplean los economistas y otros técnicos, pero ¿cuál es su acepción en el lenguaje jurídico y más concretamente en el tema que se examina?

44. En el párrafo 3, el Relator Especial ha optado por la expresión «jurisdicción o control» en lugar de «territorio». En el párrafo 6 de su comentario al artículo 22 da explicaciones al respecto, pero las consideraciones que en él expone no están tan claras como sería de desear. Además, el ejemplo que menciona llevaría más bien a la conclusión contraria. En efecto, el artículo 22 se refiere a fenómenos cuya naturaleza territorial no deja ninguna duda: el río forma parte del territorio de un Estado por oposición, por ejemplo, al mar. Si el párrafo 3 parece aceptable habrá que revisar el comentario correspondiente.

45. Pasando al proyecto de artículo 23, el orador se pregunta si es útil definir «peligro o situación de urgencia» como se hace en el párrafo 1; en caso afirmativo, esta definición estaría mejor en el artículo 1, sobre términos empleados.

46. Con respecto a los párrafos 3 y 4 y a la cuestión que plantea el Relator Especial en el párrafo 6 de su comentario al artículo 23, la posición del orador es la misma que la del Sr. Reuter: hay que incitar a los Estados a aceptar la asistencia, pero ciertamente no se les puede obligar a ello. Quizá incluso por prudencia convendría añadir una cláusula de salvaguardia inspirada en el párrafo 4 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, que podría decir lo siguiente:

«Cuando los Estados del curso de agua tomen medidas para prevenir, reducir o dominar los riesgos, peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas, se abstendrán de toda injerencia injustificable en las actividades realizadas por otros Estados que ejerzan sus derechos o cumplan sus obligaciones conforme al acuerdo del curso de agua.»

47. El PRESIDENTE propone que se levante la sesión para que pueda reunirse el Grupo de Planificación.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 11.35 horas.*

## 2124.ª SESIÓN

*Viernes 23 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Shi, Sr. Solari Tude-la, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

<sup>8</sup> Véase nota 5 *supra*.

**El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (continuación)** [A/CN.4/412 y Add.1 y 2<sup>1</sup>, A/CN.4/421 y Add.1 y 2<sup>2</sup>, A/CN.4/L.431, secc. C, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.4]

[Tema 6 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

PARTE VI DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS:

ARTÍCULO 22 (Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas) y

ARTÍCULO 23 (Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas)<sup>3</sup> (continuación)

1. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) dice que para ayudar a los miembros en la prosecución del debate sobre el tema desea aclarar dos puntos que se han planteado. El primero se refiere a la expresión «tanto estructurales como no estructurales» en el apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de artículo 22, acerca de la cual el Sr. Reuter y el Sr. Mahiou (2123.ª sesión) han expresado algunas dudas. El orador pensaba simplemente en las consultas entre Estados del curso de agua sobre estructuras físicas como presas y diques que contribuyan a atenuar el problema de las inundaciones en particular. No era su intención atribuir a esa expresión un significado más teórico. No obstante, si se cree que suscita confusión, no será difícil encontrar alguna otra.

2. El segundo punto se refiere al término «riesgos». Si bien el orador ha señalado que el proyecto de artículo 22 se refiere a situaciones crónicas y el proyecto de artículo 23 a situaciones de emergencia, ha dicho también que en el artículo 22 hay una excepción relativa a las inundaciones y otros desastres que se pueden evitar mediante la cooperación entre los Estados del curso de agua en forma, por ejemplo, de grupos de estudio e intercambio de datos e información. Quizá una fuente de confusión es que el término «riesgo» se ha traducido al francés por «risque», lo cual no es muy acertado. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión encontrar otra palabra que comunique en forma más apropiada la idea subyacente.

3. No obstante, el orador ha utilizado también la palabra «riesgo» en un segundo sentido, a saber, por referencia a las acumulaciones de sedimentos que forman bancos de arena en medio de un canal y por referencia a las masas de hielo flotantes o barreras de hielo que en sí mismas tal vez no constituyan una situación de emergencia que dé lugar a las obligaciones previstas en el artículo 23, pero que constituyen, no obstante, un riesgo para la navegación y otros usos del agua.

4. En suma, con arreglo a las disposiciones del artículo 22, los Estados del curso de agua han de cooperar en relación con medidas para prevenir peligros tales como las inundaciones y las masas de hielo flotantes y para mitigar los efectos perjudiciales de las mismas, posible-

mente mediante la construcción de las obras apropiadas. Por otra parte, el artículo 23 abarca situaciones en las que existe una emergencia real o inminente, en cuyo caso todo Estado que tenga conocimiento de la emergencia está obligado a avisar a los demás Estados del curso de agua con el fin de prevenir cualesquiera efectos perjudiciales. Es realmente una cuestión de diferencia en el marco temporal.

5. El Sr. BENNOUNA expresa su agradecimiento al Relator Especial por la exhaustiva documentación presentada sobre los aspectos jurídicos y técnicos del tema. Como se desprende de esa documentación, el riesgo de desastre se distribuye por igual en todo el mundo. Aunque el sombrío cuadro que ha trazado el Relator Especial es motivo de pesimismo, las soluciones propuestas contienen elementos de optimismo.

6. Después de analizar el concepto de riesgos y peligros, el Relator Especial, en su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párr. 5), plantea la importantísima cuestión de la estructura del proyecto en su conjunto, con la sugerencia de que la Comisión tal vez desee «considerar si los proyectos de artículos relativos a este subtema deben contener no sólo normas primarias en las que se establezcan las obligaciones de los Estados del curso de agua, sino también normas secundarias en las que se especifiquen las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones». Por su parte, el orador desearía que esa cuestión se hubiese planteado mucho antes. Si de hecho se decide incluir normas secundarias, esas normas deben aplicarse no sólo a la parte del proyecto que trata de situaciones de peligro y de emergencia, sino al proyecto en su conjunto. Las consecuencias de la elección que se ha de hacer a este respecto han de evaluarse a la luz de esa consideración.

7. La Comisión se enfrenta con tres opciones. En primer lugar, puede limitarse a las normas primarias, como al parecer ha hecho hasta ahora, y no establecer obligaciones con respecto a la responsabilidad. Ello implicaría una remisión a las normas del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados y sobre responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En segundo lugar, puede establecer un principio general de responsabilidad en caso de incumplimiento de las normas primarias, junto con directrices de carácter muy general para templar esa responsabilidad habida cuenta de las normas y situaciones de que se trate, dejando que los Estados, tribunales y árbitros deduzcan de ellas normas más específicas. En tercer lugar, puede estipular con precisión el tipo de responsabilidad en que se incurre en cada caso y respecto de cada obligación.

8. De las tres opciones, el orador prefiere la primera o la segunda, puesto que la Comisión ha de completar la primera lectura del proyecto de artículos en 1991, y entrar en los problemas de responsabilidad de una manera rigurosa sería ir demasiado lejos. Además, el objetivo de la Comisión es lograr un proyecto lo más amplio posible con el fin de cubrir situaciones muy diversas y desea no alarmar a los Estados con normas que sean demasiado restrictivas, pues ello podría disuadirles de entrar a ser partes en una convención de carácter multilateral. Por consiguiente, si la Comisión ha de mantenerse dentro del contexto de un acuerdo marco y no rebasar su mandato, debe establecer una norma de responsabilidad muy general junto con unas directrices bastantes globales. Sería útil que, como se ha sugerido, el Relator Especial elaborara una disposición

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>3</sup> Para el texto, véase 2123.ª sesión, párr. 1

sobre responsabilidad en 1990 para comprobar la viabilidad de introducir una norma secundaria en el proyecto.

9. Toda la cuestión depende de la forma en que los Estados organicen su cooperación, en particular en el caso especial de algunos peligros y riesgos en gran escala. Esa cooperación ha de tener un objetivo bien definido. Fenómenos de gran alcance, como el del recalentamiento de la Tierra, mencionado en el informe (*ibid.*, párr. 7), o fenómenos relacionados con el medio ambiente en general van más allá de la competencia de los Estados ribereños de un determinado río y plantean problemas a otro nivel que deben tratarse en otro lugar. Por otra parte, la cuestión de las inundaciones (*ibid.*, párrs. 9 y ss.) se sitúa en el centro del tema, siendo el arquetipo de un fenómeno natural que el hombre ha tratado de dominar a lo largo de siglos. A este respecto, el Relator Especial afirma en su informe que «Un tipo de prueba de la existencia de una costumbre internacional es la aparición de disposiciones similares en una gran variedad de acuerdos internacionales» (*ibid.*, párr. 18). Es ésta una afirmación un tanto audaz que, sin embargo, se ve moderada por el hecho de que el Relator Especial utiliza las palabras «un tipo de prueba» en lugar de «prueba». No obstante, la cuestión es mucho más compleja. No todas las prácticas y los tratados tienen el mismo contenido y, por lo tanto, no puede decirse que haya una *opinio juris* relativa a una obligación precisa con respecto al control de las inundaciones. El Relator Especial cita también (*ibid.*, nota 39) un memorando de 1958 del Departamento de Estado de los Estados Unidos según el cual «hay principios que limitan la facultad de los Estados de utilizar sistemas de aguas internacionales sin tener en cuenta los efectos nocivos causados en los Estados vecinos», pero ésa es una observación sumamente general que se refleja ya en la obligación de no causar daño apreciable establecida en el artículo 8 aprobado provisionalmente por la Comisión en el período de sesiones anterior<sup>4</sup>. Una vez más, los tratados que el Relator Especial cita son muy variados y no puede decirse que revelen una práctica sistemática en la que pueda basarse la costumbre internacional. En todo caso, el control de los desastres es más una cuestión de desarrollo progresivo del derecho que de costumbre.

10. Por lo que respecta a la práctica en general, se debe tener más en cuenta la labor hecha por las Naciones Unidas en preparación del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales. Un grupo de expertos que se nombró a este respecto se ha reunido ya dos veces, en Marruecos y en el Japón, y se espera que presente su informe al Secretario General antes del próximo período de sesiones de la Asamblea General. De esa acción de las Naciones Unidas se puede extraer información útil a efectos del presente tema.

11. Es evidente que hay un creciente sentimiento de interdependencia y de solidaridad mundial en la lucha contra los desastres naturales. A este respecto, el Relator Especial, en su resumen de las publicaciones pertinentes, ha señalado que se ha hecho referencia, en el contexto de lo que algunos autores han denominado la «tercera generación de derechos humanos», a dos tipos de obligación: una, la obligación de ayudar a otro Estado afectado por un desastre natural, y la otra, la obligación del Estado afectado de recibir ayuda. Los mismos autores deploran

la renuencia de ciertos países a solicitar ayuda externa para hacer frente a los desastres naturales. Aunque esas ideas caen fuera del ámbito estricto del derecho, pueden fecundar y promover su desarrollo.

12. El proyecto de artículo 22 se refiere a medidas que no son de carácter inmediatamente urgente, puesto que se aplican al período anterior a un desastre. Por consiguiente, el artículo no cumple finalidad alguna, pues no añade nada a lo que ya se dispone en otros artículos del proyecto. Por el contrario, el proyecto de artículo 23 se refiere a un desastre que ya se ha producido y está plenamente justificado. Lo más interesante en relación con este artículo es que prevé planes de emergencia que deben elaborarse en caso de desastre y aplicarse con la mayor rapidez posible con asistencia internacional. El orador hubiese deseado, no obstante, que esa disposición en particular se desarrollase más y posiblemente fuese un poco más restrictiva.

13. El Relator Especial ha planteado dos cuestiones en los párrafos 5 y 6 de su comentario al artículo 23. La primera se refiere a la compensación por parte de los Estados que se benefician de medidas de protección adoptadas por otros Estados. Esa compensación puede preverse, ciertamente, siempre que sea sobre la base del principio de la distribución equitativa, como sugiere el propio Relator Especial. Se trata, después de todo, de un problema afín al concepto de derecho privado de enriquecimiento injusto.

14. La segunda cuestión es más importante y plantea problemas filosóficos que van más allá del derecho al referirse al deber de intervenir con el fin de proporcionar asistencia. Es una idea que tiene un sabor de intervención humanitaria y que podría ser sospechosa por ello, puesto que la intervención humanitaria se ha utilizado a lo largo del siglo XIX como un pretexto para toda clase de violaciones de la soberanía de los países pequeños. No obstante, en el presente caso se trata de un fenómeno más desinteresado y en el que hay dos aspectos: el deber de asistencia y la obligación de aceptar esa asistencia. No hay problema con respecto al primero y, en opinión del orador, la única condición que se requiere por el momento es un órgano internacional de carácter universal o una organización o institución regional. Sin embargo, sería deseable, como extensión del futuro instrumento, que se incluyera una disposición relativa a una institución muy flexible para aplicar los planes de emergencia que requiere el artículo 23. Por otra parte, el orador no cree que se pueda imponer a un país la obligación de aceptar la asistencia exterior, aunque evidentemente es inmorale no aceptar esa asistencia para mitigar los sufrimientos de la población. Lo más que se puede hacer es quizá disponer que cualquier renuncia vaya acompañada de una declaración de las razones o que el Estado que ha de recibir la asistencia pueda pedir que se canalice a través de una organización internacional para evitar cualesquiera presiones que puedan vincularse a una ayuda bilateral.

15. Finalmente, el orador confía en que el Relator Especial cumpla su compromiso de facilitar a la Comisión todos los restantes elementos para el examen del tema en el siguiente período de sesiones, de manera que el proyecto se pueda terminar antes de que finalice su actual mandato.

16. El Sr. AL-QAYSI rinde tributo al Relator Especial por su bien documentado quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), que contiene abundante material técnico.

<sup>4</sup> *Anuario* ... 1988, vol. II (segunda parte), pág. 37.

# 17. Coincide con lo manifestado por el Relator Especial en que

existe una gama continua de posibilidades que van desde el riesgo o desastre completamente natural, en un extremo, al que es debido enteramente a las actividades humanas, en el otro. [...] en los regímenes jurídicos de prevención, mitigación y reparación debe tenerse en cuenta no sólo la naturaleza del desastre [...], sino también el grado en que la intervención humana contribuye a las consecuencias nocivas. (*Ibid.*, párr. 4.)

Sin embargo, el orador no ha podido llegar a ninguna conclusión firme sobre la cuestión planteada por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 5) de si el proyecto de artículos debe contener normas secundarias además de normas primarias. El carácter catastrófico de los acontecimientos que el proyecto trata de regular podría abogar por la inclusión de las normas secundarias sin necesidad de esperar el resultado de la labor de la Comisión sobre otros dos temas pertinentes: la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Además, sería de desear un enfoque integrado del presente tema. Por otra parte, el efecto podría ser el de introducir un elemento de desequilibrio entre las diversas partes del proyecto, y ello podría ser contrario a la concepción básica de un acuerdo marco que establezca normas primarias destinadas a alentar a los Estados del curso de agua a concertar acuerdos más detallados. La Comisión estaría quizá en mejores condiciones para responder si el Relator Especial aclarara el alcance y el fondo de las normas secundarias pertinentes.

18. En interés de la claridad, es necesario desarrollar el párrafo 3 del proyecto de artículo 22 en lo que concierne al objeto del daño apreciable. Seguramente a lo que se hace referencia es al daño apreciable para los Estados del curso de agua en relación con el uso de un curso de agua. Si no se hace explícito ese punto, el alcance del artículo iría mucho más allá del tema; en realidad, el Relator Especial así lo admite en su comentario al artículo (párr. 6). Al igual que el Sr. Reuter (2123.ª sesión), el orador se pregunta por qué se utiliza en el artículo 22 la expresión «bajo su jurisdicción o control», mientras que en el artículo 23 figura el término «territorio». La explicación dada en el párrafo 6 de su comentario no es del todo convincente.

19. En cuanto al proyecto de artículo 23, que se basa en el proyecto de artículo 18 [19], sobre la contaminación o las emergencias ambientales, presentado en el anterior período de sesiones<sup>5</sup>, sería preferible hacer concordar la segunda oración del párrafo 1 con el fondo del párrafo 1 del proyecto de artículo 18, en el que se ha tratado de definir las emergencias en cuestión con más claridad. Otra posibilidad sería incluir en el artículo sobre términos empleados una definición de los peligros o las situaciones de urgencia relacionados con las aguas y modificar la segunda oración del párrafo 1 en consecuencia. En realidad, el orador es partidario de la segunda opción.

20. Por lo que respecta a la sugerencia formulada en el párrafo 5 del comentario, el orador no puede aceptar que se imponga a los Estados que se benefician de medidas de protección o de otras medidas la obligación de compensar a los terceros Estados por las medidas adoptadas, a menos que se introduzca una disposición que exija la contribución

sobre una base equitativa. Finalmente, no tiene una opinión formada sobre el punto planteado en el párrafo 6 del comentario, porque las razones para ello no se han explicado suficientemente, aparte del hecho de que varios oradores han puesto de relieve la cuestión.

21. El Sr. NJENGA da las gracias al Relator Especial por su erudito y sin embargo realista análisis que hace posible que la Comisión vea la luz al final del túnel en un tema cuya terminación ha aparecido en otro tiempo tan evasiva. Sería útil que todos los proyectos de artículos presentados hasta ahora, incluidos los últimos, se reprodujeran en un solo documento para que los miembros pudieran apreciar la extensión del terreno cubierto hasta la fecha. El orador apoya plenamente los proyectos de artículos 22 y 23 y sus observaciones no han de entenderse como críticas, sino simplemente como palabras de aliento al Relator Especial.

22. El quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2) representa un esfuerzo resuelto por concretar la obligación de los Estados, en particular los Estados que comparten cursos de agua, de cooperar en beneficio mutuo. La necesidad imperativa de cooperar en la explotación de los «bienes comunes» internacionales y del medio ambiente, no sólo entre los Estados, sino también entre los Estados y las organizaciones internacionales competentes, nunca ha sido tan grande como en la actualidad, en que tal explotación se está aproximando rápidamente al máximo nivel sostenible. El informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (*ibid.*, párr. 78) y el informe del Grupo de Expertos sobre derecho ambiental, titulado *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations* (*ibid.*, párr. 79), demuestran ampliamente la necesidad de una obligación general de cooperar en la obtención y difusión de datos. Esa obligación también abarca la comunicación de información pertinente a otros Estados interesados a fin de prevenir o reducir al mínimo los daños transfronterizos, sean ocasionados por situaciones de emergencia o por otras actividades con posibilidades de crear daños apreciables. Como ha señalado el Relator Especial (*ibid.*, párr. 80), organizaciones intergubernamentales y organizaciones internacionales no gubernamentales reconocen por igual la necesidad de cooperar e incluso colaborar para prevenir y reducir los riesgos y peligros relacionados con el agua. El efecto de calentamiento de la Tierra y la reducción de la capa de ozono dan testimonio también de la necesidad de cooperar en asuntos ambientales.

23. En su informe, el Relator Especial se ha referido a muchas observaciones pertinentes hechas en estudios por distintos expertos, pero no hay que dejarse llevar por el entusiasmo de esos expertos. Es difícil convenir con E. Brown Weiss (*ibid.*, párr. 81) en que el derecho internacional consuetudinario reconoce «el deber de minimizar el daño ambiental mediante la notificación oportuna, el suministro de información y la cooperación a los efectos de minimizar el daño» y en que «parece haber consenso en el sentido de que en derecho internacional el incumplimiento de la obligación... de impedir accidentes y minimizar el daño da lugar a la responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes». La cooperación internacional no debe enfocarse desde el punto de vista de los derechos y deberes de los Estados, sino más bien en el contexto de las obligaciones de los Estados basadas en relaciones de buena vecindad. Este enfoque se ve confirmado por los

<sup>5</sup> *Ibid.*, pág. 36, nota 94.

ejemplos de disposiciones bilaterales y multilaterales o acuerdos de cooperación entre los Estados que comparten cuencas hidrográficas sobre planificación, formulación de políticas y ejecución, mencionados por el Relator Especial en su informe. Ciertamente, ésta es la experiencia africana, como demuestra el documento preparado por R. D. Hayton para la Reunión interregional sobre aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres, especialmente en la región de África, en octubre de 1988 (*ibid.*, párr. 83).

24. Como señala el Relator Especial (*ibid.*, párr. 86), el deber general de prevenir o reducir al mínimo los daños incluye las obligaciones de intercambiar información relativa a las condiciones que influyen en el problema de que se trate; entablar consultas, previa solicitud, con los Estados que puedan resultar afectados para determinar medidas de seguridad; notificar prontamente el peligro, y cooperar para reducir los daños. Se ha subrayado acertadamente la importancia en este contexto de la obligación de no causar daños apreciables, recogida ya en el artículo 8 aprobado provisionalmente en el período de sesiones anterior<sup>6</sup>.

25. En cuanto a los fallos judiciales y laudos arbitrales citados en el informe (*ibid.*, párrs. 89 y ss.), se observará que la tendencia predominante a citar *obiter dicta* en apoyo de una determinada opinión, pero haciendo caso omiso del fondo de las sentencias, ha sido criticada recientemente por Sir Robert Jennings en una reunión organizada por el Instituto de los Países Bajos para el Derecho del Mar. Esta crítica se ha formulado en conferencias de derecho internacional y en la CIJ, pero se podía haber muy bien dirigido a la Comisión. No es posible recordar de repente el número de veces que se han citado, en apoyo de una determinada opinión, el asunto del *Estrecho de Corfú*, el arbitraje del *Lago Lanós*, el arbitraje de la *Fundición de Trail* y el asunto de la *Plataforma continental del mar del Norte*. Sin embargo, cada uno de estos asuntos trata de una cuestión muy concreta. Si bien no cabe subestimar la importancia de los pronunciamientos generales hechos en relación con esos fallos o laudos, conviene ser prudente con respecto a la medida en que pueden considerarse como enunciados de derecho consuetudinario general: simplemente constituyen pruebas de principios de derecho internacional nacientes.

26. El orador aprecia mucho los útiles comentarios del Relator Especial sobre otros problemas y condiciones relacionados con el agua (*ibid.*, párrs. 105 y ss.), con especial referencia a la infiltración de agua salada y a la sequía y la desertificación. Aunque toda la comunidad internacional se enfrenta con esos problemas, es en el tercer mundo, y especialmente en África, donde revisten más gravedad, debido a la falta de la infraestructura y los recursos necesarios para hacerles frente. No se puede menos de estar de acuerdo con la conclusión del Relator Especial de que en el proyecto se deben incluir la infiltración de agua salada y la sequía y la desertificación, en particular en relación con la cooperación regional e internacional.

27. Como ya ha dicho, el orador apoya plenamente los proyectos de artículos 22 y 23 sobre riesgos, peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas. El artículo 22, relativo a la cooperación en relación con una serie de riesgos, contiene una lista, a saber, las inundaciones, la presencia de hielo, los problemas relacionados con

el avenamiento, las obstrucciones de la corriente, la sedimentación, la erosión, la infiltración de agua salada, la sequía y la desertificación. Es de suponer que no se pretenda que esta lista sea exhaustiva, y la obligación de cooperar se extendería a otros riesgos relacionados con el agua, incluidas las enfermedades propagadas por el agua, como la oncocercosis. Desearía que se aclarara la expresión «tanto estructurales como no estructurales» en el apartado b del párrafo 2 y no cree que la sugerencia del Sr. Reuter (2123.ª sesión, párr. 27) de que se modifique el apartado c del párrafo 2 para que diga «prosecución» en lugar de «preparación» sea una mejora en la versión inglesa.

28. Respecto al artículo 23, propondría que se ampliase su alcance para abarcar no sólo a los Estados del curso de agua y las organizaciones intergubernamentales, sino también a otros Estados que puedan tener información pertinente sobre peligros o situaciones de emergencia relacionados con el agua. Los países que poseen tecnología moderna y más en particular hacen uso de satélites pueden obtener información sobre desastres inminentes como inundaciones, terremotos y huracanes mucho antes que muchos Estados del curso de agua. La información de ese tipo debe ser comunicada inmediatamente a todos los Estados que puedan verse afectados.

29. La sugerencia que se hizo en la Sexta Comisión de la Asamblea General de que los Estados beneficiarios de medidas de protección o de otras medidas deben estar obligados a compensar a terceros Estados por esas medidas es aceptable, pero sería mejor exigir la contribución de una manera equitativa y no la compensación. El orador puede aceptar los cambios de redacción sugeridos a este respecto por el Relator Especial en su comentario al artículo 23 (párr. 5).

30. Finalmente, apoya la idea de incluir una disposición por la que se requiera o se aliente a un Estado afectado por un desastre a aceptar la asistencia ofrecida si no tiene medios adecuados para responder a una situación de emergencia o a un desastre. La generosa asistencia internacional prestada a Etiopía y otros países africanos, con motivo de la reciente sequía y hambre, ha sido reconocida en todo el continente africano. Otros ejemplos de esa asistencia internacional son la prestada a consecuencia del devastador huracán de Jamaica, el grave terremoto de Armenia y las vastas inundaciones de Bangladesh. Tal disposición sería afín al principio que está bien sentado en el derecho de los refugiados, a saber, que la concesión de asilo no es un acto hostil ni una injerencia en los asuntos internos del país de origen.

31. El Sr. TOMUSCHAT dice que el Relator Especial ha hecho a la vez fácil y ardua la tarea de la Comisión. Fácil porque ha identificado y detallado escrupulosamente las fuentes en que se basa y ardua porque ha hecho que resulte difícil discrepar de él. La Comisión está ahora en el camino acertado y quizá pueda completar su examen en primera lectura del conjunto del proyecto de artículos.

32. Las fuentes demuestran que el Relator Especial se mueve en terreno seguro en su tratamiento de los nuevos proyectos de artículos 22 y 23, aunque no ha logrado del todo demostrar que las normas pertinentes deben considerarse como normas que han adquirido la fuerza del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la tarea de la Comisión comprende el desarrollo progresivo del derecho

<sup>6</sup> Véase nota 4 *supra*.

internacional y no puede desconocer las tendencias generales de los recientes acuerdos internacionales u otros instrumentos sobre los cursos de agua. La mayor parte de lo que se expone en los artículos es prácticamente evidente por sí mismo: incluso alguien sin experiencia alguna en derecho internacional sobre los cursos de agua, que utilizara sólo la lógica o el sentido común como sus principales herramientas, hubiera llegado a conclusiones similares. Ciertamente, el orador no quiere decir con eso que las propuestas sean triviales. Sin embargo, aun cuando lo fueran, las exigencias más fundamentales de la justicia natural a veces parecen triviales desde un punto de vista conceptual, aunque eso no disminuye en modo alguno su importancia intrínseca.

33. Por lo que respecta al artículo 22, el orador preferiría que el deber de prevención, que ahora se enuncia en el párrafo 3, se colocara al principio. En un tratado internacional, el elemento primario sigue siendo la obligación individual de cada una de las partes contratantes. El deber de cooperar surge únicamente sobre la base de ese deber específico de prevenir. La cooperación con otros Estados con miras a evitar o mitigar los riesgos relacionados con el agua no es más que un método de cumplir el deber general de prevención que constituye el fondo del artículo. La acción individual todavía antecede a la acción colectiva, incluso hoy en que las formas de acción colectiva se están desarrollando a un ritmo cada vez más rápido.

34. El orador no está de acuerdo con el Sr. Bennouna en que el artículo 22 no sea útil porque repite meramente las disposiciones del artículo 8 (Obligación de no causar daños apreciables) aprobado provisionalmente en el período de sesiones anterior<sup>7</sup>. El artículo 8 sólo abarca los usos de los cursos de agua, mientras que en los proyectos de artículos 22 y 23 se enuncia un deber general de impedir ciertos efectos perniciosos; aun cuando un Estado no utilice un curso de agua, debe tomar medidas para impedir esos efectos perjudiciales. El artículo 22 desarrolla así el artículo 8 y su alcance es más amplio. Además, la repetición no representa un inconveniente: la obligación general de facilitar datos e información expuesta en el artículo 10, por ejemplo, se repite en un contexto específico en el artículo 11<sup>8</sup>.

35. El orador pone objeciones a la palabra «problemas» en el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 22 porque el apartado se refiere a los acontecimientos o fenómenos naturales enumerados en el párrafo 1 que, con un juicio de valor, podrían calificarse de «riesgos». Esto plantea una cuestión de redacción en relación con el párrafo 1: ¿Puede llamarse a una inundación «efecto perjudicial»? El orador preferiría que la lista de conceptos clave se modificara utilizando la palabra «riesgos», ya que la mención de «condiciones dañinas» y «efectos perjudiciales» no añade nada al fondo de la disposición y no la hace más concreta.

36. La expresión «tanto estructurales como no estructurales» en el apartado *b* del párrafo 2 requiere más explicaciones y el orador se pregunta si es realmente necesario incluir la frase «cuando tales medidas puedan resultar más eficaces que las tomadas individualmente por los Estados del curso de agua». También el apartado *c* del párrafo 2

debe ser más conciso. El orador entiende que se refiere a una evaluación de las medidas y estrategias empleadas en el marco de la cooperación mutua. Los ejemplos de las posibles formas de cooperación en estas disposiciones son sin duda útiles en cuanto que crean una cierta conciencia de las medidas que pueden tomarse para dar forma concreta a la cooperación.

37. La afirmación del Relator Especial en el párrafo 3 de su comentario al artículo 22 acerca del deber de un Estado del curso de agua real o potencialmente afectado de facilitar compensación por las medidas de protección parece demasiado general. Es muy posible que esa obligación surja en circunstancias concretas, pero ésa no puede ser la situación normal, puesto que el «Estado de origen» tendrá un deber general de prevención de conformidad con los artículos.

38. El orador coincide con otros miembros en que en el artículo 23 se debe identificar con más precisión el objeto específico. Podría ser una mejora simplificar el título reduciéndolo a «Situaciones de emergencia» o se podría incluir una definición en el artículo sobre términos empleados.

39. El párrafo 3 del artículo 23 plantea también una interesante cuestión jurídica: en una convención, a la que pueden tener acceso sólo los Estados, ¿se puede obligar a las organizaciones internacionales a cooperar para tratar de superar una situación de emergencia? En términos estrictamente jurídicos, una organización internacional es un sujeto independiente de derecho internacional. Por consiguiente, quizá sea aconsejable utilizar la palabra «deberán» en relación con esas organizaciones.

40. El orador no cree que sea necesario utilizar cláusulas de reserva tan generales como «en la medida que permitan las circunstancias», también en el párrafo 3. Está perfectamente claro que el deber de cooperar tiene limitaciones intrínsecas. Siempre que el derecho internacional establece una obligación de tomar medidas positivas, esa obligación se ha de entender no como absoluta, sino como condicionada por el criterio de lo que es razonable. Puesto que combatir las situaciones de emergencia redundaría en interés recíproco de los Estados interesados, es su propio bienestar lo que promueven, y la posibilidad constituye una limitación natural a lo que se les pueda exigir hacer en consonancia con el concepto de diligencia debida.

41. Por lo que respecta a la cuestión planteada en el quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2) sobre la posibilidad de incluir normas primarias y secundarias, el orador conviene con el Sr. Al-Qaysi en que no se puede dar una respuesta general en la presente etapa. Una vez que se hayan presentado a la Comisión todos los artículos sustantivos, ésta podrá hacer distinciones si considera que ciertas obligaciones incluidas en el proyecto van tan lejos que puede ser conveniente establecer alguna limitación de las consecuencias de su incumplimiento. La idea de un organismo internacional de los cursos de agua mencionada por el Sr. Bennouna es un ideal, pero no es una perspectiva viable. Los organismos de los cursos de agua pueden ser deseables en el ámbito regional, pero en un nivel internacional más amplio serían demasiado difíciles de manejar.

42. El Sr. Sreenivasa RAO felicita al Relator Especial por su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), que incita a la reflexión y que además de ser muy estimulante es también muy ameno. La amplia comprensión con que

<sup>7</sup> Véase nota 4 *supra*.

<sup>8</sup> Para el texto de los artículos 10 y 11, aprobados provisionalmente por la Comisión en su período de sesiones anterior, véase *Anuario* .. 1988, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38.



el Relator Especial aborda su difícil tema es de celebrar; la perspectiva global necesaria para abarcar factores tales como el recalentamiento de la Tierra, el «efecto de invernadero», etc., es bien visible y el sentido de idealismo que penetra el texto es elogiado. El orador simpatiza con el deseo del Relator Especial de ampliar el alcance de los deberes de los Estados de establecer mecanismos de cooperación internacional y prestar asistencia a las víctimas en situaciones de emergencia. No obstante, hay varias cuestiones de carácter general y de carácter más concreto.

43. Primero, el orador se pregunta hasta qué punto la serie de tratados bilaterales mencionados en el informe en relación con las inundaciones y otros problemas conexos pueden considerarse como indicativos de principios de derecho internacional. Los tratados, por su propia naturaleza, obligan únicamente a las partes y nunca pueden imponer obligaciones a quienes no lo son. Conviene dar muestras de gran prudencia al extraer conclusiones en cuanto a su función en el derecho internacional consuetudinario. Naturalmente, cuando los Estados no partes se han basado en sus relaciones mutuas en tratados vigentes, las prácticas que han surgido así representan adiciones a una *opinio juris* y contribuyen al desarrollo del derecho internacional consuetudinario. Sin descartar esa posibilidad, el orador cuestiona no obstante que sea realmente necesario que la Comisión se ocupe de todos los numerosos tratados existentes en la materia que se examina.

44. La segunda cuestión general es si todos los materiales citados en el informe guardan relación y en qué medida con los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial. A su juicio, más que reflejar fielmente los principios enunciados en los tratados, declaraciones, resoluciones y recomendaciones mencionados en el informe, los artículos son una proyección de la preferencia personal del Relator Especial por un régimen más absolutista. Por ejemplo, en dos de los tratados citados sobre el tema de la alerta temprana del riesgo de inundaciones (*ibid.*, párr. 21) se emplea la frase «con la mayor anticipación posible» en relación con la información que se ha de comunicar, y sin embargo en los artículos ante la Comisión no se acentúa de manera similar esa condición de posibilidad. De igual modo, en todas las recomendaciones de las organizaciones intergubernamentales mencionadas hay unanimidad en cuanto a la importancia de los mecanismos institucionales de prevención, planificación y cooperación.

45. La enseñanza que se ha de extraer de la experiencia de muchos países es que ningún Estado puede abordar situaciones masivas de desastre sin ayuda; se necesita una respuesta mundial no sólo de otros gobiernos, sino también de fuentes privadas, como círculos industriales y comerciales, y de la ciencia y la tecnología. Si eso es cierto en el caso de los problemas relativamente simples causados por inundaciones transfronterizas, cuánto más lo será con respecto a los efectos del recalentamiento de la Tierra, la deforestación de la selva tropical o el «efecto de invernadero». Se requiere un enfoque equilibrado; cada uno de esos factores se ha de considerar por separado en lugar de agruparlos a efectos de determinar la responsabilidad. Por ejemplo, ciertas formas de uso de la tierra y el agua no son sólo tradicionales, sino en algunos casos inevitables debido al crecimiento de la población o la rápida industrialización. A veces, los gobiernos se ven obligados por necesidad práctica a talar árboles o a ocupar llanuras expuestas a inundaciones. En tales casos sería un error cen-

surar a los países interesados. Lo único que la comunidad internacional puede hacer es tratar de ofrecer un marco institucional para la asistencia internacional y para las medidas de cooperación y de educación. El pleno conocimiento del problema requiere una consideración más atenta y reflexiva de todos los factores involucrados.

46. El orador no desea sugerir que no se deba hacer responsables a los países de actos que cometen voluntariamente con pleno conocimiento de las posibles consecuencias perjudiciales para los países vecinos u otros países. En presencia de una prueba clara de un vínculo causal directo entre una actividad realizada en un Estado y los efectos perjudiciales sufridos en otro, existe sin duda una situación de responsabilidad. Sin tratar de minar ese concepto en modo alguno, el orador meramente desea propugnar la cautela en casos menos claros en los que pueden intervenir una multiplicidad de factores y formas tradicionales de comportamiento. Una vez más hay que hacer hincapié en la cooperación y la asistencia internacional y en la institucionalización de las medidas preventivas y planes de emergencia. El informe mismo del Relator Especial es más circunspecto y moderado a este respecto que los artículos propuestos.

47. En el informe se mencionan las consideraciones de humanidad (*ibid.*, párrs. 90 y 91) como uno de los fundamentos básicos para extraer ciertas conclusiones de los fallos de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* y en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*). En opinión del orador, estos fallos no ofrecen una guía muy útil en el presente contexto. Tampoco considera lógico invocar consideraciones de humanidad en relación con las inundaciones y otros desastres naturales y no con respecto a problemas más fundamentales, como los de la pobreza, las enfermedades y el hambre o los principios del comercio internacional. La realidad práctica no permite sacar conclusiones prácticas de los principios del llamado «derecho flexible». Personalmente, acogería con gran satisfacción el desarrollo de esas doctrinas, pero duda de que, hasta el advenimiento de un mundo más ilustrado, puedan aplicarse a situaciones concretas. De igual modo, parece forzado introducir cuestiones de derechos humanos en el examen del presente tema.

48. Volviendo a los proyectos de artículos, el orador preferiría que se omitiesen en el párrafo 1 del artículo 22 las palabras «de manera equitativa». En los casos en que los Estados del curso de agua interesados han alcanzado diferentes niveles de desarrollo, parece indudable que cooperarán habida cuenta de sus respectivas capacidades. No es necesario introducir una norma jurídica a tal efecto y además no se encuentra tal disposición en los materiales estudiados en el informe.

49. Las palabras «todas las medidas» en el párrafo 3 son un ejemplo del enfoque absolutista a que el orador se refería anteriormente. Parece que sería más apropiada la expresión «todas las medidas posibles» y menos dura para los Estados del curso de agua que, según el texto actual, estarían obligados a demostrar que han hecho todo lo posible para no causar un desastre. Como comentario general a este respecto, el orador señalaría que el Relator Especial evidentemente trata de conciliar dos preocupaciones diametralmente opuestas: la de pedir cuentas a los Estados del curso de agua que se dedican a actividades perjudiciales y la de fomentar la cooperación a largo plazo. También



desde este punto de vista es recomendable una referencia a «todas las medidas posibles».

50. La frase «bajo su jurisdicción o control», también en el párrafo 3, podría acortarse para decir solamente «bajo su jurisdicción», pues «control» no añade nada al significado de «jurisdicción» si se utilizan juntos los dos términos. Si, por otra parte, el propósito es considerar como opciones alternativas «jurisdicción» y «control», el resultado no sería muy útil: es difícil aceptar la noción de control sin jurisdicción.

51. El orador no está del todo satisfecho con la idea, en el mismo párrafo, de que los Estados del curso de agua deben asegurar que sus actividades «se ejecuten de manera que no se creen riesgos...», fórmula que parece imponer una carga excesivamente pesada a los Estados del curso de agua. Se puede interpretar, por ejemplo, en el sentido de que un Estado no debe permitir que su población se amplíe indebidamente y con ello produzca algunos efectos no deseables. El artículo 22 no debe imponer a los Estados obligaciones que no puedan cumplir. En consecuencia, las palabras en cuestión deben sustituirse por «se realicen de tal modo que prevengan, mitiguen y, en la medida de lo posible, no provoquen riesgos...». Una formulación de ese tipo no colocaría a los Estados en una situación imposible y aseguraría una aceptación más amplia del proyecto.

52. La referencia en el párrafo 1 del proyecto de artículo 23 a los Estados «que puedan resultar» afectados suscita alguna dificultad. Ciertamente, esta expresión precisa aclaración. En algunas situaciones, como las inundaciones, el significado de «Estados que puedan resultar afectados» será bastante claro. En otras, como los efectos de la deforestación, será difícil determinar qué Estados pueden resultar afectados. Naturalmente, el criterio sería imposible de aplicar con respecto a fenómenos tales como el recalentamiento de la Tierra o el «efecto de invernadero». En lo que respecta a los cursos de agua, se recordará que en el período de sesiones anterior se celebró un prolongado debate sobre el tema: cuando las aguas fluyen al mar, llevando consigo la contaminación, el número de Estados posiblemente afectados será grande y podrá haber incertidumbre en cuanto a su identificación. El orador también tiene dudas acerca de las palabras «o de los que tengan conocimiento», en el mismo párrafo. Un país como los Estados Unidos de América, con la ayuda de sus satélites, tiene conocimiento de mucho de lo que sucede en todo el mundo. Es discutible si en esa situación se puede decir que el Estado interesado tiene la obligación jurídica de informar a otros Estados. El orador preferiría que el tema se tratara como una cuestión de cooperación y no de obligación jurídica.

53. En el párrafo 5 de su comentario al artículo 23, el Relator Especial se refiere a una sugerencia formulada en la Sexta Comisión de la Asamblea General en el sentido de que debe pedirse a los Estados beneficiados de las medidas de protección u otras medidas que compensen a terceros Estados por las medidas adoptadas, y añade que en principio no tiene objeciones a ello siempre que la contribución se haga únicamente en forma equitativa. El orador preferiría un enfoque más equilibrado basado en el concepto de resarcimiento mutuo. En el párrafo 6 del comentario, el Relator Especial invita a la Comisión a considerar si debe incluirse una disposición por la que un Estado afectado por un desastre deba aceptar la asistencia ofrecida sin considerar ese ofrecimiento como injerencia

en sus asuntos internos. Evidentemente, no se puede obligar a ningún Estado a aceptar la asistencia. Teniendo presente el hecho de que la asistencia ofrecida en casos de sequía o de hambre a menudo lleva consigo ciertas condiciones, debe preservarse el derecho del Estado interesado a decidir aceptar o no la asistencia.

54. El Sr. BEESLEY elogia la claridad de pensamiento del Relator Especial y su gran erudición, tan evidente en su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2).

55. Se han formulado algunas críticas injustas al Relator Especial por apoyarse en gran parte en el contenido de acuerdos bilaterales. El hecho es que la mayoría de los problemas relativos a cursos de aguas internacionales son problemas bilaterales que se resuelven mediante tratados bilaterales. En lo que respecta al presente tema, son en la práctica las principales fuentes disponibles. Se han hecho críticas similares al Relator Especial por apoyarse en los fallos de tribunales como prueba de la práctica de los Estados. Sin embargo, no se puede hacer caso omiso de esos fallos aunque algunos de ellos no hayan obtenido una aprobación unánime. Si esos fallos reflejan el derecho consuetudinario es otro asunto, pero por lo menos son apropiados porque se pueden encontrar en ellos los elementos comunes de la práctica de los Estados. El orador mismo está acostumbrado a tomar seriamente los tribunales, y en su experiencia, lo que se enuncia como un principio general de derecho normalmente refleja tales principios o conduce a su aceptación. A falta de una sentencia más autorizada, por ejemplo de la CIJ, los fallos de los tribunales en las controversias bilaterales constituyen la mejor fuente con respecto al fondo del proyecto de artículos.

56. No obstante, lo importante es que los principios que se recogen en los proyectos de artículos 22 y 23 no contradicen las disposiciones de ningún acuerdo bilateral o los laudos de los tribunales arbitrales. El orador no experimenta dificultad alguna con respecto al fondo y enfoque de sentido común de esos artículos, aunque sus observaciones sobre ese punto, así como sobre otros, son condicionales con respecto a la cuestión del propósito final del proyecto de artículos, cuestión sobre la que no tiene una opinión definida. A su entender, la Comisión todavía no ha decidido si el resultado del proyecto será un acuerdo residual, un acuerdo general o un acuerdo marco. Los informes del Relator Especial indican en todo caso que el proyecto final no surgirá como una propuesta de instrumento destinado a legislar derecho rígido para toda la humanidad. Dado que su finalidad será más bien facilitar directrices para los Estados, no es necesario que en el texto se especifiquen todas y cada una de las situaciones. Así, existe una marcada diferencia entre el presente tema y el de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, respecto del cual el proyecto de artículos está redactado en forma legislativa.

57. Se han dividido las opiniones en cuanto a si la responsabilidad en el presente tema debe basarse en el daño o en el riesgo, pero nadie, ni en una ni en otra posición doctrinal, ha atacado el fondo del proyecto de artículos. Por el contrario, el orador ve una convergencia de ambas doctrinas en la cuestión de las medidas preventivas. A este respecto, el orador no se aferra a la fórmula del párrafo 1 del artículo 22 en el sentido de que la cooperación con respecto a las medidas preventivas debe efectuarse

«de manera equitativa», aunque la cooperación de manera equitativa es ciertamente preferible a la cooperación de manera no equitativa. De hecho, hay alguna jurisprudencia en apoyo de la fórmula «de manera equitativa».

58. La referencia a «todas las medidas» en el párrafo 3 debe mantenerse, pues es mejor que una formulación más débil como «la mayoría de las medidas» o «algunas medidas». Lo mismo puede decirse de «todas las medidas necesarias» en comparación con «todas las medidas prácticas».

59. El uso de la expresión «que puedan resultar» entre las palabras «Estados» y «afectados» en el párrafo 1 del artículo 23 ha suscitado algunas críticas. Por su parte, al orador no se le ocurre una expresión mejor que «Estados que puedan resultar afectados». Es esencial no excluir a ningún Estado que pueda verse afectado en el futuro y no esperar que suceda un desastre para actuar. Hay que admitir, como ha señalado el Sr. Sreenivasa Rao, que en el caso de algunos fenómenos puede verse afectado prácticamente todo el mundo. Evidentemente, la única solución es adoptar un planteamiento de sentido común de la aplicación de la norma en cuestión. La terminología empleada en el artículo 23 debe examinarse más a fondo, pero el enfoque subyacente está bien fundado.

60. A este respecto, es interesante destacar la observación de Jan Schneider en su libro publicado en 1979<sup>9</sup> que postula «el derecho de todos los pueblos de la presente generación y de las futuras... a la libertad, la igualdad y las condiciones de vida adecuadas en un medio que permita una vida de dignidad y bienestar». Ese pasaje describe un marco conceptual que aclara los derechos humanos de la humanidad en un derecho cooperativo y efectivo del medio ambiente. Para Schneider ese derecho tiene dimensiones ecológicas y de derechos humanos. Personalmente, el orador tiende a ver todas las ramas del derecho en cuestión convergiendo en lo que es cada vez más una dimensión de derechos humanos. El asunto requiere un enfoque holístico, interdisciplinario, si los problemas se han de solucionar.

61. Cabe hacer unos breves comentarios sobre la doctrina que basa la responsabilidad solamente en el riesgo y que el orador llamaría «la doctrina de la posibilidad del riesgo». Si el Relator Especial hubiera eliminado toda responsabilidad basada en el daño o perjuicio y la hubiera basado exclusivamente en el riesgo, probablemente habría logrado disposiciones muy similares. Por su parte, el orador puede aceptar que se tenga en cuenta el riesgo en materias tales como la prevención, pero tiene dificultades con todo enfoque de la posibilidad del riesgo más general. Nadie sugiere que deba haber compensación por un hecho antes de que se produzca; en otras palabras, la doctrina de la posibilidad del riesgo se basa en el reconocimiento del riesgo en forma retroactiva. Cuando se produce un acontecimiento se llega entonces a la conclusión de que hubo un riesgo de antemano. Así, se argumenta que el riesgo no es previsible y sin embargo que es mensurable; idea algo confusa. Al mismo tiempo, el concepto de riesgo tiene la ventaja de ser aplicable a los acontecimientos continuos y a los acontecimientos aislados. Otra dificultad surge a este respecto: si el riesgo no es previsible, ¿cómo

es posible determinar lo que se ha de hacer para prevenirlo? En el caso de alguien que está moribundo, por ejemplo, es difícil ver la utilidad de una apreciación retroactiva del riesgo de muerte —lo que se ha hecho no se puede deshacer—. Evidentemente, el enfoque del riesgo exige un estudio más a fondo; si se adopta, debe considerarse como desarrollo progresivo y no como codificación del derecho. Al parecer, el riesgo no entraña ninguna consecuencia jurídica hasta que se produce el acontecimiento; la palabra «acontecimiento» se usa como un término neutro que no tiene connotación de culpa. Por su parte, el orador cree que quizás no deba permitirse que se realicen en absoluto las actividades que claramente crean un grave riesgo. El problema naturalmente es quién actuará como juez. Los ingenieros que construyen presas, por ejemplo, siempre asumen riesgos calculados. Normalmente un riesgo sólo se conoce cuando es demasiado tarde para tomar ninguna acción efectiva. Sin embargo, no se trata de descartar el concepto de riesgo totalmente; sin duda, tiene una función en cuestiones de prevención y quizás hasta de mitigación.

62. Finalmente, el orador sugeriría que los proyectos de artículos 22 y 23 se formulen de manera que establezcan un equilibrio entre las dos corrientes de pensamiento. El enfoque concreto que ha resultado puede también aplicarse a otros temas que examina actualmente la Comisión. El Relator Especial ha revelado que es un eminente publicista en la materia y que está plenamente en contacto con el tema; ha dado a la Comisión directrices muy completas para el tratamiento del tema.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2125.ª SESIÓN

*Martes 27 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Shi, Sr. Solari Tude-la, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (continuación)** [A/CN.4/412 y Add.1 y 2<sup>1</sup>, A/CN.4/421 y Add.1 y 2<sup>2</sup>, A/CN.4/L.431, secc. C, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.4]

[Tema 6 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

<sup>9</sup> J. Schneider, *World Public Order of the Environment. Towards an International Ecological Law and Organization*, University of Toronto Press, 1979.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

## PARTE VI DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS:

ARTÍCULO 22 (Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas) y

ARTÍCULO 23 (Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas)<sup>3</sup> (*continuación*)

1. El Sr. BARBOZA felicita al Relator Especial por la calidad de su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), en el que expone claramente la práctica internacional en la materia. ¿Pero refleja esta práctica una costumbre internacional? Personalmente, el orador cree que algunas obligaciones de notificación, información y prevención, por ejemplo, son formas de cooperación debidamente establecidas en derecho internacional. Quizá, por otra parte, no reviste una importancia decisiva el saber si estas obligaciones son o no normas de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial propone en efecto obligaciones razonables, necesarias para la aplicación de la futura convención, sólidamente ancladas en la práctica de los Estados. Su fuerza jurídica no dependerá del derecho consuetudinario, sino de la convención que finalmente se apruebe.

2. En cuanto a saber si hay que incluir normas secundarias (*ibid.*, párr. 5), el orador dice que éste no se refiere a la responsabilidad y que vale más dejar que se apliquen las normas generales que prevén toda clase de situaciones, incluido el incumplimiento de las obligaciones enunciadas en los artículos. Además, parece preferible no complicar la tarea del Relator Especial encargando del tema de la responsabilidad de los Estados enunciando normas especiales en el presente proyecto.

3. Citando los títulos de la parte VI del proyecto y del proyecto de artículo 22, el orador señala que en inglés el término «hazard» tiene un doble significado: de una parte, remite al riesgo; de otra, al hecho que se produce efectivamente, es decir, a la «condición dañina». Una crecida, por ejemplo, es un «riesgo» vinculado a la existencia misma del curso de agua, pero es también una «condición dañina» una vez que se ha producido. En estos títulos y en el texto mismo del proyecto de artículo 22 se repite un mismo concepto; quizá se podrían suprimir las palabras «condiciones dañinas». Por otra parte, la expresión «efectos perjudiciales» tiene un sentido demasiado amplio: la Comisión no tiene por qué preocuparse de todos los efectos imaginables resultantes del uso de los sistemas de cursos de agua, sino únicamente del perjuicio derivado de los riesgos relacionados con el agua. En español, la expresión «condición dañina» no parece tener un sentido preciso en este contexto y sería fuente de dificultades.

4. El artículo 22 se divide en dos partes, la primera relativa a los riesgos naturales y la segunda a los riesgos provocados por el hombre o a los cuales contribuye la actividad humana. En la primera parte, el Relator Especial vuelve manifiestamente a la noción de «cuenca», que pone de relieve las relaciones recíprocas no solamente entre las aguas de un mismo curso de agua, sino también entre esas aguas y otros diversos factores. ¿Cómo negar, en efecto, que las aguas de un sistema de curso de agua constituyen un recurso natural compartido? ¿Y qué hay de más convincente que los proyectos de artículos 22 y 23 para poner

de relieve el carácter de recurso natural compartido de un sistema de curso de agua? Pero si se admiten estas relaciones recíprocas entre las aguas y los demás factores de que se trata, hay que suprimir entonces los corchetes que encierran la palabra «sistema» en los proyectos de artículos anteriores.

5. En cuanto al párrafo 3 del artículo 22, que se refiere a los riesgos en los que el hombre desempeña un papel, no parece tener utilidad práctica: el proyecto de artículo 8 aprobado provisionalmente en el período de sesiones anterior<sup>4</sup> prohíbe ya a los Estados que causen daños apreciables a los demás Estados del curso de agua y esta prohibición debe extenderse naturalmente al deber de diligencia, es decir, a la obligación de prevención. Por otra parte, el Relator Especial reconoce en el párrafo 6 de su comentario al artículo 22 que «esta obligación no es más que una aplicación concreta del artículo 8». Además, las disposiciones de la parte III del proyecto (Medidas proyectadas) pueden aplicarse también en gran medida a las actividades previstas en el párrafo 3 del artículo 22. El artículo 11<sup>5</sup>, en particular, tiene un alcance muy amplio, puesto que no se refiere únicamente a las medidas proyectadas para un curso de agua, sino a las medidas proyectadas en general.

6. No obstante, desde otro punto de vista, el párrafo 3 del artículo 22 va más allá de la prohibición de causar daños apreciables y parece introducir en el proyecto un concepto muy general del derecho del medio ambiente. Se observará, en efecto, que se trata aquí de actividades correspondientes a la «jurisdicción o control» de los Estados del curso de agua, fórmula utilizada en otros instrumentos, como se sabe, para referirse a las actividades realizadas fuera del territorio de un Estado. ¿Pero cómo podría originar una inundación una aeronave o un buque en alta mar? Los cursos de agua tienen un carácter eminentemente territorial y no puede haber daño apreciable o catástrofe en un determinado país sin que se produzca un hecho suficientemente importante en un territorio más o menos vecino. Sin poner objeciones a la expresión «jurisdicción o control», el orador piensa que puede dar un alcance demasiado amplio al artículo 22.

7. En su comentario (párr. 6 al final), el Relator Especial explica que el párrafo 3 es «algo más amplio» que la disposición que cita del artículo 1 de los artículos sobre «Relación entre el agua, otros recursos naturales y el medio» aprobados por la Asociación de Derecho Internacional en 1980, «ya que el daño contra el cual ofrece protección no se limitaría al “daño a los recursos hídricos”». Como el texto de la Asociación de Derecho Internacional dice que la gestión de los recursos naturales no debe causar daños sustanciales a «los recursos hídricos de otros Estados», cabe preguntarse hasta dónde lleva el proyecto de artículo 22. ¿Es que el Relator Especial piensa aquí en las actividades que, realizadas en el territorio de un Estado del curso de agua o en cualquier lugar en que este Estado ejerza su jurisdicción o control, podrían afectar a las aguas de un sistema y causar así un riesgo en relación con las aguas u otros «efectos perjudiciales» sin relación con el curso de agua? Esto sería apartarse demasiado del tema de los cursos de agua. En efecto, es difícil, si no imposible, determinar la parte de la acción humana en ciertos desastres. En su informe, el Relator Especial habla, por ejem-

<sup>3</sup> Para el texto, véase 2123.ª sesión, párr. 1.

<sup>4</sup> *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 37.

<sup>5</sup> *Ibid.*

plo, de las consecuencias del recalentamiento del planeta sobre los peligros relacionados con el agua: ¿cómo determinar la influencia de cada uno de los factores de este tipo sobre un sistema de curso de agua o en caso de inundación? ¿En qué casos se aplicaría la futura convención o los otros instrumentos relativos a la protección de la atmósfera? Por lo demás, es significativo que los numerosos ejemplos sacados de la práctica internacional que se mencionan en el informe no se refieran a la acción humana: se refieren a fenómenos naturales o a otros ámbitos distintos del derecho de los cursos de agua. El orador aprueba, pues, los párrafos 1 y 2 del artículo 22, pero no considera útil ni jurídicamente fundado el párrafo 3.

8. Las medidas propuestas en el proyecto de artículo 23 sobre peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas son razonables. En el párrafo 2 se podría sustituir la expresión «todas las medidas viables» por «los mejores medios viables disponibles», para tener en cuenta la situación de los países en desarrollo. En el mismo párrafo, las palabras «prevenir» y «neutralizar» suponen una duplicación.

9. Finalmente, por lo que respecta al párrafo 3 del proyecto de artículo y al párrafo 4 del comentario del Relator Especial al artículo 23, cabe plantearse la cuestión de saber cómo obligar a los Estados de la región interesada o a las organizaciones internacionales que no son partes en la convención a cooperar para eliminar las causas y los efectos del peligro o de la situación de emergencia y para prevenir o minimizar el daño. No se trata, en efecto, de una obligación *erga omnes*, y sólo hay que tener en cuenta la fuerza de la ley del texto convencional.

10. El Sr. CALERO RODRIGUES, después de haber subrayado la riqueza del quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2) del Relator Especial, observa no obstante en él un cierto desequilibrio, en la medida en que sólo se dedican cinco páginas al texto de los proyectos de artículos 22 y 23 y a los comentarios y más de 80 a las fuentes. ¿Es segura la vinculación de toda esta documentación con el tema? Quizá se puedan extraer de una convención sobre el hielo concertada por los países de Europa del norte algunos principios aplicables al Amazonas o al Mekong, pero no es seguro. De igual modo, el Relator Especial se refiere a problemas mundiales como el recalentamiento de la Tierra, cuyo interés en relación con el tema parece dudoso. Al presentar su informe, ha hablado extensamente de las recientes inundaciones de Bangladesh: ¿qué puede enseñar este ejemplo sobre los derechos y las obligaciones de los Estados en las situaciones previstas en los proyectos de artículos 22 y 23? Toda esta documentación sólo puede ser verdaderamente útil si se analiza a fondo, cosa que los miembros de la Comisión no han podido hacer por falta de tiempo. Sería conveniente que en el futuro el Relator Especial introdujera el tenor de sus informaciones en los propios proyectos de artículos.

11. Los proyectos de artículos 22 y 23 plantean graves problemas de terminología. El orador recuerda a este respecto que el Relator Especial propuso un subtema sobre riesgos y peligros relacionados con el agua en el esquema presentado en su cuarto informe (A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párr. 7); que el proyecto de artículo 18 [19] presentado en 1988<sup>6</sup> trataba de las situaciones de emergencia relacio-

nadas con la contaminación o el medio ambiente, es decir, «una situación que afecta a un curso de agua internacional y que plantea una amenaza grave e inmediata para la salud, la vida, los bienes o los recursos hidráulicos» (párr. 1); que el párrafo 2 del artículo 18 [19] se refería a las circunstancias o incidentes que creen una situación de emergencia relacionada con la contaminación o el medio ambiente, y, finalmente, que en el período de sesiones anterior se sugirió que se adoptase un enfoque más general de la cuestión de las situaciones de emergencia, sin vincularlas necesariamente a la contaminación; si, en efecto, el alcance del proyecto de artículo 18 [19] era relativamente fácil de captar, no era tan fácil decidir si los Estados se enfrentaban en este caso con un riesgo o un peligro.

12. Los textos propuestos ahora para los artículos 22 y 23 parecen orientarse en otra dirección. El Relator Especial ha explicado que el primero trata de situaciones crónicas y el segundo de situaciones imprevistas. Pero esta distinción no se desprende claramente de la terminología empleada en estos dos textos. Por ejemplo, en el artículo 23 la expresión «situaciones de urgencia» pierde agudeza por razón de la palabra «peligros» que la precede. En el artículo 22 la noción de riesgo es vaga y no se ve el vínculo entre «nocividad» y los «efectos perjudiciales». En efecto, la condición se sitúa en un extremo del espectro y el efecto en el otro. Ahora bien, si se habla de nocividad y de «otros» efectos perjudiciales, ¿no quiere ello decir que la nocividad es un efecto perjudicial? De todas estas incertidumbres terminológicas se derivan problemas relativos al ámbito de aplicación de los dos artículos que no se podrán resolver sino definiendo con exactitud las situaciones previstas en cada uno de estos textos. En lugar de encargar al Comité de Redacción que encuentre el texto adecuado, la Comisión podría pedir al Relator Especial que modificara sus textos en este sentido.

13. Los proyectos de artículos 22 y 23 prevén situaciones que debidas a la acción humana o a acontecimientos naturales crean graves peligros para los cursos de agua u otros intereses. Lo importante aquí es, pues, definir las obligaciones y los derechos de los Estados interesados y en los dos casos, peligro inminente o situación de emergencia, la obligación general de cooperar, enunciada ya en el artículo 9 aprobado provisionalmente<sup>7</sup>, encuentra una aplicación precisa. A este respecto, el párrafo 1 del artículo 22 remite a la cooperación «de manera equitativa», fórmula que ya ha suscitado críticas, cuyo sentido exacto no explica el Relator Especial y que además no aparece en el párrafo 3 del artículo 23. ¿Son diferentes en el segundo caso las condiciones de la cooperación? Sea como fuere, parece preferible basarse en la noción de interés mutuo, que constituye una de las bases de la obligación general de cooperar enunciada en el artículo 9.

14. Por otra parte, en el artículo 22 la cooperación tiene por objeto prevenir o aminorar las situaciones de peligro inminente y en el artículo 23 eliminar las causas y los efectos del peligro o la situación de emergencia «en la medida que permitan las circunstancias» (párr. 3), restricción que no se prevé en el artículo 22, dado que está implícita en la fórmula «de manera equitativa», como explica el Relator Especial en su comentario al artículo 22 (párr. 2). Si el Relator Especial ha juzgado necesario in-

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 36, nota 94.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 37.

cluir esa calificación en el artículo 23 es quizá porque este texto va hasta prever entre los principales fines de la cooperación la eliminación de las causas de una situación de emergencia. Pero ¿cómo eliminar las causas de una inundación inminente, por ejemplo? La finalidad de la cooperación en estos dos artículos debería enunciarse en términos más modestos y más generales con el fin de descartar la necesidad de toda restricción.

15. Por lo que respecta a la idea de pedir la cooperación de los Estados del curso de agua (art. 22) e incluso de los Estados de la región afectada y de las organizaciones internacionales competentes (art. 23), el orador no ve en ello inconveniente grave, pero estima que el párrafo 3 del artículo 23 debería modificarse. Corresponderá a las partes en la futura convención tratar de obtener la cooperación de esos Estados y de las organizaciones internacionales y en términos jurídicos no se puede hacer de esta cooperación una obligación para los Estados y las organizaciones internacionales que no son partes.

16. En el artículo 22, en el que la cooperación toma la forma de intercambio de información, planificación y aplicación de medidas comunes, el párrafo 2 carece de claridad. En el apartado *b*, las consultas previstas constituyen un elemento de procedimiento superfluo y la expresión «tanto estructurales como no estructurales» ya ha sido criticada. De igual modo, el apartado *c* debería referirse simplemente a la continuación de las medidas. En general, en el artículo 22 y en el artículo 23, en que la cooperación toma la forma de preparación y ejecución de planes de emergencia, ¿es posible o siquiera útil precisar las formas o las modalidades de la cooperación si no es a título indicativo? ¿No sería preferible enunciar la obligación de cooperar e indicar sus fines dejando que los Estados definieran las formas y las modalidades de esta cooperación?

17. En cuanto a la obligación de suministrar información, enunciada en el artículo 10 aprobado provisionalmente<sup>8</sup> y confirmada en el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 22 y en el párrafo 1 del artículo 23, el orador estima que la información desempeña un papel tan preponderante en el caso de peligro inminente o de situación de emergencia que habría que dedicarle una disposición aparte para subrayar su importancia e indicar las características que debe tener. Esta disposición constituiría el primer párrafo de cada artículo por estar la información en la base de todas las medidas previsibles ulteriormente. Para ello se podría armonizar la estructura del artículo 22 con la del artículo 23.

18. Sobre la cuestión de la estructura, el orador hace observar que la obligación de los Estados de tomar inmediatamente medidas «concretas» —o más bien «apropiadas»— se enuncia claramente en el párrafo 2 del artículo 23, mientras que en el artículo 22 la obligación correspondiente no aparece hasta el párrafo 3 y en términos que no son del todo satisfactorios. Sin duda este párrafo recoge el artículo 8<sup>9</sup>, según el cual los Estados deben utilizar el curso de agua internacional de manera que no causen daños apreciables a los demás Estados del curso de agua. Pero va más lejos, puesto que no se aplica únicamente a las actividades vinculadas al uso del curso de agua, sino a todas las actividades sujetas a la jurisdicción o al control

del Estado. En otros términos, los Estados tendrían la obligación general de impedir toda actividad humana bajo su control y que, vinculada o no al curso de agua, pudiera crear una situación de peligro inminente para otros Estados. Aunque sea ésta una extensión considerable de la obligación de los Estados, quizás fuera aceptable si se precisara bien que se trata de situaciones en que el peligro inminente es de una amplitud considerable, mucho más grave que el daño apreciable previsto en el artículo 8. Hay que pensar que estas situaciones pueden ser consecuencia de causas naturales. ¿Estarán obligados los Estados incluso en este caso a tomar medidas unilaterales? La respuesta a esta cuestión sólo podrá darse después de un examen a fondo de todos los elementos en juego y en particular del alcance del artículo 22.

19. En resumen, el orador recomienda que se defina claramente el alcance de los artículos 22 y 23, precisando cada vez lo que se exige de los Estados en materia de información, medidas unilaterales y cooperación.

20. El Sr. AL-BAHARNA subraya el interés del quinto informe (A/CN.4/422 y Add.1 y 2) del Relator Especial, que, elaborado a partir de fuentes muy diversas, encierra informaciones de carácter científico e hidrológico eminentemente instructivas.

21. Los riesgos y peligros relacionados con el agua, sean provocados por causas humanas o por causas naturales, tienen consecuencias devastadoras y exigen por ello un control y una reglamentación a nivel internacional. No obstante, por lo que se refiere a las obligaciones, conviene sin duda hacer una distinción entre estas causas. El Relator Especial tiene razón al decir que «en los regímenes jurídicos de prevención, mitigación y reparación debe tenerse en cuenta no sólo la naturaleza del desastre..., sino también el grado en que la intervención humana contribuye a las consecuencias nocivas», y que, por consiguiente, «las obligaciones de los Estados del curso de agua aumentarán con el grado de participación humana» (*ibid.*, párr. 4). Falta dar forma a esas obligaciones y la tarea es ardua.

22. Observando que el Relator Especial invita (*ibid.*, párr. 5) a la Comisión a que indique si los proyectos de artículos en la materia deben contener, además de normas primarias que enuncien las obligaciones de los Estados del curso de agua, normas secundarias que precisen las consecuencias de la inobservancia de esas obligaciones, el Sr. Al-Baharna estima que en todo lo posible habría que limitarse a normas primarias, pues las normas secundarias corresponden al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La Comisión evitará así las repeticiones innecesarias, facilitando a la vez una aplicación uniforme de las normas sobre la responsabilidad de los Estados.

23. El Sr. Al-Baharna comprueba con satisfacción que el Relator Especial hace referencia en su informe a la cuestión de los posibles efectos de las modificaciones climáticas, y en particular del recalentamiento del planeta, el agua dulce, cuestión que ha estado en el núcleo de las conferencias sobre el medio ambiente de los dos últimos años. Directa o no, la correlación entre el «efecto de invernadero» y las inundaciones debe en efecto preverse en el proyecto de artículos: desconocer los problemas de este tipo tendría consecuencias extremadamente perjudiciales a largo plazo.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Véase nota 4 *supra*.

24. El Relator Especial ha obrado también con acierto al conceder un lugar preponderante en su informe a las inundaciones y a sus causas principales, pues las inundaciones constituyen los más graves de los riesgos y peligros causados por las aguas, hasta el punto de que entre Estados del curso de agua se han concertado varios acuerdos que prevén consultas, intercambios de datos e informaciones, instalación de sistemas de alerta, preparación y aplicación de medidas de lucha, construcción de obras de regulación, etc. Estos acuerdos hacen pensar indudablemente que existen normas de derecho internacional en la materia. No obstante, la naturaleza exacta de estas normas debe apreciarse con prudencia, pues parece que extraen su fuerza de la «norma convencional» en cuanto tal más que de la costumbre. El Sr. Al-Baharna recuerda a este respecto el fallo de la CIJ en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*, donde se dice que la *opinio juris* no admite todas las normas convencionales como normas consuetudinarias: el criterio aplicable en este caso es que «los Estados interesados deben tener la sensación de ajustarse a lo que equivale a una obligación jurídica. No bastan ni la frecuencia ni siquiera el carácter habitual de los actos»<sup>10</sup>. El Sr. Al-Baharna invita, pues, a la Comisión a que actúe con circunspección al extraer normas consuetudinarias de los tratados y acuerdos internacionales sobre los cursos de agua. Más concretamente, la invita, puesto que el proyecto de artículos revestirá la forma de un acuerdo marco, a formular las disposiciones relativas a las inundaciones en términos más generales, que los Estados del curso de agua de que se trate concretarán y precisarán según las circunstancias.

25. La circunspección que es de rigor en el caso de las inundaciones vale también en el caso de las demás causas de peligros o riesgos relacionados con el agua, a saber, los hielos, los problemas de avenamiento, las obstrucciones de la corriente, la sedimentación y la erosión. Las disposiciones relativas a estos factores deberían enunciarse también en términos generales, de manera que los Estados puedan completarlas adaptándolas a sus necesidades concretas.

26. Abordando los proyectos de artículos 22 y 23, el orador formula primero algunas observaciones de carácter general relativas al método seguido. En primer lugar, hubiese sido preferible que el Relator Especial presentara primero los artículos y después el análisis detallado del derecho y de la práctica en que se apoya: esto hubiera hecho comprender mejor en qué dirección se propone desarrollar el derecho en la materia. En segundo lugar, dado que el Relator Especial ha tratado de extraer de los principios generales del derecho internacional —tal como se desprenden en particular del fallo en el asunto del *Estrecho de Corfú* (*ibid.*, párr. 90) y del arbitraje en el asunto de la *Fundición de Trail* (*ibid.*, párr. 103)— las normas aplicables a los riesgos relacionados con el agua, los proyectos de artículos revisten, intencionadamente o no, el carácter de proposiciones generales. En tercer lugar, el orador habría deseado que el Relator Especial tratara por separado las obligaciones de los Estados del curso de agua en situaciones de emergencia relacionadas con el agua, según que estas situaciones se deban a fenómenos naturales o a la actividad humana. En efecto, el grado de culpabilidad es

más elevado en el segundo caso y, por lo tanto, la naturaleza de las obligaciones debe ser diferente.

27. A propósito del proyecto de artículo 22, el orador estima ante todo que su texto tiene un carácter demasiado general. En el párrafo 1, la expresión «de manera equitativa», que califica la obligación de los Estados del curso de agua de cooperar para prevenir o mitigar los riesgos relacionados con el agua, hace de la cooperación un principio inasequible para servir de regla. El párrafo debería comenzar más bien como sigue: «Los Estados del curso de agua cooperarán de conformidad con las disposiciones de la presente Convención»; esto permitiría, primero, evitar la expresión «de manera equitativa», y después, vincular el principio de cooperación a todas las disposiciones pertinentes del futuro instrumento.

28. El párrafo 2, en que se enumeran las medidas que han de tomar los Estados del curso de agua conforme al párrafo 1, es por otra parte demasiado rígido. Las medidas enunciadas en los apartados *a*, *b* y *c* hacen pensar que esas obligaciones son acumulativas y se aplican igualmente a todas las situaciones previstas en el párrafo 1, siendo así que es posible que cada tipo de situación exija una acción diferente. El orador sugiere, pues, que se modifique este párrafo de manera que se precise la acción que se ha de llevar a cabo en relación con el peligro de que se trate. Además, preferiría la palabra «measure» a la palabra «step» en el texto inglés. Tiene reservas con respecto al empleo de la palabra «obligaciones» y no está seguro de comprender bien el sentido de la expresión «tanto estructurales como no estructurales».

29. Por lo que respecta al párrafo 3, el orador destaca que este texto se inspira en el fallo dictado por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* (*ibid.*, párr. 90). No es que recuse el *dictum* de la CIJ, pero tiene dudas sobre la forma en que este *dictum* se recoge aquí. Por otra parte, este párrafo es quizás innecesario, pues el proyecto de artículo 8 (Obligación de no causar daños apreciables) aprobado provisionalmente<sup>11</sup> se aplicaría también a los riesgos relacionados con el agua; el propio Relator Especial admite en su comentario al artículo 22 que la obligación prevista en el párrafo 3 «no es más que una aplicación concreta del artículo 8» (párr. 6). La Comisión puede contentarse con el artículo 8, que es de aplicación más general. También en relación con el párrafo 3, el orador preferiría, por las razones ya expuestas por otros miembros, la expresión «las actividades realizadas en el territorio de los Estados del curso de agua» a la expresión «las actividades bajo su jurisdicción o control», que le parece ambigua. En resumen, el artículo 22 entero necesita revisión.

30. En lo que respecta al proyecto de artículo 23, el orador piensa, de una parte, que no difiere mucho del proyecto de artículo 22, y de otra, que no traza una distinción neta entre las situaciones debidas a la acción del hombre y las causadas por un fenómeno natural. Habría que limitar sus disposiciones a las situaciones de emergencia y enunciar por separado las consecuencias jurídicas que se derivan de las dos clases de situaciones. Por otra parte, la mención de las «organizaciones intergubernamentales» (párr. 1) y de las «organizaciones internacionales» (párr. 3) no es apropiada. No existe ninguna organización

<sup>10</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (República Federal de Alemania c. Dinamarca, República Federal de Alemania c. Países Bajos), fallo de 20 de febrero de 1969, *C I J Recueil* 1969, pág. 3, especialmente pág. 44, párr. 77.

<sup>11</sup> Véase nota 4 *supra*.

internacional competente en materia de cursos de agua internacionales, contrariamente a lo que sucede en el caso del medio ambiente, por ejemplo. Es verdad que algunos Estados del curso de agua han creado mecanismos intergubernamentales dotados de funciones concretas. Si es de ellos de los que se trata en los párrafos 1 y 3, habría que modificar estas dos expresiones en consecuencia.

31. También en relación con cuestiones de forma, el orador se pregunta por qué el Relator Especial emplea en el párrafo 2 del artículo 23 la expresión «todas las medidas apropiadas» en lugar de la expresión «todas las medidas necesarias» que figura en el párrafo 3 del artículo 22 y que va mejor en el caso del artículo 23, dedicado a las situaciones de emergencia. Se pregunta también por qué el Relator Especial emplea en el párrafo 3 del artículo 23 las palabras «reducir al mínimo» en lugar de la palabra «aminorar» que figura en los párrafos 1 y 2 del artículo 22 y que encajaría bien en los dos proyectos de artículos, a menos que exista una razón particular para emplear las palabras «reducir al mínimo» en el párrafo 3 del artículo 23. En términos generales, el artículo 23 debería formularse de una manera más racional.

32. Finalmente, el orador no tiene objeción que poner al principio de la compensación mencionado en el párrafo 5 del comentario del Relator Especial al artículo 23. Por lo que respecta a la cuestión planteada en el párrafo 6 del comentario, no cree en la oportunidad, ni siquiera en la utilidad de una disposición en que se pida al Estado afectado por un desastre que acepte las ofertas de asistencia y no las considere como una injerencia en sus asuntos internos.

33. El Sr. SHI felicita al Relator Especial por su excelente quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2) y los proyectos de artículos 22 y 23, que están sólidamente fundados en la práctica internacional, los tratados, la doctrina y los fallos judiciales. Todas esas fuentes serán útiles para la redacción de los comentarios a los artículos.

34. Conviene con el Relator Especial en que todos los tipos de riesgos y peligros relacionados con el agua, sea su origen natural, humano o mixto, podrían ser objeto de un solo artículo o de una sola serie de artículos. Es muy cierto, de una parte, que a veces es difícil aislar el fenómeno natural del resultado de la acción humana y, de otra, que la práctica convencional de los Estados demuestra que las obligaciones relacionadas con los peligros provocados por las aguas afectan tanto a los peligros debidos a las fuerzas de la naturaleza como a los debidos a la intervención del hombre. Naturalmente, las formas, el contenido y el alcance de las consecuencias jurídicas de la inobservancia de tales obligaciones pueden diferir según que el peligro sea de origen natural, humano o mixto. A este respecto, la cuestión de saber si los proyectos de artículos deberían contener normas secundarias es compleja y parece imposible responder a ella de inmediato. A fin de cuentas, no parece que ahora sea el buen momento para plantearla, puesto que la Comisión trata de terminar en 1991 el examen en primera lectura del proyecto de artículos en su composición actual. Por eso el orador se inclina a dejar de lado la cuestión, al menos por el momento.

35. El orador considera que los proyectos de artículos 22 y 23 son aceptables en su conjunto. En relación con el artículo 22 piensa, al igual que otros miembros de la Comisión, que convendría precisar algunos términos, como

la expresión «tanto estructurales como no estructurales» en el apartado *b* del párrafo 2. Se pregunta también si existe una diferencia entre los «riesgos», la «nocividad» y los «otros efectos perjudiciales». Finalmente, no le ha convencido el argumento que el Relator Especial expone en el párrafo 6 de su comentario al artículo 22 para justificar el empleo de la expresión «jurisdicción o control» en lugar de la palabra «territorio» en el párrafo 3.

36. En relación con el proyecto de artículo 23, el orador, en respuesta a las cuestiones que plantea el Relator Especial en su comentario, se manifiesta partidario de la presencia en el artículo 1 de una definición de la expresión «peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas».

37. Sobre la cuestión de saber si los Estados que se benefician de las medidas de protección u otras medidas deben estar obligados a compensar a los terceros Estados que toman esas medidas, el orador piensa que ello no debe ser objeto de una regla general, pues todo depende de las circunstancias. Por ejemplo, si un Estado toma medidas de protección expresamente o esencialmente en interés de otro Estado, la compensación parece justificada; pero si las medidas de protección son tomadas por un Estado ribereño esencialmente para responder a sus propias necesidades y si el Estado de aguas abajo puede de manera objetiva o indirecta beneficiarse de ellas, no debería estar obligado a proporcionar compensación.

38. En cuanto a la cuestión de saber si el Estado afectado por una catástrofe está obligado a aceptar las ofertas de asistencia, a juicio del orador, es una cuestión teórica. En derecho, un Estado no puede exigir a otro Estado que acepte una asistencia: la aceptación de la asistencia es una cuestión de buena voluntad del Estado y no puede considerarse una obligación jurídica. Por otra parte, un Estado afectado por un desastre normalmente debe saber si puede hacer frente a él contando únicamente consigo mismo y solicitará la asistencia de otros Estados si tiene una necesidad urgente de ella y no dispone de los medios necesarios, técnicos, materiales o financieros. El orador conviene por lo demás en que un Estado afectado no debería considerar las ofertas de asistencia que se le hacen como una injerencia en sus asuntos internos, pero siempre que estas ofertas no vayan acompañadas de ninguna condición, política o de otra índole.

39. El Sr. BARSEGOV desea ante todo agradecer al Relator Especial su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), muy interesante, que encierra numerosas informaciones útiles sobre la práctica de los Estados en la materia, entre ellos en los países de Europa oriental, en particular la Unión Soviética.

40. Los proyectos de artículos 22 y 23 tratan de un aspecto eminentemente importante del derecho en la materia, a saber, los peligros relacionados con fenómenos tales como inundaciones, problemas de avenamiento, obstrucciones de la corriente, sedimentación, erosión, infiltración de agua salada, sequía y desertificación, es decir, fenómenos que pueden provocar daños a gran escala. Algunos sobrevienen gradualmente, otros surgen de manera súbita y exigen entonces medidas de urgencia. En algunos casos se trata de fenómenos naturales; en otros, interviene la actividad del hombre, que puede agravarlos pero puede también atenuarlos. Sea como fuere, la prevención de estos riesgos y peligros requiere una cooperación internacional



intensa cuya forma variará según la situación de que se trate. Parece útil, pues, establecer una distinción entre la cooperación cotidiana prevista y planificada, de una parte, y de otra, la cooperación en caso de urgencia; en otros términos, la adopción de medidas excepcionales para hacer frente a situaciones excepcionales.

41. Por lo que respecta a la cooperación en materia de cursos de agua internacionales, es igualmente esencial tener en cuenta las características que son comunes a todos y las que son propias de cada uno de ellos. A este respecto, el orador estima que el Relator Especial no hubiera debido suprimir en el párrafo 1 del artículo 22 la frase «hasta donde lo justifiquen las circunstancias del sistema del curso de agua internacional de que se trata» o su equivalente, que, como señala el Relator Especial en el párrafo 2 de su comentario al artículo, figuraba en los correspondientes textos propuestos por los Relatores Especiales anteriores, Sr. Evensen y Sr. Schwebel. No le convence mucho el argumento del Relator Especial de que esta frase está implícita en la expresión «de manera equitativa», pues la noción de manera equitativa, absolutamente indispensable en cuanto base de la cooperación, no es pertinente en este caso. No se comprende muy bien por qué el Relator Especial invoca en apoyo del empleo de la noción «de manera equitativa» el deseo de limitar las exclusiones, puesto que la cooperación internacional debe prestarse siempre que sea necesaria, aunque teniendo en cuenta las características de cada curso de agua.

42. En lo que se refiere al contenido de la noción «de manera equitativa», el orador podría aceptar los elementos enumerados en el párrafo 3 del comentario al artículo 22. En este comentario se indica que la cooperación «de manera equitativa» comprende el deber para un Estado que ha sido efectivamente afectado o que puede serlo de contribuir a las medidas de protección adoptadas por otro Estado de las que se beneficia al menos en parte o de facilitar una compensación apropiada a cambio de esas medidas. El orador piensa que estas disposiciones tienen valor de principios y por ello deberían incorporarse en el texto del artículo; estas disposiciones deben, pues, completarse, desarrollarse y detallarse y los textos citados por el Relator Especial, en particular el artículo 6 de la serie de artículos sobre control de las inundaciones aprobados por la Asociación de Derecho Internacional en 1972 (*ibid.*, párr. 77), parecen por otra parte apoyar esta idea. Pero lo que es más importante aún es la práctica de los Estados que toman recíprocamente en consideración sus derechos y obligaciones de manera equitativa.

43. En cuanto al apartado *b* del párrafo 2 del artículo 22, el orador estima como otros miembros que la expresión «tanto estructurales como no estructurales» no es muy clara y que hay que explicarla. De igual modo, el párrafo 3 no es bastante claro y debe reelaborarse; convendría precisar que se trata de medidas que los Estados toman «de manera individual o conjunta». Por otra parte, el orador también preferiría que se hablase de actividades «realizadas en el territorio» de los Estados de que se trate más que de actividades «bajo su jurisdicción o control». Contrariamente al Relator Especial, estima en efecto que en esta materia la claridad debe ser la consideración dominante y que copiar la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, no se justifica en este caso.

44. Por tanto, es toda la estructura de los artículos 22 y 23 la que debería modificarse para dar a las disposiciones una presentación más lógica. El orador piensa también que es necesario armonizar de una manera u otra los artículos propuestos entre sí y con los demás artículos del proyecto, cuidando de preservar la coherencia del conjunto del proyecto.

45. Por lo que se refiere al artículo 23, no suscita objeciones en cuanto al fondo, pero adolece de cierta imprecisión jurídica. Por ejemplo, habría que precisar mejor lo que se entiende por «peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas». El orador no comprende el sentido de la palabra «esencialmente» en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 23. La intención que refleja esta segunda oración debe aparecer en el artículo, pero la formulación propuesta debe mejorarse. El párrafo 2 adolece de la misma imprecisión. El orador señala que la elaboración de normas de este tipo debe hacerse con suma precisión.

46. Respecto a la cuestión planteada por el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párr. 81 al final), a saber, si el proyecto de artículos debería enunciar una obligación jurídica de ayudar a un Estado afectado por una catástrofe e imponer a ese Estado la obligación de aceptar las ofertas de asistencia, el orador hace observar que hasta ahora, a falta de acuerdo, la cuestión de la asistencia se regulaba en el plano político y moral y que limitaciones políticas de diversos tipos ponían obstáculos al desarrollo de la cooperación. La prestación de asistencia se determinaba en efecto sobre la base de consideraciones políticas o comprendía generalmente un elemento político, y la aceptación de la asistencia podía igualmente estar limitada por el temor de consecuencias políticas de una u otra índole. Ahora bien, esto tiende a cambiar hoy por el efecto de una nueva reflexión sobre la cuestión y en razón de la multiplicación de los riesgos que hace correr a los Estados la utilización de tecnologías nuevas y el incremento de la interdependencia. A este respecto, la suerte ha querido que sea en la URSS donde se manifieste por primera vez esta actitud nueva, con ocasión de la catástrofe de Chernobyl y más aún después del terremoto en la Armenia soviética. Si en el primer caso la generosidad no siempre ha estado exenta de una segunda intención política, la reacción internacional frente a la tragedia de Armenia ha representado, en la expresión de la solidaridad humana, un giro importante que ha hecho posibles la *perestroika* en la URSS y la evolución general de la actitud de la comunidad internacional frente a tales desastres. El orador desea a este respecto expresar su reconocimiento por la desinteresada ayuda aportada al pueblo de la Armenia soviética y da las gracias a todos los pueblos que han reaccionado como había que hacerlo frente a esa tragedia.

47. Pero además ahora es preciso, para desarrollar y reforzar esta solidaridad, afianzarla dotándola de un marco jurídico. El orador recuerda en este punto que con respecto a la responsabilidad por los daños transfronterizos derivados de actividades lícitas señaló la necesidad de una asistencia mutua entre el Estado donde tiene su origen el daño y el Estado afectado, y expresó su desacuerdo con la decisión del Relator Especial encargado del tema sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de suprimir en el artículo 7<sup>12</sup>, ya enviado al Comité de

<sup>12</sup> Véase 2113.ª sesión, párr. 22.

Redacción, la disposición sobre la asistencia mutua. Este enfoque inaceptable se asemeja a la modificación conceptual de la noción de responsabilidad que refleja el quinto informe del Sr. Barboza sobre ese tema (A/CN.4/423).

48. A juicio del orador, es necesario estipular, pues, en el proyecto de artículo 23 que se examina que la prestación y la aceptación de la asistencia deben estar libres de toda consideración política y deben responder a los intereses comunes de los Estados del curso de agua y, en última instancia, a los de la comunidad internacional en su conjunto. Ello abriría el camino a una cooperación estrecha de los Estados con miras a la conservación de un recurso sumamente preciado, el agua, que es indispensable para la vida.

49. En cuanto a la cuestión de la responsabilidad en materia de usos de los cursos de agua internacionales, la elaboración de disposiciones que la regulen presupone que se han elaborado normas primarias que regulen la utilización de los cursos de agua internacionales, pues es evidente que la elaboración de normas secundarias sólo es posible una vez elaboradas las normas primarias. En efecto, sólo después de haber definido las obligaciones de comportamiento en la utilización de los cursos de agua es posible determinar los ámbitos de aplicación de estos dos tipos de responsabilidad internacional, así como la base jurídica en la que se apoyan. Ahora bien, desde hace años la Comisión examina la cuestión de la responsabilidad en el marco de otros dos temas y hay que evitar declarar que las normas son ya aplicables en lo que concierne a los cursos de agua, en vista de que están todavía en vías de elaboración en ámbitos más generales. Una vez ultimadas estas normas generales deberán adaptarse al ámbito específico de los cursos de agua internacionales. Tratar de definir sumariamente la responsabilidad en el ámbito de los usos de los cursos de agua internacionales puede comprometer el conjunto de los trabajos de la Comisión. El orador piensa que no hay que renunciar a la idea de examinar la cuestión de la responsabilidad llegado el momento, pero, como el Sr. Barboza, estima que no es útil examinar esta cuestión en el contexto del tema relativo al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales.

50. Por lo que se refiere a las fuentes del derecho citadas por el Relator Especial, el orador teme, como el Sr. Reuter (2123.ª sesión) y otros miembros, que mediante una interpretación quizá demasiado audaz de los acuerdos existentes se llegue a crear una base jurídica artificial para la elaboración de las normas aplicables a los usos de los cursos de agua. En cuanto a los precedentes judiciales, si pueden invocarse con razón para confirmar la existencia de una norma de derecho internacional, es preciso que traten de una situación jurídica que coincida exactamente con la que se quiere prever en el marco del presente tema. Sobre este punto el orador desea recordar, una vez más, que en el asunto del *Estrecho de Corfú*<sup>13</sup> se trataba de determinar los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o usuarios en el marco del régimen jurídico de las aguas territoriales y que la situación es muy diferente en el ámbito de los cursos de agua.

51. Por otra parte, el orador observa que en su quinto informe el Relator Especial recurre a la autoridad de los grandes juristas de los siglos XVII y XVIII que expusieron

sus concepciones de derecho internacional basándose en el derecho natural o en supuestos religiosos. Sin ser indiferente a los clásicos, el orador estima que para ser justo habría que hacer referencia también a la posición de los representantes de la escuela positivista. Pero lo esencial en materia de fuentes se halla en los acuerdos y las convenciones bilaterales y multilaterales, pues es en el estudio y la generalización de la experiencia adquirida y de la práctica desarrollada por los Estados donde la Comisión debe centrar sus trabajos cuando se trata de resolver los problemas que pueden plantearse en relación con los usos de los cursos de agua internacionales.

52. Para terminar, el orador indica que sólo se ha referido *in fine* a la cuestión de las fuentes del derecho relativo a los usos de los cursos de agua internacionales para que no se interprete mal su reacción, en conjunto positiva, a las ideas expresadas en los proyectos de artículos. Piensa, no obstante, que éstos deben ser modificados habida cuenta de las observaciones y de las reservas a veces serias que se han expresado en el curso de los debates de la Comisión.

*Se levanta la sesión a las 11.45 horas.*

## 2126.ª SESIÓN

*Miércoles 28 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (continuación)** [A/CN.4/412 y Add.1 y 2<sup>1</sup>, A/CN.4/421 y Add.1 y 2<sup>2</sup>, A/CN.4/L.431, secc. C, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.4]

[Tema 6 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

PORTE VI DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS:

ARTÍCULO 22 (Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas) y

ARTÍCULO 23 (Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas)<sup>3</sup> (conclusión)

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Para el texto, véase 2123.ª sesión, párr. 1.

<sup>13</sup> Fallo de 9 de abril de 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

1. El Sr. OGISO dice que la abundancia de documentación pormenorizada que el Relator Especial ha proporcionado en su excelente quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2) y su brillante introducción oral (2123.ª sesión) contribuirán mucho a los trabajos de la Comisión en su labor codificadora del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

2. Refiriéndose al párrafo 1 del proyecto de artículo 22, dice que abriga dudas acerca del uso de las palabras «de manera equitativa» para describir la forma en que tienen que cooperar los Estados del curso de agua. Las palabras utilizadas en el párrafo 2 del artículo 6 y en el párrafo 1 del artículo 7 son «de manera equitativa y razonable» y en ese aspecto señala a la atención el párrafo 5 del comentario al artículo 6<sup>4</sup>. Aunque el ámbito de la cooperación abarcada por los artículos 6 y 7 difiere del abarcado por el proyecto de artículo 22, la base conceptual de la cooperación, a juicio del orador, debería ser la misma. A los lectores del texto les resultará más fácil comprender los artículos si se utiliza en todas las partes la misma terminología. Ahora bien, si el Relator Especial ha querido poner de relieve la diferencia entre los ámbitos de cooperación abarcados, debería incluirse en el comentario una explicación apropiada.

3. Refiriéndose al apartado *a* del párrafo 2 del artículo 22, que menciona el «intercambio regular y oportuno» de datos e información, el Sr. Ogiso recuerda que el párrafo 1 del artículo 10 aprobado provisionalmente<sup>5</sup> comprende de manera completa la cuestión del intercambio de datos e información. Tal vez bastaría hacer una referencia a esa disposición en el artículo 22, agregando que, en el caso de riesgos relacionados con el agua, el intercambio debería efectuarse con mayor frecuencia, habida cuenta de la evolución de la situación.

4. El párrafo 3 del proyecto de artículo 23 se refiere a la cooperación entre «los Estados de la zona afectada por un peligro o una situación de urgencia relacionado con las aguas y las organizaciones internacionales competentes», y a este propósito, el Relator Especial ha mencionado el ejemplo de las recientes inundaciones en Bangladesh. El Sr. Ogiso se asocia al Relator Especial y a los demás miembros de la Comisión para expresar su solidaridad con los sufrimientos del pueblo de Bangladesh. La experiencia de ese país muestra que hay dos tipos de ayuda de emergencia, a saber, la ayuda para contener los daños de la inundación propiamente dichos y la ayuda para paliar los sufrimientos de las víctimas mediante el suministro de alimentos y atención médica. En el caso de las inundaciones de Bangladesh, muchos miembros de la comunidad internacional, entre ellos países no directamente afectados por el desastre, han ofrecido ayuda inmediata, tanto por medio de organizaciones internacionales como de carácter bilateral. Según tiene entendido el Sr. Ogiso, la ayuda ofrecida por países que no son del curso de agua ha sido utilizada con el fin de aliviar los sufrimientos de las víctimas de la inundación y, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 23, cooperar «para prevenir o reducir al mínimo el daño» resultante de la situación de emergencia. Este

párrafo parece destinado a abarcar los dos tipos de asistencia que el orador ha mencionado, pero es demasiado limitativo, puesto que sólo se refiere a los Estados y las organizaciones internacionales afectados. Debería formularse de un modo más flexible, de manera que comprenda la ayuda de emergencia voluntaria facilitada por Estados que no son del curso de agua.

5. Los dos puntos de redacción que el Sr. Ogiso desearía que el Relator Especial aclarase guardan relación con el uso de las palabras «organizaciones intergubernamentales competentes» en el párrafo 1 del artículo 23 y las palabras «organizaciones internacionales competentes» en el párrafo 3 y a la diferencia entre la palabra «neutralizar» en el párrafo 2 y la expresión «reducir al mínimo» en el párrafo 3. A menos que se quiera hacer deliberadamente una distinción, convendría, en interés de la sencillez, utilizar una terminología uniforme.

6. Refiriéndose a la cuestión planteada por el Relator Especial en el párrafo 6 de su comentario al artículo 23, es decir, la cuestión de si el artículo debería incluir una disposición en que se exija al Estado afectado por un desastre que acepte la asistencia que se le ofrece sin considerar ese ofrecimiento como una injerencia en sus asuntos internos, el Sr. Ogiso opina, como otros miembros, que la decisión debería tomarla el Estado interesado atendiendo a una serie de factores diversos. Cabe presumir, por ejemplo, que si el daño es de mucha consideración, el Estado afectado acogerá con agrado cualquier asistencia que se le ofrezca, pero que, si el daño es relativamente pequeño, tal vez prefiera aceptar solamente la asistencia de los demás Estados de la región o de Estados con los que mantenga relaciones tradicionales.

7. El Sr. ILLUECA dice que el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), que mantiene el elevado estándar de sus cuatro informes anteriores, contribuirá mucho a la labor de la Comisión en sus esfuerzos por alcanzar la meta de completar la primera lectura del proyecto de artículos en 1991.

8. En los debates de la Sexta Comisión durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, se pusieron de relieve la importancia y urgencia del presente tema, también destacado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en el informe de 1987 titulado «Nuestro futuro común»<sup>6</sup>. En ese informe se indica que el uso mundial del agua se ha duplicado entre 1940 y 1980 y se estima que se duplique otra vez para el año 2000. Ya son 80 países, con el 40% de la población mundial, que sufren actualmente una seria escasez de agua. En todos los continentes se producen disputas sobre los caudales de agua. El recalentamiento del globo terráqueo producido por la formación atmosférica de dióxido de carbono y otros gases causará cambios climáticos de efectos perturbadores, y el aumento de los niveles de los mares durante la primera mitad del siglo XXI tendrá consecuencias desastrosas para los Estados con costas marítimas y cambiará la conformación y la importancia estratégica de las vías acuáticas internacionales.

9. Una de esas vías acuáticas internacionales es el canal de Panamá, que comunica el océano Atlántico con el océano Pacífico y se rige por un tratado internacional con los Estados Unidos de América que tiene como fecha fija de

<sup>4</sup> Para el texto de los artículos 6 y 7 con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 39.º período de sesiones, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y ss.

<sup>5</sup> *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 37.

<sup>6</sup> A/42/427, anexo.

terminación el 31 de diciembre de 1999. Por cada tránsito de una nave de las esclusas del canal de Panamá se usan 55 millones de galones de agua dulce que se tira al mar sin ningún aprovechamiento. En el año fiscal que concluyó en septiembre de 1988 se registraron 13.440 tránsitos y se tiraron al mar 739.200 millones de galones de agua dulce. Es una situación muy especial que deja abiertas significativas incógnitas.

10. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 22, el Relator Especial ha omitido la frase «hasta donde lo justifiquen las circunstancias del sistema del curso de agua internacional de que se trata» o su equivalente, que, como señala el Relator Especial en el párrafo 2 de su comentario al artículo, figuraba en los correspondientes textos propuestos por los Relatores Especiales anteriores —Sr. Evensen y Sr. Schwebel— y ha empleado en su lugar las palabras «de manera equitativa», con lo que entra en el escenario el *jus aequum* por contraposición al *jus strictum*. Históricamente, la *aequitas* romana y el concepto de equidad del derecho inglés fueron concebidos para corregir las lagunas y rigideces de los sistemas del derecho civil y del *common law*. En vista de las marcadas diferencias entre estos dos grandes sistemas jurídicos y de las formas tan diversas con que puede emplearse el concepto de la equidad, la Comisión debe examinar minuciosamente el alcance que ha de tener ese concepto en los artículos 6 y 7<sup>7</sup> y en los artículos 22 y 23, así como el principio de la igualdad soberana enunciado en el artículo 9<sup>8</sup>.

11. Los artículos mencionados formulan de modo coherente los principios generales de la utilización y participación equitativas y razonables (art. 6), los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable (art. 7) y la obligación general de cooperación (art. 9). Estos principios generales tienen que ver con los riesgos, peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas a que se refieren los artículos 22 y 23 y que obligan a los Estados del curso de agua a cooperar de manera equitativa. El objeto de estos artículos es hacer que en los casos en que surjan conflictos o controversias con respecto a los usos de agua se solucionen sobre la base de la equidad. Tal fue la conclusión a que llegó la Comisión en el comentario al artículo 6, donde se dice, además, que la práctica de los Estados revela que la doctrina de la utilización equitativa ha obtenido un apoyo abrumador<sup>9</sup>.

12. De la norma de la utilización equitativa se deriva el concepto de participación equitativa, que se rige por los principios de la igualdad soberana enunciados en el artículo 9 como elemento básico de la obligación general de cooperación orientada a lograr una utilización óptima y una protección adecuada del curso de agua internacional. Es significativo a este respecto que un número de acuerdos modernos establezca como objetivo una gestión integrada de la cuenca fluvial y no simplemente el desarrollo del principio de la utilización equitativa. De esta suerte se alienta el propósito de obtener la utilización óptima, la protección del recurso y un disfrute máximo por medio de organizaciones competentes en relación con la totalidad

del curso de agua internacional. Por todas estas razones, el Sr. Illueca es partidario de que en la formulación definitiva del proyecto de artículos se utilice la expresión «sistema del curso de agua internacional».

13. Parece haber consenso en la Comisión en cuanto a que el principio de la igualdad soberana supone que todos los Estados del curso de agua gocen de derechos respecto de la utilización del curso de agua que sean cualitativamente equivalentes y correlativos a los de los demás Estados del curso de agua. En relación con los conflictos de usos, están justificados los esfuerzos del Relator Especial y de la Comisión por consignar en el proyecto los procedimientos dirigidos a adoptar los ajustes y adaptaciones que sean necesarios para salvaguardar la igualdad de derechos de cada Estado del curso de agua. De los debates realizados en la Comisión durante los últimos tres años se desprende que la mejor fórmula para la solución de los conflictos de usos radica en la celebración de acuerdos de usos de cursos de agua específicos. En todo caso y a falta de tales acuerdos, los ajustes y adaptaciones que sean requeridos «tienen que efectuarse sobre la base de la equidad», como señaló la Comisión en el párrafo 9 del comentario al artículo 6.

14. La aplicación del principio de la equidad es singularmente compleja, debido a las formas diversas con que lo emplean los gobiernos y los tribunales. Es evidente que todavía queda mucho por hacer para elaborar y definir los preceptos del comportamiento equitativo y razonable en relación con el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Aunque la tarea de la Comisión consiste en preparar un acuerdo marco, hay que hacer cuantos esfuerzos sean necesarios para formular en 1991 las reglas importantes y los principios rectores que se derivan de los procesos formativos del derecho internacional contemporáneo.

15. En el párrafo 5 del comentario al artículo 22, el Relator Especial explica que ha utilizado la palabra «incluyen» con objeto de indicar que la lista de medidas que han de adoptarse no es exhaustiva. Sin embargo, conviene hacer patente que se anticipa que, en algunos casos, se requerirán medidas o formas adicionales de acción cooperativa. En consecuencia, el Sr. Illueca sugiere que al comienzo del párrafo 2 se inserten las palabras «Sin perjuicio de otras formas de cooperación».

16. El párrafo 3 y, en su conjunto, el artículo 22 desarrollan el principio de prevención, que se considera con justicia como la regla de oro de la lucha por la defensa del medio ambiente. En ese párrafo, la preferencia del Relator Especial por la expresión «jurisdicción o control» y no la de «territorio» ofrece serias dificultades en aquellas situaciones en que una parte de una cuenca fluvial en el territorio bajo la jurisdicción de un Estado soberano se encuentre sujeta, en virtud de un tratado internacional, al control de otro Estado que ejerce funciones de administración. Estas dificultades podrían evitarse mencionando tanto el concepto de «territorio» como el de «jurisdicción o control». El párrafo 3 podría entonces comenzar: «Los Estados del curso de agua adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que las actividades dentro de su territorio o bajo su jurisdicción o control...».

17. A la vista de la explicación que ofrece el Relator Especial en el párrafo 4 de su comentario al artículo 23, el Sr. Illueca sugeriría que, en el párrafo 3 del artículo 22, se sustituyera la expresión «que puedan causar daños

<sup>7</sup> Véase nota 4 *supra*.

<sup>8</sup> Para el texto del artículo 9 con el comentario correspondiente, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 40.º período de sesiones, véase *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 45.

<sup>9</sup> *Anuario* 1987, vol. II (segunda parte), pág. 34, párrs. 9 y 10 del comentario.

apreciables a otros Estados del curso de agua» por las palabras «que causen daños apreciables a otros Estados».

18. En el párrafo 1 del artículo 23, el Relator Especial ha señalado, acertadamente, que la notificación de cualquier peligro y situación de urgencia relacionados con las aguas debe hacerse no sólo a los Estados del curso de agua, sino también a «los otros Estados que puedan resultar afectados». La circunstancia de que no sean Estados del curso de agua no es una objeción válida, ya que la futura convención o acuerdo marco estaría abierto a la firma y ratificación de todos los Estados interesados.

19. En su tercer informe sobre el tema<sup>10</sup>, el Sr. Schwebel presentó artículos sobre la participación y el uso equitativos y sobre el principio general de la responsabilidad. Es digno de señalar que, en el derecho del medio ambiente, se ha venido produciendo una evolución con respecto al alcance de la responsabilidad y hoy se reconoce que, además de los Estados, los particulares que hayan sido víctimas inocentes del daño tienen capacidad para exigir una indemnización, como en el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*<sup>11</sup>. Por otra parte, el Grupo de Expertos sobre derecho ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en los principios jurídicos propuestos para la protección del medio ambiente y el desarrollo duradero<sup>12</sup>, suscribió el principio de la responsabilidad estricta en contraste con el criterio de la debida diligencia que preconiza el Relator Especial.

20. Aunque ésta es una cuestión que entra dentro del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, el Sr. Illueca considera que, más adelante, la Comisión habrá de examinar la cuestión de la responsabilidad nacida de las peculiares circunstancias de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

21. El Sr. PAWLAK felicita al Relator Especial por su claro y sistemático quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), que contiene mucha documentación valiosa, incluida información que se refiere a países de Europa oriental.

22. El Sr. Pawlak señala que el Relator Especial ha dejado abierta la cuestión de si el proyecto de artículos sobre el subtema de los riesgos y peligros relacionados con el agua debe figurar en un conjunto de normas secundarias que señalen las consecuencias de la violación de las normas primarias y establezcan obligaciones para los Estados del curso de agua (*ibid.*, párr. 5). El párrafo 3 del proyecto de artículo 22, que es una combinación de las fórmulas utilizadas en el párrafo 2 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, y el artículo 8 aprobado provisionalmente<sup>13</sup> del presente proyecto y se basa en el criterio adoptado en el párrafo 2 del proyecto de artículo 16 [17]<sup>14</sup>, enuncia la obligación básica de los Estados del curso de agua de no provocar

riesgo, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas que causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua. Como el propio Relator Especial reconoce en el párrafo 6 de su comentario al artículo 22, esa obligación no es más que una aplicación concreta del artículo 8. No hay nada que objetar a la aplicación del artículo 8 en el caso de los riesgos y peligros relacionados con el agua. Es una disposición útil que abarca un gran número de fenómenos relacionados con el agua que obedecen a causas naturales o a la acción del hombre.

23. La cuestión está, no obstante, en si la Comisión debe concretarse a las normas primarias enunciadas en el artículo 8 o bien debe tratar además de formular normas secundarias que vendrían a continuación de la violación de esas normas primarias. Al fin y al cabo, los demás Estados afectados por esa violación no sólo esperarán que se reconozca el hecho de la violación, sino que querrán saber además quién va a hacer la reparación de los daños e indemnizar por las pérdidas. El problema guarda relación tanto con el proyecto de artículo 22 como con el proyecto de artículo 16 [17] que trata de la contaminación. La mayoría de los miembros de la Comisión parecen querer aplazar una decisión sobre la cuestión, aduciendo algunos que es demasiado tarde para pensar en introducir normas secundarias y de otro tipo, y que las normas primarias deben considerarse en primer lugar. Aunque el orador coincide con el Sr. Shi y el Sr. Barsegov (2125.ª sesión) en considerar que no sería oportuno tratar el problema ahora, se inclina a recomendar que las normas secundarias se incluyan eventualmente en el proyecto de artículos. Los esfuerzos a ese respecto deben armonizarse, naturalmente, con otras iniciativas relacionadas con la responsabilidad del Estado y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

24. En general, puede decirse que los proyectos de artículos 22 y 23, junto con el proyecto de artículo 16 [17] y el proyecto de artículo 17 [18]<sup>15</sup>, crean unas obligaciones bien definidas de los Estados del curso de agua con respecto a los usos de los cursos de agua internacionales. Mientras que los artículos 16 [17] y 17 [18] se refieren a la protección del medio ambiente y a la contaminación, los artículos 22 y 23 tratan de los riesgos relacionados con el agua, tanto los que obedecen a causas naturales como los que son resultado de la acción del hombre. La división es un tanto artificial, pero el Sr. Pawlak no se opone a ella en la presente etapa. Ahora bien, pueden ocurrir también emergencias y situaciones de peligro como resultado de actividades de contaminación, tal como ha reconocido el Relator Especial al incluir una referencia a esas actividades en el párrafo 1 del artículo 23. Ese tipo de obligación de un Estado del curso de agua se trata también en el párrafo 2 del artículo 16 [17]. Sería conveniente, pues, que todas las disposiciones relativas a la contaminación de los cursos de agua se incluyeran en un subcapítulo del proyecto. El peligro de contaminación es uno de los peligros que resultan de las actividades humanas más comunes para el medio ambiente en general, incluidos los cursos de agua. Sería también conveniente que la cuestión de la cooperación en la esfera de la prevención y el control de la contaminación de los cursos de agua pudiera tratarse en el mismo subcapítulo.

<sup>10</sup> *Anuario* 1982, vol. II (primera parte) (y corrección), pag. 79, documento A/CN.4/348.

<sup>11</sup> Laudos arbitrales de 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941 [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta 1949 V 2), págs. 1905 y ss.].

<sup>12</sup> Resumido en el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (véase nota 6 *supra*), anexo 1.

<sup>13</sup> *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pag. 37.

<sup>14</sup> Presentado por el Relator Especial en el 40.º período de sesiones (*ibid.*, pag. 29, nota 73).

<sup>15</sup> *Ibid.*, pag. 34, nota 91.

25. El orador sugiere que las palabras «bajo su jurisdicción o control» del párrafo 3 del artículo 22 se sustituyan por «en su territorio». Al final del párrafo deberían sustituirse las palabras «que causen» por «que puedan causar», ya que es muy difícil que un Estado sepa que sus actividades causarán un daño apreciable a otros Estados del curso de agua.

26. Con respecto a la segunda oración del párrafo 1 del artículo 23, que define el alcance de la expresión «peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas», el orador dice que el texto completo podría mejorarse si todas las definiciones se concentraran en un solo artículo al comienzo del proyecto. El párrafo 2 es demasiado restrictivo; aunque los Estados del curso de agua son indudablemente los primeros en estar afectados por las consecuencias del peligro o situación de emergencia relacionados con el agua, otros Estados, particularmente Estados con litoral, así como el medio marino, pueden también estar en peligro. En consecuencia, propone que en ese párrafo se sustituyan las palabras «otros Estados del curso de agua» por «otros Estados posiblemente afectados»; otra posibilidad sería agregar las palabras «y otros Estados posiblemente afectados» a continuación de las palabras «otros Estados del curso de agua».

27. El Sr. Pawlak no difiere básicamente del parecer expresado por el Relator Especial en el párrafo 5 de su comentario al artículo 23, aunque, en situaciones normales, los Estados beneficiados con las medidas de protección u otras medidas no sólo deben tener la obligación de compensar a terceros Estados por las medidas adoptadas, sino que deben además ser consultados antes de que esas medidas se lleven a efecto. Así es como se regula el problema en algunos acuerdos bilaterales. Por lo que se refiere al punto planteado en el párrafo 6 del comentario, el orador está de acuerdo en que, si bien teóricamente puede plantearse el problema de la no injerencia en los asuntos internos de un país en relación con la asistencia, la necesidad de incluir una disposición sobre la asistencia mutua entre los países del curso de agua es una cuestión de mayor importancia. Una disposición en tal sentido resolvería, a juicio del orador, el problema aludido en el párrafo 6.

28. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que, en su estudio sobre la evolución de un tema que es relativamente novedoso, el Relator Especial sigue la pauta trazada por su predecesor, el Sr. Schwebel, cuyo tercero y último informe<sup>16</sup> constituye una fuente inagotable de datos e información que los miembros de la Comisión harán bien en tener siempre presentes.

29. Con respecto a las propuestas del Relator Especial, el Sr. Díaz González dice que hacen falta más tiempo y reflexión para poder llegar a algunas conclusiones sobre la base de la abundante documentación que ofrece el Relator Especial. Es evidente, no obstante, que todo lo que se ha hecho sobre el tema hasta ahora es puramente exploratorio y que la materia supone un desarrollo del derecho progresivo exclusivamente. Por eso le extraña que el Relator Especial haya formulado las normas que contienen los proyectos de artículos 22 y 23. Es dudoso que pueda considerarse que se trata de normas que enuncian obligaciones firmes de los Estados.

30. Como señalaba el Sr. Reuter (2123.ª sesión), la existencia de cierto número de tratados bilaterales que establecen disposiciones paralelas sobre ciertos puntos no justifica la suposición de que se trate de normas de derecho internacional general sobre esta materia. Esos instrumentos regulan aspectos específicos de los usos de los cursos de agua en regiones determinadas. Los problemas que se plantean varían de una región a otra como varían también las soluciones. Puede decirse que esos instrumentos establecen sólo la obligación de vigilancia, no la obligación de comportamiento que el Relator Especial propone en el proyecto de artículos.

31. Hay claramente una tendencia en el tratamiento del tema que se examina, así como en el tema de la responsabilidad de los Estados y en el de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, a desviarse del verdadero objeto del tema y abordar el tema general del medio ambiente. Por ejemplo, la cuestión del daño transfronterizo, que comprende el daño causado por los usos del agua, se ha planteado en relación con el tema de la responsabilidad internacional. En el presente tema, la responsabilidad se ha aludido en relación con el problema de desastres naturales tales como las inundaciones. Ahora bien, no puede decirse que una inundación sea provocada por un Estado.

32. Uno de los precedentes citados en apoyo de la tesis de la responsabilidad del Estado en esos casos es el asunto del *Estrecho de Corfú*<sup>17</sup>, en el cual se consideró responsable a Albania por no haber informado al Reino Unido de que en el estrecho de Corfú había campos de minas. Esta situación es enteramente diferente de las que se están considerando dentro de este tema. El mismo razonamiento puede aplicarse a los laudos arbitrales, que no pueden servir de fuente de derecho internacional general.

33. En relación con este punto, el Sr. Díaz González señala a la atención de la Comisión el artículo 31 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>18</sup>, que indica claramente que un Estado no puede incurrir en responsabilidad en caso de fuerza mayor y en caso fortuito. Si un Estado construye una presa sin tomar las debidas precauciones y ocasiona una inundación que causa daños a otros Estados, se le considerará responsable. Ahora bien, si la presa ha sido construida debidamente, pero es destruida a causa de un desastre natural, no puede atribuirse culpa alguna al Estado, el cual, por consiguiente, no incurre en responsabilidad.

34. Los proyectos de artículos que se examinan plantean problemas de terminología y de coordinación con la terminología de temas afines, en particular el de la responsabilidad de los Estados. Este problema, naturalmente, es totalmente aparte del problema de la insuficiencia de los textos en español, cuestión a la que el Sr. Díaz González ha tenido ocasión de aludir a menudo. Cuando se desarrolla un nuevo derecho y también cuando se desarrollan nuevas tecnologías hay que inventar nuevos términos. Es esencial, no obstante, que los nuevos términos se definan cuidadosamente y que su alcance se delimite estrictamente a fin de evitar interpretaciones divergentes.

<sup>17</sup> Véase 2125.ª sesión, nota 13.

<sup>18</sup> *Anuario...* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

<sup>16</sup> Véase nota 10 *supra*.

35. El Relator Especial pidió a los miembros de la Comisión que consideren si los proyectos de artículos deben contener sólo normas primarias o bien normas primarias y secundarias a la vez. A juicio del Sr. Díaz González, el proyecto no tiene cabida para las normas sobre la responsabilidad, o, dicho de otro modo, para las normas secundarias. El proyecto de artículos está destinado a ser un marco general para la celebración de acuerdos bilaterales que regulen los usos de los cursos de agua internacionales. Las normas sobre la responsabilidad no entran dentro de ese marco.

36. Los proyectos de artículos 22 y 23 tratan de los deberes de los Estados en caso de desastres naturales. Algunos de esos desastres son previsibles siempre que el Estado de que se trate cuente con el equipo y los conocimientos técnicos necesarios. Ahora bien, la mayoría de los Estados —sobre todo los países del tercer mundo— no cuentan con esos medios y sería un error suponer que están en condiciones de prever ciertos desastres.

37. La redacción de los artículos 22 y 23 le parece demasiado vaga. Términos como «riesgos», «nocividad» y «otros efectos perjudiciales» no pueden utilizarse para enunciar obligaciones jurídicas.

38. El Sr. Díaz González está de acuerdo con el Sr. Bennouna (2124.ª sesión) en considerar que el artículo 22 es inútil. El sentido de la expresión «cooperarán de manera equitativa» no es tan claro como la idea de «cooperarán de buena fe». El artículo parece basado en el principio de la cooperación entre los Estados que sirve de fundamento al nuevo derecho del medio ambiente.

39. La mención que se hace en el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/421 y Add.1 y 2) de cuestiones tales como la deforestación y sus efectos en los cursos de agua indica que se está ampliando el ámbito del tema, con lo que se favorece el criterio del «sistema del curso de agua» que el propio Sr. Díaz González ha defendido desde el primer momento.

40. Por lo que se refiere a la cuestión de la prevención, el orador señala que una situación de emergencia no puede preverse. La situación sólo se conocerá cuando el hecho haya ocurrido. En cuanto a las medidas de prevención que deben adoptarse, el orador no acierta a comprender el sentido de la referencia a las medidas «tanto estructurales como no estructurales» en el apartado b del párrafo 2 del artículo 22.

41. En el párrafo 3, la expresión «daños apreciables» es poco satisfactoria. Todo daño, por poco importante que sea, será «apreciable», aun cuando no llegue a ser perjudicial. Serían preferibles las palabras «daños sustanciales», sugeridas por el Sr. Tomuschat (2124.ª sesión), pues su sentido es claro.

42. El artículo 23 constituye una buena base para la formulación de la obligación de cooperar, pero habría que examinar su redacción con gran detenimiento. En particular, en lugar de Estados «que puedan resultar afectados» debería hablarse de Estados que «eventualmente pueden ser afectados». Habría que encontrar términos más precisos que los de «peligro» y «situación de urgencia». Por el momento no hay ninguna base en la práctica de los Estados para establecer una norma obligatoria de derecho internacional sobre la materia que constituye el objeto del artículo 23.

43. Para concluir, el Sr. Díaz González dice que se necesitará más tiempo para estudiar más el artículo 23 y los demás artículos que propone el Relator Especial. La Comisión no debe de ningún modo precipitarse en su trabajo simplemente porque considere que tiene que alcanzar la meta prevista de 1991. Debe tener en cuenta las posibles consecuencias de tal precipitación, así como la necesidad de mantener la elevada calidad del trabajo de la Comisión.

44. El Sr. McCaffrey (Relator Especial), resumiendo el debate sobre el capítulo I de su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), dice que agradece la oportunidad de reflexionar sobre un rico debate en el que han participado la mayoría de los miembros de la Comisión. Da las gracias a los que han intervenido por sus valiosas aportaciones, que contribuirán a hacer progresar la labor sobre el tema con miras a completar el examen del proyecto de artículos en primera lectura a fines del actual quinquenio.

45. En su informe (*ibid.*, párr. 18) plantea la cuestión de si la aparición de disposiciones muy similares en una gran variedad de acuerdos internacionales puede considerarse como prueba de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Entre los estudiosos y juristas hay un amplio apoyo a esta propuesta, como se desprende del informe (*ibid.*, nota 39). Todos los miembros de la Comisión que se han referido a la cuestión han mostrado su desacuerdo o han expresado dudas con respecto a la propuesta. La mayoría de ellos han declarado que carece de importancia, puesto que la tarea de la Comisión es generalizar la experiencia de los Estados en sus relaciones referentes a los cursos de agua internacionales y tal como se refleja en los acuerdos internacionales. Otros oradores han señalado que la Comisión no puede hacer caso omiso de las tendencias de la práctica ni de los problemas contemporáneos y que la fuerza de los artículos dependerá de que sean razonables. También se ha dicho que los artículos están apoyados por la lógica abstracta y el sentido común. Ningún orador ha negado que esta esfera puede ser objeto de regulación por el derecho internacional ni ha discutido la necesidad de normas en la misma.

46. El Sr. Mahiou (2123.ª sesión) ha sugerido que como todos los acuerdos mencionados en la sección del informe relativa a las inundaciones son de carácter bilateral, sólo pueden tener un valor limitado como precedente del acuerdo marco de la Comisión, que se pretende que sea un instrumento multilateral. Pero como han señalado el Sr. Beesley (2124.ª sesión) y otros oradores, los problemas de que se trata son fundamentalmente de carácter bilateral; de aquí que las disposiciones de acuerdos bilaterales sean pertinentes e instructivas. Eso no quiere decir que los problemas no estén regulados en acuerdos multilaterales: un ejemplo de ello es la Convención constitutiva de la Autoridad de la cuenca del río Níger, de 1980, en la que son partes nueve países.

47. Ningún miembro de la Comisión ha mostrado gran entusiasmo acerca de la idea de formular normas secundarias. Varios oradores han señalado que si los riesgos y peligros relacionados con el agua se abordan de esa manera, todas las demás esferas que abarca el proyecto tendrán que recibir el mismo tratamiento y es demasiado tarde para iniciar esa empresa. Muchos oradores piensan que entrar en los detalles que requiere la formulación de normas secundarias complicaría indebidamente el proyecto y sería contrario al enfoque del acuerdo marco. La mayoría de los miembros han señalado que el problema se trataría



mejor en relación con la labor de la Comisión sobre los temas de la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y que debe evitarse la duplicación de esfuerzos. El orador está de acuerdo y no tiene el propósito de seguir adelante con la cuestión.

48. La mayoría de los oradores han apoyado la idea general que informa los proyectos de artículos 22 y 23 y el enfoque del subtema de los riesgos y peligros relacionados con el agua. La gran mayoría de las observaciones se han referido a cuestiones de detalle más que a importantes cuestiones de fondo.

49. El Sr. Njenga (*ibid.*) se ha referido a la necesidad vital e imperativa de practicar la cooperación con respecto a los recursos naturales compartidos y los «bienes comunes» mundiales. El Sr. Shi (2125.ª sesión) ha apoyado el enfoque consistente en tratar de todos los tipos de riesgos y peligros relacionados con el agua en un solo conjunto de artículos, ya que es difícil separar las consecuencias puramente naturales de las derivadas de la actividad humana. La opinión expresada por el Sr. Barboza (*ibid.*), a saber, que el proyecto de artículos hace ver la interrelación de los usos de la tierra y el agua y que deben suprimirse los corchetes que encierran la palabra «sistema» en el proyecto, ha sido apoyada por algunos otros miembros. Aun manifestando estar de acuerdo con el enfoque adoptado en el proyecto de artículos, el Sr. Sreenivasa Rao (2124.ª sesión) ha indicado que debe darse en él la máxima importancia a la prevención mediante, entre otras cosas, la cooperación institucional. El Sr. Díaz González ha sido el único miembro que ha interpretado el artículo 22 en el sentido de que crea para los Estados del curso de agua una responsabilidad por los daños derivados de fuerza mayor. Esa responsabilidad no está apoyada por la práctica de los Estados, ciertamente sería inaceptable para los Estados y va mucho más allá de lo que el orador ha previsto al redactar el artículo.

50. Muchos de los problemas terminológicos planteados durante el debate pueden atribuirse al hecho de que todas las cuestiones tratadas en los artículos 22 y 23 están relacionadas físicamente entre sí. La actividad humana interactúa con las causas naturales para producir consecuencias perniciosas relacionadas con el agua y es sumamente difícil encontrar términos generales que abarquen todos esos fenómenos. Los «efectos dañinos del agua» es la expresión que más a menudo usan los especialistas, pero el orador la ha evitado porque le parece imprecisa: puede abarcar casi todos los efectos dañinos, desde la contaminación hasta las inundaciones. Esta expresión podría también inducir a error porque no sólo es el agua la que produce efectos dañinos; el agua puede ser simplemente un vehículo para trasladar sustancias dañinas de un Estado a otro, como en el caso de la contaminación. Sin embargo, el término «riesgos» es problemático por tener, como ha señalado un miembro, un «doble significado».

51. En general, los miembros han discutido el empleo de ciertos términos, pero no han ofrecido muchas sugerencias relativas a otros mejores. La mayoría de los oradores han dicho que la expresión «otros efectos perjudiciales» en el artículo 22 es demasiado general y el orador conviene en que puede suprimirse. Sin embargo, duda de que sea posible encontrar una expresión que abarque todos los problemas tratados en el artículo 22. Evidentemente habrá

que abarcar las condiciones y los efectos, pero está de acuerdo con el Sr. Calero Rodrigues (2125.ª sesión) en que la frase «nocividad y otros efectos perjudiciales» no es del todo satisfactoria, puesto que una condición normalmente producirá un efecto. Por otra parte, condiciones tales como la erosión, la obstrucción de la corriente y la sedimentación son los efectos de otras condiciones que pueden estar relacionadas de manera directa o indirecta con un determinado curso de agua.

52. Lo más importante es que los problemas tratados en la parte del proyecto que se examina deben ser claramente entendidos por la Comisión. El orador cree que lo son y que se trata sólo de decidir si debe emplearse un término general para describirlos y en tal caso de seleccionar la terminología apropiada. El Comité de Redacción está bien dotado para ocuparse de ese problema.

53. Es posible que alguna de las dificultades relativas a la terminología sea resultado de la confusión en cuanto a la finalidad de los artículos 22 y 23. El artículo 22 requiere que los Estados del curso de agua aborden dos tipos diferentes de problemas: uno es crónico, continuo o acumulativo, mientras que el otro es repentino, de corta duración y gravemente perjudicial en la mayoría de los casos. El artículo requiere que los Estados del curso de agua colaboren en la prevención y mejora de los problemas crónicos y tomen medidas para prevenir o aminorar los efectos de los catastróficos.

54. Por otra parte, el artículo 23 se refiere exclusivamente a las situaciones de emergencia o, en otras palabras, a los acontecimientos catastróficos. El artículo tiene dos partes: los párrafos 1 a 3 se refieren a las medidas que hay que tomar en respuesta a una situación de emergencia, sea creada por la naturaleza o por la conducta humana, mientras que el párrafo 4 requiere que los Estados del curso de agua prevean tales situaciones desarrollando y aplicando conjuntamente planes de reserva.

55. El orador quizá haya inducido a error al decir que el artículo 22 trata de problemas crónicos, mientras que el artículo 23 abarca las situaciones de emergencia. Técnicamente, el artículo 22 trata de ambas cosas: es simplemente que las medidas que se han de adoptar en virtud del artículo 22 en relación con las inundaciones, la presencia de hielo y otros riesgos son de carácter anticipatorio y fundamentalmente preventivo, mientras que las previstas en el artículo 23 tienen carácter de emergencia y reacción. Si ese tipo de estructura es demasiado complejo, ello puede remediarse fácilmente tratando en el artículo 23 de la obligación de prevenir las inundaciones y situaciones similares o haciendo objeto de un artículo aparte las obligaciones de prevenir y mitigar los desastres. Si ese cambio es necesario, será fácil hacerlo en el Comité de Redacción.

56. Pasando a las observaciones relativas específicamente al artículo 22, el orador dice que el Sr. Njenga ha señalado correctamente que la lista de problemas del párrafo 1 no es exhaustiva y ha indicado que se han omitido las enfermedades transmitidas por el agua. El orador conviene en que las enfermedades transmitidas por el agua deben mencionarse expresamente dada su gravedad en algunas partes del mundo. Sin embargo, en general no debe intentarse hacer una lista exhaustiva especialmente en un acuerdo marco, ya que se omitirían inevitablemente un cierto número de problemas particularmente graves. La sugerencia del Sr. Illueca (párr. 15 *supra*) de que se añadan

al comienzo del párrafo 2 las palabras «Sin perjuicio de otras formas de cooperación», para poner en claro que las formas de cooperación indicadas en el artículo no son las únicas que cabe prever, es una sugerencia útil y merece ser examinada más a fondo.

57. El Sr. Calero Rodrigues ha sugerido que los artículos 22 y 23 se reestructuren para que traten, primero, de la obligación de notificar; segundo, de las medidas que han de tomar los distintos Estados del curso de agua, y tercero, de la acción cooperativa que han de realizar conjuntamente los Estados del curso de agua. El orador señalaría que la obligación fundamental en esta esfera, como revelan prácticamente todos los acuerdos internacionales estudiados, es la de cooperación. Por consiguiente, no parece lógico comenzar con los medios de cumplir la obligación fundamental y sólo después referirse a la obligación misma. Sin embargo, el orador no tiene una posición firme sobre la cuestión, en particular si otros miembros de la Comisión comparten esa opinión.

58. En el párrafo 1 del artículo 22, la expresión «de manera equitativa» ha suscitado varias reacciones. El Sr. Beesley y el Sr. Barsegov (2125.ª sesión) han apoyado su empleo, el Sr. Sreenivasa Rao ha propuesto su supresión, el Sr. Díaz González ha confesado que no comprende lo que significa en ese contexto concreto, el Sr. Al-Baharna (*ibid.*, párr. 27) ha sugerido que se sustituya por la frase «de conformidad con las disposiciones de la presente Convención», el Sr. Ogiso ha dicho que debe armonizarse con la terminología empleada en los artículos 6 y 7 y el Sr. Calero Rodrigues ha preguntado por qué no aparece una expresión parecida en el párrafo 3 del artículo 23, relativo a la obligación de cooperar para eliminar las causas y los efectos del peligro o la situación. La idea que sustenta el empleo de la expresión «de manera equitativa» es que deben tenerse en cuenta todos los factores pertinentes al determinar las «contribuciones» respectivas de cada Estado del curso de agua a la prevención o mitigación de los riesgos y peligros relacionados con el agua. La adopción de ese enfoque flexible tiene el apoyo de la práctica de los Estados, como reflejan los tratados examinados en su informe. El orador desearía que se hicieran sugerencias relativas a la forma de expresar esa idea de una manera más plena y no tendría objeciones a que se incluyera la expresión «de manera equitativa» o algo similar en el párrafo 3 del artículo 23.

59. El Sr. Reuter (2123.ª sesión) ha preguntado por la base legal del deber de compensación mencionado en el párrafo 3 del comentario al artículo 22. Como han señalado otros oradores, esa obligación puede basarse en la teoría general del enriquecimiento injusto, pero esa doctrina tiene límites. Si el Estado A toma medidas principalmente en beneficio del Estado B, este último puede estar obligado a hacer algún tipo de contribución. Si, por el contrario, el Estado A toma esas medidas principalmente en beneficio propio, normalmente no habrá deber de compensación. Parece también evidente que el Estado A no puede enriquecerse pidiendo compensación por medidas presuntamente tomadas en beneficio del Estado B cuando el Estado B no deseaba que esas medidas se tomaran.

60. El Sr. Barsegov (2125.ª sesión, párr. 41) ha propugnado la inclusión de la frase «hasta donde lo justifiquen las circunstancias del sistema del curso de agua internacional de que se trate» en el párrafo 1 del artículo 22. El orador conviene en que ése puede ser un cambio construc-

tivo, especialmente teniendo en cuenta la condición de acuerdo marco del proyecto, que tendrá que abarcar muchos tipos diferentes de cursos de agua y las distintas necesidades de Estados en diferentes etapas de desarrollo.

61. Las únicas observaciones relativas al apartado a del párrafo 2 del artículo 22 han sido que debía colocarse al comienzo del artículo, que debía introducirse una referencia al artículo 10 (Intercambio regular de datos e información) junto con una disposición para intercambios más frecuentes de datos e información pertinentes y que la palabra «problemas» debe sustituirse por un término mejor. El orador no tiene objeciones que hacer a ninguna de esas sugerencias.

62. Varios miembros se han referido a la expresión «tanto estructurales como no estructurales», y el orador ya ha explicado que se utiliza en varios instrumentos para referirse simplemente a las estructuras físicas, como presas, embalses y diques, que los Estados del curso de agua pueden construir en cooperación para atenuar o prevenir riesgos relacionados con el agua. Sin embargo, dada la confusión creada por la expresión, podría sustituirse por «medidas conjuntas, entrañen o no obras de construcción...».

63. Con respecto al apartado c del párrafo 2, el orador apoya plenamente la sugerencia del Sr. Tomuschat (2124.ª sesión) de que se haga más conciso y espera recibir propuestas concretas. El Sr. Reuter ha sugerido el empleo del término «prosecución», puesto que se trata de un proceso en curso. El orador no tiene objeciones especiales a este término, pero el Sr. Njenga se ha opuesto al mismo. La idea es que los Estados del curso de agua deben evaluar constantemente la eficacia de las medidas que han tomado para prevenir y mitigar los problemas a que se hace referencia en el párrafo 1.

64. El párrafo 3 ha suscitado numerosas observaciones, muchas de ellas favorables. Un miembro de la Comisión lo ha calificado de desarrollo provechoso del artículo 8 (Obligación de no causar daños apreciables). Otro ha sostenido que no cabe discutir que la ordenación del aprovechamiento de la tierra es un ingrediente necesario del tipo de cooperación prevista en el artículo 22 en su conjunto. En cambio, algunos oradores piensan que el párrafo 3 es innecesario y que bastaría el artículo 8, el artículo general sobre la obligación de no causar daños apreciables.

65. El párrafo 3 tiene una importancia decisiva, pues destaca la interrelación entre las actividades humanas y los desastres que de otro modo parecerían de origen puramente natural y recuerda a los Estados del curso de agua la necesidad de determinar si las actividades que se realizan en su territorio tendrán efectos perjudiciales para otros Estados del curso de agua. Por consiguiente, el orador no comprende cómo se puede decir que no cumple ninguna finalidad práctica, en particular dados los efectos que tienen sobre los cursos de agua, por ejemplo, la construcción de canales y carreteras, la deforestación y las prácticas de ordenación de terrenos. Además, los acontecimientos recientes revelan la urgente necesidad de esta disposición, en relación con la cual el orador remite a los miembros no sólo al examen en su informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párrs. 55 a 63) de dos asuntos entre los Estados Unidos de América y México y al informe de las Naciones Unidas sobre las inundaciones de Bangladesh de 1988, sino también a la primera página del *International Herald Tribune*

de 27 de junio de 1989. Si la Comisión no aborda el problema de una manera directa, se considerará que ha hecho caso omiso de uno de los principales problemas ambientales de la época.

66. Por otra parte, el orador está abierto a todas las sugerencias en relación con el texto del párrafo 3; si se considera que resulta excesivamente recargado, sin duda se puede encontrar alguna otra redacción. No pondría objeciones, por ejemplo, a la sugerencia del Sr. Barsegov de que se hiciera referencia a «medidas individuales y colectivas» o a la propuesta del Sr. Sreenivasa Rao consistente en decir «todas las medidas posibles». También se ha sugerido que la palabra «apreciables» es inapropiada en ese contexto y que el criterio debería elevarse diciendo «sustanciales» o «importantes». El orador ha utilizado la palabra «apreciables» porque se ha utilizado también en el artículo 8, pero es muy posible que las obligaciones en cuestión surjan únicamente cuando los daños resultantes de los riesgos relacionados con el agua sean más que simplemente apreciables. No obstante, también en este caso está dispuesto a aceptar sugerencias.

67. Entre los miembros que se han referido a la cuestión existe una preferencia general por el término «territorio» en lugar de la expresión «jurisdicción o control», dada la incertidumbre acerca del ámbito de actividades que abarcaría esta última expresión. El orador conviene en que debe utilizarse el término «territorio» en el párrafo 3 del artículo 22 y en el párrafo 2 del artículo 23.

68. Con respecto al artículo 23, el Sr. Reuter ha expresado la opinión de que, no obstante los *dicta* en el laudo del *Lago Lanós*<sup>19</sup>, ya es discutible que los Estados tengan libertad para crear riesgos y ha añadido que el tribunal podría haber decidido otra cosa si hubiese tomado su decisión una vez ocurridas las desastrosas inundaciones causadas por la rotura de una presa en Francia poco después de resolverse este asunto. El orador está de acuerdo con el Sr. Reuter en que las demandas del derecho internacional contemporáneo exceden de la jurisprudencia del asunto del *Lago Lanós*.

69. Tampoco tiene una posición inamovible con respecto a la expresión «situación de emergencia», que, a juicio de algunos miembros, debe incluirse en el artículo 23 o en el artículo sobre términos empleados, aunque un miembro cree que sería mejor no definir la expresión, puesto que las situaciones de emergencia son siempre excepcionales y, por lo tanto, desafían la definición.

70. En principio, el orador no pone objeciones a la reordenación del artículo 23 para tener en cuenta la sugerencia del Sr. Tomuschat de que el deber de prevención establecido en el párrafo 3 se incorpore al párrafo 1, puesto que el deber de cooperar se basa en el deber de prevención y la acción individual tiene prioridad sobre las medidas colectivas.

71. No ha habido desacuerdo fundamental entre los miembros con respecto a los principios enunciados en los párrafos 1 y 2. No obstante, se han hecho una serie de sugerencias para mejorar la redacción del párrafo 1, sugerencias que puede tener en cuenta el Comité de Redacción. Se ha preguntado, por ejemplo, por qué se ha utilizado en el párrafo 1 el término «intergubernamentales» y en el párrafo 3 el término «internacionales». Su única explica-

ción de la diferencia es que el término «internacionales» en el párrafo 3 se ha tomado de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, mientras que el término «intergubernamentales» es, a su juicio, algo más preciso que «internacionales», pues puede abarcar las organizaciones no gubernamentales. No obstante, conviene en que los dos términos deben armonizarse.

72. El Sr. Pawlak, que considera que el párrafo 2 está redactado de una manera demasiado limitativa, ha sugerido (párr. 26 *supra*) que se sustituyan las palabras «otros Estados del curso de agua» por las palabras «otros Estados posiblemente afectados». Es ésa una sugerencia útil y debe tenerse en cuenta, junto con otras sugerencias de redacción, en el Comité de Redacción.

73. El párrafo 3 ha sido objeto de observaciones mucho más detalladas. Varios miembros han señalado acertadamente que los Estados y las organizaciones internacionales que no son partes en el futuro instrumento no pueden estar obligados por él. Como han sugerido varios miembros, ese problema podría resolverse redactando de nuevo el artículo para poner en claro que los Estados que no sean partes no tienen esa obligación. En todo caso, el Sr. Illueca ha señalado que los Estados podrían convenir en que se advirtiera a otros Estados posiblemente afectados de los desastres inminentes o situaciones que pudieran dar lugar a esos desastres.

74. El orador acoge con satisfacción la sugerencia del Sr. Njenga de que debe alentarse a los Estados que poseen ciertos tipos de tecnología, como medios de teledetección, a ayudar a los Estados posiblemente afectados compartiendo datos sobre cuestiones tales como la previsión de las inundaciones. Sin embargo, una disposición a tal efecto exigiría una redacción cuidadosa para que quedase claro que no se pretende obligar a los Estados que no sean partes en el futuro instrumento.

75. El Sr. Ogiso, que considera que la redacción del párrafo 3 es demasiado restrictiva, ha sugerido que se haga más flexible para abarcar la asistencia de carácter voluntario en forma, por ejemplo, de alimentos y medicinas aportados por Estados ajenos al curso de agua que no han resultado afectados por el desastre. No habría dificultad alguna en introducir esa disposición en el proyecto, aunque no sería obligatoria para los Estados, sino que, simplemente, se reconocería en ella el valor de esas aportaciones voluntarias. Todas las demás sugerencias de redacción formuladas con respecto al párrafo 3 pueden ser examinadas en el Comité de Redacción.

76. No se ha apoyado la inclusión en el proyecto de una obligación de aceptar la asistencia, en particular dadas las condiciones políticas que ello podría entrañar. Sin embargo, algunos miembros estiman que se debe alentar a los Estados a aceptar esa asistencia y la cláusula de salvaguardia a tal efecto, que el Sr. Mahiou (2123.ª sesión, párr. 46) ha propuesto incluir en el proyecto como artículo 23 *bis*, debe ser examinada por el Comité de Redacción. El Sr. Bennouna (2124.ª sesión) ha sugerido también que se debe prever alguna modalidad mediante la cual se pueda prestar asistencia y ha explicado, en conversaciones privadas, que esa disposición puede abarcar reuniones periódicas o *ad hoc* celebradas por las partes contratantes en la futura convención para tratar de cualesquiera cuestiones que puedan surgir. Ese enfoque tiene un sólido precedente en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Co-

<sup>19</sup> Véase 2123.ª sesión, nota 6.

mercio, en el que se prevé que las Partes Contratantes decidan sobre ciertas cuestiones importantes.

77. Otro punto que merece un examen más a fondo y sobre el cual podría incluirse en el proyecto una disposición apropiada es la posibilidad de que los Estados se pongan de acuerdo previamente sobre la conveniencia de ofrecer y aceptar asistencia con miras a evitar cualesquiera dificultades acerca de una posible obligación de aceptar asistencia. También se ha hecho referencia a la mejora del clima de cooperación y solidaridad internacional, en relación con lo cual el Sr. Barsegov ha señalado que debe apoyarse mediante medidas legales. Esa es también una sugerencia muy positiva y el orador está dispuesto a aceptar cualquier propuesta en ese sentido.

78. El párrafo 4 del artículo 23 se basa en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, y eso explica su texto. No obstante, la redacción podría examinarse de nuevo con miras a hacerla más vinculante, como ha sugerido el Sr. Bennouna, quien considera la preparación de los planes como el aspecto más importante del artículo.

79. Habida cuenta del debate de la Comisión, el orador sugeriría que los proyectos de artículos 22 y 23 se remitiesen al Comité de Redacción. Señala, no obstante, que un miembro de la Comisión, el Sr. Díaz González, opina que se requiere más tiempo para examinar el artículo 22. A este respecto, desea señalar que el mismo tema fue tratado de manera muy similar en el informe a que se ha referido el Sr. Díaz González, a saber, el tercer informe del Sr. Schwebel<sup>20</sup>. También se trató de la cuestión en los dos informes<sup>21</sup> del Sr. Evensen y, por consiguiente, no es nueva, ya que la Comisión la viene examinando desde 1982. Naturalmente, es posible aplazar el examen de la cuestión hasta el próximo período de sesiones, pero el orador teme que si se difiere demasiado, la Comisión no pueda completar su primera lectura del proyecto de artículos antes de que termine su actual mandato.

80. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide remitir los proyectos de artículos 22 y 23 al Comité de Redacción para su examen a la luz del debate.

*Así queda acordado.*

#### PARTES VII Y VIII DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

81. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar los artículos 24 y 25 de las partes VII y VIII del proyecto, que figuran en la última parte de su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), a saber, en los capítulos II y III, respectivamente. Estos proyectos de artículos dicen:

##### PARTE VII

#### RELACIÓN CON LOS USOS PARA LA NAVEGACIÓN Y FALTA DE PRIORIDAD ENTRE LOS USOS

##### *Artículo 24.—Relación entre los usos de la navegación y para fines distintos de ella; inexistencia de prioridad entre los usos*

1. Salvo acuerdo en contrario, ni la navegación ni ningún otro uso tendrá prioridad *per se* sobre otros usos.

<sup>20</sup> Véase nota 10 *supra*.

<sup>21</sup> *Anuario...* 1983, vol. II (primera parte), pág. 165, documento A/CN.4/367; y *Anuario...* 1984, vol. II (primera parte), pág. 107, documento A/CN.4/381.

2. En el caso de que los usos de un [sistema de] curso de agua internacional entren en conflicto, serán ponderados junto con los demás factores relacionados con el curso de agua con miras a determinar su utilización equitativa de conformidad con los artículos 6 y 7 de los presentes artículos.

##### PARTE VIII

#### REGULACIÓN DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES

##### *Artículo 25.—Regulación de los cursos de agua internacionales*

1. Los Estados del curso de agua cooperarán en la determinación de las necesidades y las posibilidades de regular los cursos de agua internacionales.

2. Salvo acuerdo en contrario, los Estados del curso de agua participarán de manera equitativa en la construcción y el mantenimiento de las obras de regulación que hayan acordado emprender en forma individual o conjunta o, según el caso, en el pago del costo de esas obras.

82. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) dice que a primera vista podría parecer que los dos artículos no están en su orden lógico, puesto que el tema del artículo 24 normalmente figuraría al final del proyecto. No obstante, como ha señalado en su cuarto informe (A/CN.4/412 y Add.1 y 2), si bien a su modo de ver el tema debe consistir en un núcleo de ciertos principios y obligaciones, hay también otras cuestiones, como las tratadas en el artículo 25, que merecen que la Comisión las considere. Si la Comisión decide que el artículo 25 tiene cabida en el proyecto, ese artículo tendría que figurar antes del artículo 24.

83. Por lo que respecta al proyecto de artículo 24, el orador dice que históricamente, por supuesto, la navegación ha tenido prioridad sobre otros usos de los cursos de agua internacionales. Sin embargo, en general ya no es así. No obstante, existe una clara interrelación entre la navegación y otros usos de los cursos de agua. En consecuencia, el único punto que se trata de regular en el párrafo 1 es si debe darse prioridad a la navegación o a los usos para fines distintos de ella.

84. En el párrafo 2, que se refiere fundamentalmente a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, plantea la cuestión de si debe darse prioridad a un determinado uso sobre otros usos. Aunque en algunos acuerdos sobre cursos de agua se enumeran prioridades entre los usos, ésta parece ser una técnica anticuada, como ha explicado el orador en su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párr. 126). En consecuencia, el párrafo 2 dispone que no se dará prioridad a ningún uso, sino más bien que se ponderarán todos los factores pertinentes con miras a determinar, en caso de conflicto, el uso que debe predominar o las medidas que deben tomarse para resolver el conflicto, de conformidad con los artículos 6 y 7 del proyecto.

85. El proyecto de artículo 25 trata del tema de la regulación, que tiene un significado técnico y muy específico en el derecho de los cursos de agua internacionales y no se ha de interpretar en sentido amplio. En este contexto particular significa control del agua del curso de agua mediante la construcción de obras u otras medidas con miras a impedir efectos perjudiciales como las inundaciones y la erosión y maximizar los beneficios que se han de obtener del curso de agua, por ejemplo regularizando la corriente, lo que a menudo puede deparar inmensos beneficios a los usos agrícolas. Como ese tema no entra en el núcleo del proyecto, el orador ha propuesto una disposi-

ción muy modesta destinada a señalar a la atención la importancia de la cooperación entre los Estados del curso de agua respecto a la regulación de los cursos de agua internacionales. Si la Comisión decide que el tema merece un tratamiento más detallado, con mucho gusto ampliará la disposición.

86. El Sr. KOROMA dice que los artículos propuestos por el Relator Especial son muy oportunos y pertinentes y tienen su pleno apoyo. Sabe muy bien lo importante que es todo el tema para los Estados ribereños y lacustres, puesto que ha tenido el honor de representar a la Comisión en una reunión sobre el tema celebrada en Addis Abeba en 1988. Al mismo tiempo, las obligaciones establecidas en el proyecto de artículos no deben ser demasiado restrictivas, pues, de lo contrario, los Estados podrían ser reacios a cumplirlas. Más bien debe alentarse a los Estados a cooperar en la prevención de los efectos perjudiciales

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

## 2127.<sup>a</sup> SESIÓN

*Miércoles 28 de junio de 1989, a las 15.10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Responsabilidad de los Estados (*conclusión*\*) (A/CN.4/416 y Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/L.431, secc. G)

[Tema 2 del programa]

### *Segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos*<sup>2</sup>

#### INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

#### ARTÍCULO 6 (Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo) y

#### ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)<sup>3</sup> (*conclusión*)

1. El Sr. McCaffrey, después de felicitar al Relator Especial por su ejemplar informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), que contiene un análisis sumamente detallado de las fuentes del derecho en la materia, dice que limitará su intervención a la cuestión del plan general propuesto para el proyecto, a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, al problema de la cesación y al nuevo proyecto de artículo 7 sobre la restitución en especie.

2. Por lo que respecta al plan general del proyecto, el Relator Especial tiene razón al querer abordar por separado las disposiciones relativas al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad y las relativas al arreglo de controversias (*ibid.*, párr. 4). El análisis que hace de la cuestión (*ibid.*, párr. 19) justifica que las reglas de aplicación figuren en la segunda parte del proyecto y no en la tercera. Como hacía notar el Sr. Ogiso en el 37.º período de sesiones, en 1985<sup>4</sup>, el hecho internacionalmente ilícito sólo es presunto, los Estados sólo pueden alegar su existencia y no toma cuerpo jurídicamente hasta la terminación del procedimiento encaminado a determinar su realidad.

3. Por el contrario, el Sr. McCaffrey se pregunta si es una buena idea abordar por separado los crímenes internacionales y los delitos internacionales, pues le parece imposible aceptar el concepto de crimen internacional de Estado y sobre todo su corolario, la responsabilidad penal del Estado. Si bien es cierto que las violaciones del derecho internacional son de distinta gravedad, no lo es menos que forman un abanico continuo en el que parece difícil reconocer dos categorías distintas. Mantener la dicotomía entre delitos y crímenes sería más bien perjudicial para el tema que se examina, al posibilitar interpretaciones erróneas. Sin duda hay que tratar en particular las violaciones de las obligaciones *erga omnes*, y es desde este punto de vista que la Comisión puede desempeñar una función útil en lugar de perseguir en vano el fantasma del crimen internacional de un Estado. Por lo demás, el Sr. McCaffrey no puede suscribir los argumentos expuestos por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 15) a fin de justificar la distinción entre dos series de consecuencias, una para los crímenes y otra para los delitos. La terminología perentoria que emplea a este respecto («imponer la cesación», «infligir un castigo»...) no corresponde a la realidad del mundo actual. Los medios de presión que se prevén en la Carta de las Naciones Unidas son una cuestión totalmente distinta, sin relación con los problemas de Estado a Estado.

4. La vía que ha seguido el Relator Especial para tratar de las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito es la acertada, y tiene razón al decir que «el tema debería tratarse, siempre que fuera posible, más detalladamente y más a fondo» (*ibid.*, párr. 24). Si se convirtiera en realidad, este propósito sería una contribución positiva a la aclaración del tema, pues los Estados estarían en

\* Reanudación de los trabajos de la 2122.<sup>a</sup> sesión

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>2</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35.º y 37.º, figuran en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), pág. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte

—artículos 6 a 16— remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36.º y 37.º, *ibid.*, pág. 21, nota 66

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto («Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias») fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86

<sup>3</sup> Para el texto, véase 2102.<sup>a</sup> sesión, párr. 40

<sup>4</sup> *Anuario* 1985, vol. I, pág. 121, 1895.<sup>a</sup> sesión, párr. 30

mejores condiciones de determinar las consecuencias de sus propios actos y de los actos de los otros Estados. En esta materia es necesaria la mayor precisión posible y es eso exactamente lo que trata de lograr el Relator Especial.

5. La cesación del hecho ilícito debe tratarse aparte, como recomienda el Relator Especial, y no englobarse en los artículos dedicados a la reparación. Como ha señalado el Sr. Calero Rodrigues (2103.ª sesión), podría tener cabida en el capítulo I (Principios generales) de la segunda parte. Por lo demás, plantea un problema estimulante: ¿la obligación de cesación forma parte de la prohibición o se deriva de la violación? Como la Comisión ha decidido que la primera parte del proyecto se dedicaría al origen de la responsabilidad internacional, convendría, aunque sólo fuese por esta razón, incluir la cesación en el capítulo I de la segunda parte, tanto más cuanto que parece tratarse de una nueva obligación del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito.

6. Pasando al nuevo proyecto de artículo 7 de la segunda parte, el Sr. McCaffrey dice que, como ha aconsejado también el Sr. Calero Rodrigues, habría que definir primero en la introducción lo que se entiende por «restitución en especie». Así no habría que extenderse sobre este concepto en el comentario y se diría claramente lo que se quiere decir, puesto que el Relator Especial ha recordado (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 64) que parecen oponerse dos concepciones sobre este punto: la del restablecimiento del *statu quo ante*, y la del restablecimiento de la situación que existiría, o habría existido; de no haberse cometido el hecho ilícito.

7. El apartado c del párrafo 1 del artículo 7 plantea la espinosa cuestión de la restitución «excesivamente onerosa». La expresión no es acertada y sería preferible decir «carga desproporcionada», recogiendo la expresión tomada por el Relator Especial de la doctrina (*ibid.*, párr. 99). Este sería un punto secundario del que podría encargarse el Comité de Redacción si no planteara también un problema de fondo; en efecto, en el artículo deben enumerarse los casos en que la restitución en especie se considera «excesivamente onerosa», lo que equivale a indicar al Estado autor por qué medio puede eludir en su caso las demandas del Estado lesionado.

8. En el párrafo 4 se proponen dos fórmulas: «reparación por equivalencia» e «indemnización pecuniaria». El Sr. McCaffrey se declara en favor de la segunda, por la sencilla razón de que es más inteligible para el hombre de leyes medio cuyas competencias no hay que presumir. Además, la compensación pecuniaria es la forma principal de reparación por equivalente. Finalmente, en el texto inglés «reparation by equivalent» suena verdaderamente muy mal.

9. Desde el punto de vista de la organización de los trabajos, el Sr. McCaffrey piensa que el Relator Especial debería tener ocasión de presentar antes del final del actual período de sesiones su segundo informe, que ciertamente dará motivo de reflexión a los miembros de la Comisión antes del período de sesiones siguiente.

10. El Sr. BARBOZA señala que en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 64) el Relator Especial propone dos maneras de definir la restitución en especie: «la definición A», que se refiere al restablecimiento del *statu quo ante*, y «la definición B», que trata del restablecimiento de la situación que existiría o habría existido si

no se hubiese cometido el hecho ilícito. Hay que señalar a este respecto que estas dos definiciones se refieren a dos momentos diferentes: el momento en que se produce la violación y el de la reparación, que es ciertamente el más importante. Si se elige la definición A, todas las consecuencias del acto no se habrán borrado en el momento de la reparación: ¿qué hay, por ejemplo, de los intereses debidos sobre la cantidad reclamada por el Estado lesionado? Este podría encontrar en ello un nuevo objeto de reclamación. Aun cuando cabe vacilar en introducir en la definición una situación que jamás ha existido, parece que hay que elegir la definición B si se desea preservar la posibilidad de la *restitutio in integrum*.

11. La relación entre cesación y restitución, en su opinión, no causa dificultades, porque ambas pertenecen a la norma secundaria. No comparte la idea del Relator Especial de que la cesación es un efecto continuo de la relación jurídica original, ni de poner la cesación en una zona «entre» las normas primarias y secundarias (*ibid.*, párr. 61). Hacer de la cesación un efecto de la norma primaria y de la restitución un efecto de la norma secundaria sería romper con la lógica, puesto que dos Estados se encontrarían entonces vinculados al mismo tiempo por una cierta obligación jurídica de cesación impuesta por la norma primaria y otra de reparación impuesta por la norma secundaria como consecuencia de la violación de la primera. Ahora bien, hay que recordar que la obligación no es más que un vínculo jurídico y que su contenido es algo totalmente distinto. Así, la obligación primaria carece de consistencia, pues lógicamente es imposible cumplirla. Una vez violada, se extingue porque no puede cumplirse, puesto que el transcurso del tiempo aparece aquí como un elemento esencial: antes del momento T, la obligación no ha sido violada; después, la violación se ha consumado. No hay más que una alternativa: o bien la obligación se cumple o bien se viola. De ello se sigue que la cesación presupone la violación.

12. El origen de la confusión es que la cesación está ligada a un acto que se extiende en el tiempo y cuya interrupción produce la ilusión de que se respeta la obligación primaria. Pero no es éste el caso si se considera que el tiempo es un elemento esencial de la obligación. El Sr. Barboza pone un ejemplo: si se toma como rehenes a agentes diplomáticos, el contenido de la obligación primaria reside en eso, que no hay que obstaculizar la libertad de las personas protegidas por su estatuto diplomático. Pero una vez realizado el secuestro esta obligación ya no puede cumplirse; habiendo sido violada, pertenece al pasado. El derecho hace nacer entonces una segunda obligación, la de la cesación. En el caso de los rehenes, esta segunda obligación no tiene siquiera un contenido del mismo orden que la obligación primaria, puesto que la liberación de las personas secuestradas supone un comportamiento activo, mientras que la obligación primaria consistía en una abstención. El primer vínculo jurídico nacía de su propia fuente —en este caso la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961—, pero es caduco. Es sustituido por una nueva obligación, la que prevén los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, junto a diversos elementos cuyo objeto es borrar las otras consecuencias materiales de la violación (por ejemplo, los intereses acumulados mientras un acreedor se encuentra privado del dinero que le debía el deudor culpable o los atentados contra los rehenes diplomáticos o contra las instalaciones de la legación).

13. Suponiendo incluso que cesación y restitución correspondan ambas a la norma secundaria, hay que separarlas en el plano conceptual. Aunque la restitución implica cesación, es diferente. El hecho de que una y otra se produzcan al mismo tiempo no significa que la restitución absorba la cesación, como sugiere el Relator Especial. Siguiendo con el caso de una toma de rehenes, dice que si los rehenes son entregados al Estado que los reclama, el acto ilícito cesa ciertamente; pero puede cesar también si los rehenes son simplemente liberados, aun cuando ese hecho los lleve a su muerte; por ejemplo, si se les suelta en una multitud enfurecida.

14. Concluyendo sus comentarios sobre este punto, el Sr. Barboza se declara de acuerdo en general con el análisis que el Relator Especial dedica a la cuestión de la imposibilidad de la restitución en especie (*ibid.*, párrs. 85 a 90).

15. Por lo que concierne al nuevo proyecto de artículo 7 y más concretamente al concepto de restitución «excesivamente onerosa», el Sr. Barboza destaca que los apartados *a* y *b* del párrafo 2 en los que se precisa este concepto se refieren a dos elementos diferentes. El apartado *a* parece ser la aplicación del principio de «racionalidad», que es una de las guías seguras para la aplicación del derecho. El apartado *b* trata de algo totalmente diferente: una situación similar a la de un «estado de necesidad», pero con la diferencia de que en vez de excluir la ilicitud de un hecho de un Estado que no esté conforme a sus obligaciones internacionales, la disposición exonera al Estado de su obligación de restitución en especie. El apartado *b* parece, por tanto, inoportuno; su contenido corresponde más bien al apartado *b* del párrafo 1 del artículo 33 (Estado de necesidad) de la primera parte del proyecto, aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión. Si se suprime el apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de artículo 7, el artículo en conjunto sería aceptable.

16. Por lo que respecta al nuevo proyecto de artículo 6, no hay nada que decir del hecho de tratar aparte la cesación, siempre que se entienda que es, junto con la restitución, una forma de reparación. Para ello, se podría añadir la fórmula más explícita «sin perjuicio de la *otra* responsabilidad en la que ya ha incurrido», con el fin de subrayar que la cesación es *también* una responsabilidad y no una obligación primaria. Asimismo, habría que sustituir en el texto inglés el verbo «remains» por «is». En cuanto a las palabras «acción u omisión» se podría decir «acción» simplemente, que abarca las dos ideas.

17. El Sr. SOLARI TUDELA comprueba que las razones que invoca el Relator Especial para tratar separadamente las consecuencias de los delitos internacionales y las de los crímenes internacionales son fundamentalmente metodológicas y que, como dice en el informe preliminar: «Una vez que los resultados demuestran que puede prescindirse parcialmente de la separación, volver a textos más o menos integrados sería únicamente una cuestión de redacción» (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 12 *b*). Así pues, convendría saber si, en el capítulo del proyecto dedicado a las consecuencias de los crímenes internacionales, el Relator Especial se propone hacer una distinción entre los crímenes internacionales y los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y examinar las diferentes consecuencias que pudiera haber entre unos y otros, en especial en lo que se refiere a la reparación.

18. Pero el tema al que más importancia asigna el Relator Especial es el de la cesación; a este respecto, sostiene la diferencia entre cesación y restitución tanto en su carácter como en su función. A juicio del Relator Especial, la fuente de la cesación es la norma primaria y la de la restitución la norma secundaria. Sin embargo, la doctrina y la práctica no diferencian siempre esos dos conceptos. Refiriéndose desde el punto de vista del derecho interno al caso de la detención arbitraria de una persona por las autoridades del Estado, señala que, en un Estado donde no impere el estado de derecho, la liberación de la persona detenida —es decir, la cesación del hecho ilícito— se considerará suficiente, mientras que en un Estado de derecho su liberación no pondrá fin al asunto, puesto que la persona lesionada podrá reclamar al Estado una indemnización. Parece que lo mismo sucede en derecho internacional público, donde la diferencia entre cesación y restitución se acentuará a medida que se afirme una comunidad internacional de derecho, y que cada vez más a menudo la violación de una obligación internacional dará lugar no sólo a la cesación del hecho ilícito, sino también a una reparación en debida forma. La práctica de los Estados ofrece ya ejemplos que ilustran esos dos aspectos de la responsabilidad. Así, hace algunos años las autoridades israelíes ordenaron el secuestro en territorio argentino del antiguo nazi Adolf Eichmann, a quien acusaban del crimen de genocidio. Como es sabido, esa persona fue después procesada, sentenciada y ejecutada en Israel. Mas, como se recordará también sin duda, el Gobierno israelí no negó haber actuado en violación de una obligación internacional —en ese caso, la soberanía de la Argentina—, y presentó al Gobierno de este último país una nota a tal efecto que a sus ojos equivalía a una reparación.

19. No cree el orador que la distinción entre esos dos aspectos de la responsabilidad internacional y su independencia recíproca ofrezcan ninguna duda. Está plenamente justificado, pues, dedicar un artículo separado a la cesación. Cabe preguntar, sin embargo, si el Relator Especial tiene la intención de mantener el nuevo artículo 6 sobre cesación en el capítulo II de la segunda parte del proyecto, concerniente a las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales, o si pretende incluirlo en el capítulo I (Principios generales) (*ibid.*, párr. 20).

20. En lo que se refiere a la restitución en especie, el Relator Especial presenta un análisis muy completo de la doctrina y la práctica de los Estados. Según el informe (*ibid.*, párr. 64), en la doctrina existen dos corrientes: una a favor del restablecimiento de la situación que existía en el momento de cometerse el hecho ilícito y la otra a favor del restablecimiento de la situación que habría existido si no se hubiese cometido el hecho ilícito. Ahora bien, aunque el Relator Especial opta aparentemente por la segunda de esas corrientes, esa preferencia no se encuentra reflejada en el nuevo proyecto de artículo 7. El Relator Especial menciona en relación con ese artículo la cuestión de las nacionalizaciones (*ibid.*, párr. 106) y la imposibilidad en tales casos de la restitución en especie, e indica que la doctrina contemporánea niega en este caso el derecho a la restitución. Siendo la nacionalización un hecho lícito, mientras que la responsabilidad se refiere a los hechos ilícitos, es preciso concluir que la nacionalización como tal no corresponde a la esfera de la responsabilidad. Naturalmente, el Estado que ha sido indemnizado en caso de nacionalización puede tener dificultades en cuanto al monto de su indemnización.



21. En su opinión, el texto del proyecto de artículo 7 puede plantear dificultades, en especial en relación con el párrafo 3. Por justificada que esté la norma enunciada en ese párrafo, no es seguro que pueda ser aceptada, dada la experiencia reunida en otras esferas del derecho. En el caso de los hechos ilícitos que violan su derecho interno, los Estados muchas veces se ven en la imposibilidad de aplicar la ley por los obstáculos que les impone el ordenamiento jurídico interno de otro Estado. Es difícil saber si, al tratarse de un hecho internacionalmente ilícito, aceptarían una norma tan rigurosa como la establecida en el artículo 7.

22. El Sr. FRANCIS se refiere ante todo a las cuestiones de orden general mencionadas en la introducción y en el capítulo I del informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), y dice que aprueba la manera como el Relator Especial aborda la revisión de los artículos 6 y 7 de la segunda parte del proyecto. Comprende, en especial, que haya hecho hincapié en la cuestión de la cesación, es decir, en la obligación del Estado autor, así como la idea de dedicar un artículo separado al derecho del Estado lesionado. Aprueba asimismo la manera como el Relator Especial se propone abordar la cuestión de los delitos y los crímenes internacionales, en la inteligencia de que más tarde volverá a tratarse esta cuestión para ver si es posible reconciliar los dos planteamientos previstos. Por su parte, a su debido tiempo volverá a examinar la cuestión de si conviene inspirarse para ello en las observaciones del Sr. McCaffrey, y cita a este respecto el artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales) de la primera parte del proyecto, aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura.

23. Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto podrían constituir efectivamente el capítulo I de dicha parte, titulada «Principios generales» (*ibid.*, párr. 9), pero cuando la Comisión finalmente aprobó esos artículos, él creía que el artículo 5 figuraría bajo el título «Términos empleados». Esa disposición, en efecto, es fundamentalmente de carácter interpretativo y no guarda ninguna relación con los principios generales. Opina como el Sr. Calero Rodrigues (2103.ª sesión) acerca de que el nuevo proyecto de artículo 6 sobre la cesación se incluya entre los principios generales.

24. Por lo que respecta al esquema para las partes segunda y tercera del proyecto propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20), opina como el Sr. Yan'kov (2105.ª sesión), esto es, que convendría aclarar los diferentes elementos que constituirán la tercera parte, dedicada a la solución pacífica de las controversias.

25. Aprueba sin reservas el análisis y las conclusiones del Relator Especial relativas a la cesación (A/CN.4/416 y Add.1, párrs. 22, 31 y 61). Como consecuencia, la cesación deriva principalmente de una obligación primaria y no constituye desde ese punto de vista una verdadera consecuencia jurídica, sino una consecuencia de hecho derivada de un hecho internacionalmente ilícito. A diferencia de las demás consecuencias, no emana de las nuevas relaciones jurídicas nacidas de la violación de una obligación internacional. En el caso de un Estado que comete accidentalmente una violación de una obligación internacional, constatada por sus propios organismos, los cuales ponen remedio a tal violación, la cesación no es propiamente una consecuencia jurídica del mismo orden que las demás consecuencias que emanan de la violación.

26. Cree entender que, en opinión del Sr. Bennouna (2122.ª sesión), la cesación corresponde a la restitución. Ello es así en ciertos casos, en que la cesación es un medio para poner remedio a la violación, pero la cesación se distingue de la restitución propiamente dicha en que depende de la violación misma de la obligación internacional. Si un Estado bombardea un Estado vecino y después deja de hacerlo, puede estar obligado a reparar en caso de daño, pero ciertamente no está obligado a la restitución en especie. Por eso, el Relator Especial tiene razón cuando dice que se podría concebir «una norma sobre la cesación como una disposición situada, por así decirlo, “entre” las normas primarias, por una parte, y las normas secundarias, por la otra» (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 61).

27. Pasando a considerar el texto del nuevo artículo 6 y en particular la expresión «un hecho internacionalmente ilícito [que tenga] [de] carácter continuo», dice que el Relator Especial debería tener más en cuenta el artículo 25 de la primera parte del proyecto, titulado «Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo».

28. Por lo que respecta a la excesiva onerosidad de la restitución, a que se refiere el apartado c del párrafo 1 del nuevo proyecto de artículo 7, opina que habría que tener presentes los artículos 31, 32 y 33 de la primera parte, que versan sobre la fuerza mayor y el caso fortuito, el peligro extremo y el estado de necesidad, y que no excluyen la ilicitud del hecho si el Estado autor ha contribuido a que se produzca tal situación. Habría que indicar, en el artículo 7, que si el carácter excesivamente oneroso de la restitución es una consecuencia de la violación, el Estado autor no debe beneficiarse de ello.

29. El proyecto de artículo 7 de la segunda parte presentado por el anterior Relator Especial ha suscitado diversas reacciones e inspira asimismo ciertas reservas al orador, en especial en lo que se refiere a la cuestión de los residentes extranjeros, que hay que abordar con circunspección y sin olvidar lo que está pasando en el mundo. Originario de un pequeño país, cuya población asciende a poco más de 2,5 millones de habitantes, porque el millón restante ha emigrado, el Sr. Francis dice ser particularmente sensible a esa cuestión. En caso de violación de una obligación internacional en la que se hallen implicados residentes extranjeros, lo importante es encontrar una fórmula jurídica que, guiada por una preocupación humanitaria, permita mejorar la suerte de los interesados en la nueva situación nacida de la violación de la obligación internacional, lo que es algo totalmente diferente de la restitución.

30. El Sr. SHI, después de rendir tributo a los esfuerzos del Relator Especial, comprueba que éste recoge, en líneas generales, el esquema de las partes segunda y tercera del proyecto propuesto por su predecesor, aunque dándole su percepción personal e introduciendo algunas modificaciones por razones metodológicas. Los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 de la segunda parte se presentan así para reemplazar los que ya se remitieron al Comité de Redacción, y esta manera de actuar es perfectamente natural.

31. El esquema revisado propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20) difiere del esquema inicial en tres puntos principales. En primer lugar, se proponen dos capítulos separados en la segunda parte para las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales y las de los crímenes internacionales.

les. En segundo lugar, se introduce en cada una de esas categorías una distinción entre las consecuencias de fondo y las consecuencias de forma (o «procesales»). En tercer lugar, se dedica toda la tercera parte a la solución pacífica de las controversias que surjan en relación con un presunto hecho internacionalmente ilícito. La cuestión que se plantea es la de si esas modificaciones están justificadas. El Relator Especial explica en su informe (*ibid.*, párrs. 16 y 18) que sus propuestas obedecen sólo a un motivo metodológico y no suponen por su parte ninguna toma de posición con respecto a cualquiera de las cuestiones prácticas o teóricas que se plantean. Ahora bien, ¿es posible realmente separar las cuestiones metodológicas de las cuestiones teóricas o doctrinales? Por ejemplo, el Relator Especial concluye que es necesario tratar separadamente las consecuencias jurídicas de los delitos y las de los crímenes porque es difícil hallar un «común denominador más pequeño». Ahora bien, en el proyecto de artículo 14 de la segunda parte remitido al Comité de Redacción su predecesor reconocía, por lo menos implícitamente, la existencia de un común denominador en las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos, con excepción de los crímenes más graves, que a su juicio daban lugar a consecuencias jurídicas propias. Así pues, la diferencia no es sólo de método, sino también teórica. En realidad, la Comisión no podrá pronunciarse sobre la validez de las modificaciones propuestas por el Relator Especial hasta que éste haya sometido todos los informes y proyectos de artículos sobre las partes segunda y tercera del proyecto.

32. En lo que se refiere al nuevo proyecto de artículo 6, es partidario, como el Relator Especial, de dedicar a la cesación un artículo distinto del de la reparación, y estima convincentes en general las razones aducidas en ese sentido. No obstante, se imponen algunas observaciones.

33. En primer lugar, el Relator Especial dice (*ibid.*, párr. 31) que la cesación se aplica al hecho ilícito mismo y no a sus consecuencias jurídicas y que, en ese sentido, no es una de las formas de reparación, y agrega que, como obligación y remedio, se debe adscribir a la acción permanente y normal de la norma primaria de la que el comportamiento ilícito anterior constituía la violación más bien que a la acción de la norma secundaria, que sólo resulta aplicable después de ocurrido el hecho ilícito. No comparte enteramente esas opiniones. A su juicio, como en opinión de otros miembros, la cesación y la restitución en especie como forma de reparación aparecen muchas veces combinadas. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de una demanda de evacuación del territorio formulada por la parte o las partes lesionadas, de una liberación de rehenes o de una restitución de objetos. Parece, por otra parte, que el Relator Especial es consciente de la dificultad que entraña defender una posición extrema, puesto que dice (*ibid.*, párr. 32) que la cesación es, no obstante, una de las consecuencias jurídicas del hecho ilícito en sentido amplio. En realidad, se trata de espinosas cuestiones teóricas, por lo que, al igual que el Sr. Yankov (2105.ª sesión), opina que el Relator Especial no debería llevar demasiado lejos la distinción entre la cesación y la reparación, y particularmente la restitución en especie.

34. En segundo lugar, el Relator Especial hace una distinción entre, por una parte, el hecho ilícito de carácter continuo o que se extiende en el tiempo, y por otra, el hecho ilícito instantáneo, agregando que la cesación sólo

ofrece interés real en el primer caso. La dificultad estriba aquí en la definición del hecho ilícito de carácter continuo y en el criterio que ha de aplicarse para definirlo. El Relator Especial recuerda (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 34 al final) que la Comisión, al explicar la distinción entre un hecho ilícito continuo y un hecho ilícito instantáneo, en el comentario al artículo 18 de la primera parte del proyecto, señaló que el primero era «un hecho único pero que se desarrolla como tal en el tiempo con un carácter permanente», mientras que el segundo era un «hecho instantáneo de efectos continuados», por ejemplo, un acto de confiscación, respecto del cual la Comisión precisaba que «el hecho del Estado como tal llega aquí a su término a partir del momento en que ha tenido lugar la confiscación, aunque las consecuencias de ella sean duraderas». El Relator Especial se manifiesta en desacuerdo con la Comisión sobre este punto, y se adhiere a las opiniones del anterior Relator Especial, Sr. Ago, y el Sr. Triepel (*ibid.*, párrs. 35 a 37). Sin embargo, aplicada por ejemplo a la nacionalización de ciertos bienes extranjeros, la definición defendida por el Sr. Triepel podría dar lugar a consecuencias insoportables para el Estado que nacionaliza. Actualmente, en efecto, cierto número de Estados persisten en invocar la supuesta norma de derecho internacional tradicional sobre la nacionalización, cuya violación constituiría un hecho ilícito de carácter continuo por constituir una apropiación ilegal de bienes extranjeros. Siguiendo la lógica del Relator Especial, en este caso se impondría la cesación, es decir, la «desnacionalización». Y, como el Relator Especial indica (*ibid.*, párr. 57), a diferencia de la reparación y, en especial, de la restitución en especie, la cesación no admite ninguna excepción, la demanda de cesación podría en tal caso amenazar o poner cortapisas al sistema social y económico del Estado de que se trate. Es un aspecto que el Relator Especial debería tener en cuenta.

35. En cuanto a la cesación, en caso de «omisión» ilícita, no se opone a que se regule en el proyecto de artículo 6, pero, como otros miembros de la Comisión, entre otros el Sr. Barboza (2102.ª sesión) y el Sr. Tomuschat (2104.ª sesión), duda de que se pueda calificar de cesación la demanda hecha por el Estado lesionado para obtener la ejecución de la obligación de hacer originaria. Por lo demás, el Relator Especial reconoce que existe cierta incertidumbre en esta materia, tanto en la doctrina como en la práctica.

36. El nuevo proyecto de artículo 7, sobre la restitución en especie, también es aceptable en general, aunque da pie asimismo a algunas observaciones. La primera es que el Relator Especial analiza el concepto de restitución en especie a partir de dos grandes interpretaciones (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 64): por una parte, el restablecimiento del *statu quo ante*, y por otra, el restablecimiento de la situación que existiría o habría existido si no se hubiera cometido el hecho ilícito. Nada en el artículo 7 permite decir cuál de las dos definiciones prefiere. Se trata de un aspecto importante, ya que las dos definiciones llevan aparejadas consecuencias totalmente diferentes, como por otro lado el propio Relator Especial reconoce (*ibid.*, párr. 67). Por su parte, el orador prefiere definir la restitución en especie como restablecimiento del *statu quo ante*.

37. El Relator Especial señala como límite de la restitución en especie la imposibilidad, bien la imposibilidad material, bien la imposibilidad jurídica, o el carácter excesivo de la carga para el Estado autor. Por lo que respecta

a la imposibilidad jurídica, sólo admite la resultante de una norma imperativa de derecho internacional general, y, por consiguiente, el párrafo 3 del artículo 7 excluye que los Estados puedan alegar obstáculos derivados de su derecho interno para sustraerse a la obligación de restitución en especie. Como principio general, este planteamiento está justificado, pero ello no significa que haya que dejar de lado resueltamente todos los obstáculos derivados del derecho interno. Otros miembros ya lo han dicho: a veces sería difícil, cuando no imposible, hacer caso omiso o anular la decisión de una jurisdicción nacional, y en particular una jurisdicción superior. Si es cierto que determinados ordenamientos jurídicos permiten al ejecutivo intervenir en el procedimiento sustanciado ante un tribunal cuando considera que existe un riesgo de violación de una obligación convencional, también podría ocurrir que en algún caso no pudiese, por motivos de orden constitucional, impugnar la decisión de un tribunal superior. Este caso sería manifiestamente un supuesto de imposibilidad jurídica de la restitución en especie. El Relator Especial, por otra parte, reconoce que a veces habrá que tomar en consideración las dificultades dimanantes del derecho interno, especialmente en el caso de la expropiación. Sin embargo, considera ese caso no como un supuesto de imposibilidad jurídica interna, sino más como una imposibilidad derivada de la restitución excesivamente onerosa, equivalente a un riesgo grave para el sistema político, económico o social del Estado. Ahora bien, si se estima que el acto de expropiación es un hecho de carácter continuo —en el sentido que lo entiende el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párrs. 35 a 37)—, se impondrá la cesación, que, por lo tanto, no admitirá ninguna excepción. Y se planteará una vez más la cuestión de la distinción entre cesación y restitución.

38. Finalmente, el orador opina, como el Relator Especial, que no procede elaborar un régimen especial para los hechos ilícitos relativos al trato de los extranjeros. Así pues, hay que examinar la posibilidad de suprimir el proyecto de artículo 7 presentado por el anterior Relator Especial, y las razones expuestas por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 104 a 108), en particular la falta de idoneidad de la distinción entre daños «directos» y daños «indirectos» causados al Estado, bastarían para justificarlo. Con todo, la importancia de esta distinción subsiste en un régimen de responsabilidad de los Estados aplicado al trato de los extranjeros; es a causa de esa distinción que los Estados no tienen derecho a apoyar las demandas de sus ciudadanos antes del agotamiento de los recursos internos o cuando no ha habido manifiestamente denegación de justicia.

39. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que, como los artículos presentados por el Relator Especial se remitirán al Comité de Redacción, para ganar tiempo se reserva formular directamente ante ese órgano sus observaciones sobre la forma y el fondo de estos textos.

40. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión que, tanto si han hablado a favor de sus propuestas como si lo han hecho en contra, han contribuido todos a aclararle el camino que hay que seguir. Recapitulará el debate ajustándose al orden seguido en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), es decir, abordando primero el esquema propuesto para las partes primera y tercera del proyecto, en segundo lugar la cesación y por último la restitución en especie.

41. En lo que concierne al esquema propuesto (*ibid.*, párr. 20), señala que casi todos los miembros que se han expresado a este respecto han planteado la cuestión de la relación entre los delitos internacionales y los crímenes internacionales. Como ha señalado, si se propone tratar separadamente los delitos y los crímenes es únicamente porque, a su juicio, los delitos son bien conocidos y menos difíciles de comprender, mientras que los crímenes corresponden, al menos en lo que le concierne, a una esfera menos conocida y más delicada. En principio, no se opone a la fórmula «además» (*ibid.*, párr. 11). No obstante, le parece un poco curioso, dadas la evolución del derecho internacional y la distinción entre delitos internacionales y crímenes internacionales, que establece el artículo 19 de la primera parte del proyecto, tratar de entrada, en bloque, las dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, conservando una sola diferencia, la que introduce la fórmula «además». Sigue persuadido de que sólo después de haber tratado a fondo los delitos podrá servir útilmente a la Comisión en la fase muy delicada de sus trabajos: la concepción y la elaboración de un régimen aplicable a las consecuencias particulares que se atribuyen o deben atribuirse a los crímenes en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional.

42. Es cierto que aparecen un poco por doquier en los proyectos de artículos que ha preparado hasta ahora —incluidos los que se propone presentar en su segundo informe— elementos que quizá podrían aplicarse más o menos bien a los crímenes y a los delitos. Pero no está lo bastante seguro para aventurarse a deducir esa conclusión. Por ejemplo, en su informe preliminar señaló que tal vez la norma sobre la cesación y su inclusión en un artículo separado es más evidente en el caso de los crímenes que en el de los delitos, observación que es igualmente aplicable a la satisfacción, de la que tratará en el segundo informe. Sin embargo, no está seguro de todas las consecuencias. Cabe, por ejemplo, que la satisfacción no se aplique en todas sus formas, como reparación por un crimen. Tampoco está seguro en la etapa inicial actual de su trabajo como Relator Especial en qué medida, bajo qué condiciones y en qué forma o formas la satisfacción sería pertinente en el caso de cualquier delito. Sería menos fácil reducir las divergencias si se tratasen las consecuencias de una sola vez, para los delitos y para los crímenes. El Sr. Koroma (2105.ª sesión) ha percibido claramente esa dificultad, y es él quien ha sugerido que se estudien los hechos ilícitos que se sitúan en «zonas nebulosas», en un punto equidistante entre los delitos y los crímenes. Por su parte, el Sr. Barsegov (2104.ª sesión) ha hecho observar que, en los códigos penales nacionales, el legislador empieza por definir las infracciones antes de señalar la pena que corresponde a cada una de ellas según su gravedad. Ahora bien, como por otra parte ha recordado el propio Sr. Barsegov, la materia objeto de estudio concierne a los hechos internacionalmente ilícitos. Así pues, el Relator Especial no cree que se trate, en este caso, de definir las infracciones —es decir, las normas primarias— ni de fijar las penas, como en un código penal nacional; de un lado están los delitos internacionales y del otro los crímenes internacionales, y ni en un caso ni en el otro existe una definición clara, que no se preste a controversias, de hechos ilícitos específicos (con excepción de algunas categorías de crímenes amplias y mal definidas), o de sanciones aplicables a crímenes, o de algún mecanismo de sanciones. Tampoco cree que sería fácil trasplantar modelos típicos de derecho

penal nacional al derecho internacional. Personalmente, no puede hacerlo de inmediato tan fácilmente como parece sugerir el Sr. Barsegov.

43. Según el Sr. Graefrath (*ibid.*), realmente no habría que tener en cuenta ninguna sanción, ni siquiera una indemnización punitiva; y el Sr. Barsegov ha dicho que no estaba seguro de que la restitución fuera aplicable en el caso de los crímenes internacionales. Se aplicará a ellos hasta cierto punto, pero es muy posible también que las disposiciones del nuevo proyecto de artículo 7 de la segunda parte no se apliquen todas de la misma manera a los crímenes y a los delitos. Parece preferible, pues, que la Comisión se pronuncie primero sobre las consecuencias jurídicas de los delitos, tal como se proponen en el artículo 7, y que después examine la manera de adaptarlas al caso de los crímenes.

44. El Relator Especial cree que el Sr. Bennouna (2122.ª sesión) comparte su análisis de la distinción entre delitos internacionales y crímenes internacionales, pero que quizás vaya un poco lejos en lo que se refiere a las consecuencias. Según el Sr. Bennouna, el proyecto de artículo 19 de la primera parte complica la codificación de esta materia porque hace intervenir elementos de derecho penal que no guardan relación con las realidades internacionales y porque dará origen a dificultades en la sanción de los crímenes. En otras palabras, el Sr. Bennouna, que tiene razón al señalar las dificultades del tema, parece que quiere deshacerse del artículo 19. El Relator Especial no abriga esa intención, por las mismas razones, entre otras, que llevan al Sr. Barsegov a desear que se enuncien inmediatamente las consecuencias de los crímenes. En cuanto al Sr. Graefrath, si bien suscribe en principio el método adoptado por el Relator Especial, es decir, la distinción de que se trata, teme que las disposiciones separadas relativas a los crímenes se enuncien con carácter de sanción, y opina que sería imprudente interpretar el régimen aplicable a las violaciones más graves de las obligaciones internacionales como una forma de responsabilidad penal. El Relator Especial no está de acuerdo con esa opinión, y señala que, según el anterior Relator Especial, Sr. Ago, y varios juristas, las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito no se limitan exclusivamente a la reparación. En efecto, la reparación, sea cual fuere su forma, abarca, además de un elemento puramente correctivo, un elemento retributivo. Como demuestra la práctica diplomática, esto se aplica incluso en el caso de los delitos. Con todo, es difícil imaginar una sanción para un Estado y, *a fortiori*, que se le inflija tal sanción. Ciertamente, tres grandes Estados fueron sancionados después de la segunda guerra mundial, pero esas sanciones fueron la derrota en el campo de batalla y realmente han sido las premisas para el castigo de los crímenes individuales contra la paz y la humanidad. Al respecto, el Sr. Tomuschat ha tenido razón en señalar que hay que prever ciertos límites a las posibilidades de reparación, en interés de las poblaciones, ya que no se puede castigar a un Estado sin castigar a su población. Pese a todo, habrá que establecer alguna forma de castigo, de medidas coercitivas. La satisfacción, por ejemplo, es sin duda una forma de castigo en el caso de los delitos, aunque en ese caso el castigo es, en la mayoría de sus formas, exigido por el Estado lesionado y es el propio Estado autor quien, hasta cierto punto, se castiga a sí mismo.

45. La distinción entre delitos y crímenes se impone también en lo que concierne a la cesación: en el caso de

los crímenes, la disposición correspondiente debe enunciarse en términos más firmes que en el caso de los delitos u otros hechos internacionalmente ilícitos.

46. El segundo gran problema de método es la distinción entre las consecuencias de fondo (la reparación y las formas que ésta puede adoptar), por una parte, y las medidas (en el sentido de contramedidas), por otra, que son fundamentalmente los medios que se utilizan para obtener la cesación, la restitución en especie, una indemnización pecuniaria o la satisfacción. Esas medidas están sujetas a ciertas condiciones previas que cabría calificar de «antemedidas», y que están constituidas por las iniciativas que debe adoptar el Estado lesionado antes de recurrir a las medidas. Corresponden a la esfera relativa al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad y, mientras que el precedente Relator Especial las abordaba en la tercera parte del proyecto, el orador preferiría incluirlas en la segunda parte, junto a las medidas. Este es el tercer punto sobre el que el actual Relator Especial se aparta del esquema propuesto por su antecesor. Por otra parte, le parece que esas dos últimas cuestiones de método —la distinción entre las consecuencias de fondo y los medios empleados para obtenerlas, y la distinción entre las medidas y las «antemedidas»— son menos discutidas que la distinción entre delitos y crímenes. En efecto, un solo orador, el Sr. Graefrath, ha expresado algunas reservas respecto de la distinción entre consecuencias de fondo y consecuencias procesales, y muy pocas sobre la manera de abordar los problemas que plantea el modo de «hacer efectiva» la responsabilidad, es decir, sobre las «antemedidas».

47. Por lo que respecta a la primera de esas distinciones, el Sr. Graefrath la acepta a condición de que no sea considerada como una distinción absoluta, lo que el Relator Especial está absolutamente dispuesto a concederle; es evidente que la reparación no corresponde exclusivamente a la esfera de las consecuencias de fondo, y que las medidas no son exclusivamente procesales. Sin embargo, el Sr. Graefrath expresa el temor, como con respecto a la distinción entre crímenes y delitos, de que esa distinción entrañe una «imputabilidad penal» de los Estados en caso de violación grave. A este respecto, el Relator Especial estima —y el Sr. Razafindralambo (2102.ª sesión), entre otros, parece ser de la misma opinión— que la reparación corresponde principalmente al fondo, y que sólo adquiere carácter procesal, por ejemplo, con la satisfacción o la indemnización primitiva, si ha habido intención dolosa o negligencia, supuesto en el que se llega al castigo, como en el caso de los delitos más graves y, *a fortiori*, de los crímenes. En cuanto a las medidas, constituyen principalmente unos «medios», y en ese sentido —pero sólo en ese sentido— son de naturaleza procesal, ya que no constituyen un fin en sí mismo, sino que sirven un objetivo que es el de la reparación o el castigo. Considerarlas como consecuencias de fondo significaría dar a entender que tienen en todos los casos carácter punitivo o retributivo, y de derecho para el Estado lesionado, cuando hay que verlas más bien como los medios a que se puede recurrir con un fin claramente definido: el de obtener reparación por los delitos más corrientes y, a veces, el de castigar por los actos de mayor gravedad.

48. Por lo que respecta al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad y la forma como el Relator Especial concibe la tercera parte, su intención de situar las «antemedidas» en la segunda parte y reservar la tercera parte a

la solución de controversias parece haber sido aprobada por varios oradores, entre ellos el Sr. Razafindralambo, el Sr. Calero Rodrigues (2103.ª sesión) y el Sr. Al-Qaysi y el Sr. Al-Khasawneh (2122.ª sesión). Su planteamiento dimana de la convicción de que las iniciativas de los Estados que constituyen las condiciones previas de la licitud de las medidas deben ser consideradas al mismo tiempo que las medidas mismas. No alcanza, en efecto, a discernir cómo se puede pasar a las medidas sin dejar bien claro en el mismo contexto en qué casos y en qué circunstancias se puede recurrir a una forma u otra de acción previa. En cuanto a si las disposiciones relativas a esas condiciones deben figurar antes o después de las disposiciones relativas a las medidas, tales como la reciprocidad o las represalias, parecería razonable colocarlas inmediatamente después de estas últimas, a fin de indicar las condiciones generales de licitud de esas medidas. Relegarlas a la tercera parte, como si constituyesen un elemento secundario del modo de «hacer efectiva» la responsabilidad, sería peligroso. Es esencial indicar claramente que el recurso inmediato a medidas por parte de un Estado que alegue haber sido lesionado, basado en una opinión unilateral, exclusiva y soberana, sin siquiera un canje de notas diplomáticas, no puede aceptarse como la regla. A este respecto, el Relator Especial desaprueba enérgicamente, desde el punto de vista tanto de la codificación como del desarrollo progresivo del derecho, el conocido y radical pronunciamiento emitido en el laudo arbitral dictado en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos*<sup>5</sup>. A pesar de todo el respeto que le merecen los eminentes árbitros que emitieron ese laudo, estima que éste abre demasiado generosamente la puerta a unas prácticas que sólo los «poderosos» pueden permitirse y que la Comisión haría bien en condenar.

49. Por lo que hace a la tercera parte del proyecto, de la que nadie espera que suponga unos progresos revolucionarios en la esfera de la solución pacífica de las controversias, el Relator Especial se esforzará por resucitar las propuestas que había presentado en nombre de Italia, junto con los Países Bajos, Japón, Madagascar y Dahomey (ahora Benin), durante las malogradas negociaciones que tuvieron lugar sobre la formulación del principio de la solución pacífica de las controversias 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<sup>6</sup>. También recuerda el documento de protesta que presentó al Comité encargado de la elaboración de ese instrumento, precisamente porque el principio de la solución pacífica había sido obstinadamente subestimado en la formulación que finalmente se aceptó. No obstante, hay que ser realista al considerar el problema de los procedimientos de solución con intervención de terceros en el marco de una serie de artículos sobre responsabilidad. No se debe pasar por alto que si los Estados aceptan cualquier procedimiento obligatorio de solución con intervención de terceros en un área tan amplia como la de la responsabilidad de los Estados implicaría su sometimiento a tal procedimiento por el supuesto incumplimiento de toda obligación dimanante de

una norma de derecho internacional, *sea cual fuere*, en *cualquier* esfera y sobre *cualquier* materia, y sea cual fuere la gravedad del conflicto de intereses planteado. Evidentemente, sería muy difícil hacer aceptar a los Estados tan riguroso compromiso.

50. Para terminar, en lo que concierne al esquema propuesto, el Relator Especial señala que el Sr. Yankov (2105.ª sesión) y el Sr. Francis han dicho con razón que el esquema es preciso y detallado para la segunda parte del proyecto, pero no para la tercera, que sólo comprende un epígrafe. El Relator Especial explica que eso no es debido a negligencia, sino al hecho de que procede por etapas y de que, en la fase actual, no está en condiciones de prever en detalle cómo se articularán precisamente las partes segunda y tercera, ni lo que contendrán exactamente.

51. Otra observación ha sido la relativa a la presentación de los informes. El Relator Especial conviene en que los informes deberían ser presentados a tiempo y manifiesta que ha tomado las medidas necesarias para evitar cualquier retraso. Sin embargo, no se puede esperar que consiga reexaminar de una vez —es decir, en un solo informe— todas las cuestiones tratadas en los proyectos de artículos 6 a 16 de la segunda parte, que se encuentran actualmente ante el Comité de Redacción. La esfera de la responsabilidad de los Estados y, también, la responsabilidad del Relator Especial ante la Comisión y la Sexta Comisión de la Asamblea General son inmensas. Las normas que finalmente se enuncien en los proyectos de artículos y, llegado el caso, en una convención, deberán aplicarse a la violación de todas las normas de derecho internacional y están destinadas a seguir en vigor mucho tiempo después de su adopción. Además, todo proyecto de artículo elaborado, no sólo por la Comisión, sino también por los Relatores Especiales, es objeto de la atención de los gobiernos y los juristas mucho antes de que se le dé forma definitiva, y a veces incluso antes de que se haya terminado su primera lectura. Lamenta tener que decirlo, pero estima que, a pesar de sus innegables méritos, los artículos que acaba de mencionar siguen siendo insuficientes desde el doble punto de vista de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho. La documentación reunida, o que está por reunir o analizar, es enorme; puede verse ya una muestra en su informe preliminar, y se encontrará una muestra aún más considerable sobre la compensación, la indemnización de daños y perjuicios, los intereses y la satisfacción en el próximo segundo informe, con el que concluirá el examen del tema de la reparación. Así pues, no está justificado que la Comisión diga que sólo se le han presentado los dos primeros artículos sobre las consecuencias de fondo del hecho internacionalmente ilícito, puesto que ya puede hacerse una idea general bastante precisa del conjunto de esas consecuencias. En el próximo período de sesiones se presentarán los proyectos de artículos relativos a las medidas y las «antemedidas» y, con optimismo, en el siguiente período de sesiones los proyectos de artículos sobre las consecuencias de los crímenes.

52. En lo que concierne a la cesación, se han planteado tres cuestiones, relativas respectivamente a su naturaleza y su relación con la reparación, el lugar que deben ocupar en el proyecto las disposiciones correspondientes y el enunciado del nuevo proyecto de artículo 6.

53. Por lo que hace al primer punto, el Relator Especial toma nota de que la definición provisional que ha dado de

<sup>5</sup> *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, laudo arbitral de 9 de diciembre de 1978 [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (N.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 454].

<sup>6</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

la cesación, distinguiéndola de la reparación, es discutida por el Sr. Barboza y, en menor medida, por el Sr. Tomuschat y el Sr. Bennouna. Cree comprender, sin embargo, que lo que han dicho a este respecto no contradice la postura que ha adoptado. Recuerda efectivamente que ha admitido que la obligación de poner fin al hecho ilícito, si bien emanaba de la norma primaria inicial, resultaba asimismo del hecho de que hubiese comenzado ya la violación de esa norma, y que, desde este punto de vista, la obligación de cesación era en un sentido amplio una consecuencia del hecho ilícito. Eso era lo que trataba de aclarar en su informe preliminar, subrayando que a menudo la cesación no resulta muy visible porque se confunde con la restitución en especie. No niega, pues, que la cesación presupone el comienzo del hecho ilícito; esto es absolutamente evidente.

54. Por supuesto, no ha dejado de señalar a la atención de la Comisión la imbricación de remedios jurídicos que se produce en la práctica ante los tribunales arbitrales, y bien lo han comprendido el Sr. Hayes (2105.ª sesión) y el Sr. Al-Qaysi al leer el informe. La referencia al asunto de la *SNCF* (A/CN.4/416 y Add.1, nota 59) ha sido perfectamente bien comprendida sobre este punto por el Sr. Al-Qaysi, y no debe interpretarse en el sentido indicado por el Sr. Barboza (2102.ª sesión).

55. Hay que señalar, con todo, que esta absorción de la cesación por la reparación no se produce siempre, y que en ciertos asuntos —el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*<sup>7</sup> es un buen ejemplo— la primacía corresponde netamente a la cesación. Cabe imaginar, por supuesto, otras situaciones en que la cesación sería la principal preocupación del gobierno interesado; por ejemplo, la extensión progresiva de la ocupación de un territorio o la restricción progresiva de los derechos y libertades de los extranjeros en un Estado en violación del derecho convencional o del derecho internacional general, o incluso una violación continua de los derechos humanos imputable a un régimen o consustancial con un régimen y constitutiva por ello de una violación permanente y sistemática del derecho internacional convencional o general.

56. En cuanto a la distinción entre normas «primarias» y normas «secundarias», que algunos oradores le reprochan haber desvirtuado, el Relator Especial señala que es precisamente en esa distinción que funda el papel distinto, cuando no por fuerza aislado, de la cesación. Por supuesto, no se trata por eso de un artículo de fe, y ésta es la razón por la que ha hablado de una «zona nebulosa». Si ciertos pasajes de su informe —citados por el Sr. Solari Tudela y el Sr. Shi— han podido suscitar dudas a este respecto, la lectura del párrafo 32 de dicho informe debería ser suficiente para disiparlas. A este respecto, la observación del Sr. Shi concerniente a la cuestión de las nacionalizaciones considerada desde el punto de vista de la cesación y la restitución es muy pertinente y ha tomado buena nota de ella.

57. Por lo que respecta al lugar de las disposiciones relativas a la cesación, el Relator Especial opina que deberían figurar antes de las distintas formas de reparación, pero después de la primera parte del proyecto. Se muestra favorable, pues, a la sugerencia del Sr. Calero Rodrigues

de incluirlas entre los principios generales en el capítulo I de la segunda parte.

58. En lo que concierne al texto del nuevo artículo 6, el Relator Especial dice que ha utilizado en inglés el término «remains», preferiblemente a «is», para insistir en la permanencia de la obligación del Estado y en la perennidad de la norma primaria, norma que las violaciones, por numerosas que sean, no deben hacer desaparecer.

59. En lo que se refiere a la fórmula propuesta para el artículo 6 por el Sr. Graefrath (2104.ª sesión, párr. 31), que consiste en decir que el Estado autor del acto está sujeto a la obligación de cesación si el Estado lesionado lo exige (*subject to a claim*), es una fórmula que tiene el defecto de debilitar la norma enunciada en el artículo. En realidad, al redactar el artículo 6 contempló la posibilidad de incluir una fórmula que requiriera una demanda por parte del Estado lesionado, pero lo dejó de lado por las posibles implicaciones que tal fórmula pudiera tener sobre el problema de la aquiescencia. Si la propuesta del Sr. Graefrath se aprobara, ¿no implicaría que el silencio del Estado lesionado sea fácilmente interpretado como aquiescencia? El Relator Especial añade que puede aceptar la otra sugerencia formulada por el Sr. Razafindralambo (2102.ª sesión, párr. 60) acerca del concepto de «extensión en el tiempo» de los hechos ilícitos.

60. Sobre la restitución en especie, el Relator Especial dice que, a diferencia del Sr. Graefrath, el Sr. Barboza y el Sr. Shi, pero al igual que el Sr. Calero Rodrigues, el Sr. Al-Qaysi, el Sr. Hayes, el Sr. McCaffrey y el Sr. Solari Tudela, es partidario del concepto amplio de restitución. A este respecto, el proyecto de artículo 8, que figurará en su próximo segundo informe, deja suficientemente claro que la reparación se entenderá en el sentido más amplio, es decir, en el sentido de que debe restablecerse la situación que habría existido si el hecho ilícito no se hubiera cometido. En cuanto a los temores suscitados por las diversas limitaciones de la obligación de restitución en especie que se establecen en los párrafos 1 y 2 del nuevo proyecto de artículo 7, espera que se desvanezcan, por lo menos en parte, a la lectura de los artículos siguientes y, en especial, del artículo sobre la indemnización pecuniaria. Se verá entonces que el Estado que se libera de su obligación de restitución en especie alegando una de las causas establecidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 7 sigue estando obligado a reparar el daño mediante una indemnización pecuniaria.

61. En respuesta a la sugerencia del Sr. Al-Baharna (2122.ª sesión) de que se use la expresión latina *restitutio in integrum* en el artículo 7, el Relator Especial dice que ello podría ser fuente de confusión, tanto más cuanto que esa expresión no tiene exactamente el mismo sentido en derecho romano, en derecho civil y en *common law*. Señala asimismo, en respuesta a una observación del Sr. Tomuschat, que la cuestión de la indemnización de daños y perjuicios, así como la del interés, se examinará en su segundo informe.

62. Por lo que hace a la cuestión de la nulidad, planteada por el Sr. Al-Khasawneh en relación con el párrafo 3 del proyecto de artículo 7, el Relator Especial responde que le resulta difícil aceptar que un tribunal internacional pueda anular directamente disposiciones legislativas internas o el fallo de un tribunal nacional. Un tribunal internacional sólo puede declarar la ilicitud de la presencia o los efectos

<sup>7</sup> Véase 2104.ª sesión, nota 7.



—según el caso— de disposiciones del derecho nacional y dirigir una intimación al Estado. Es a este último al que le incumbe anular la disposición o el fallo que se opone a la restitución o a otras formas de reparación.

63. En conclusión, el Relator Especial, en respuesta a una pregunta del PRESIDENTE, se declara favorable a que se remitan los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 al Comité de Redacción.

64. El Sr. EIRIKSSON no se opone a que los artículos se remitan al Comité de Redacción, pero se pregunta qué se supone que ha de hacer el Comité con ellos.

65. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos 6 y 7 presentados por el Relator Especial.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 18.10 horas.*

## 2128.ª SESIÓN

*Jueves 29 de junio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Cooperación con otros organismos

[Tema 10 del programa]

#### DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO CONSULTIVO ASIÁTICO-AFRICANO

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Njenga, en su calidad de Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, a dirigirse a la Comisión.

2. El Sr. NJENGA (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano) dice que el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano tiene en gran aprecio sus tradicionales relaciones con la Comisión, que se remontan a los años del decenio de 1960. Como Secretario General de dicho Comité en los dos últimos años, está convencido de que todos sus miembros aspiran al reforzamiento de los vínculos entre ambos órganos.

3. El Comité tuvo el honor de acoger en su 28.º período de sesiones, celebrado en Nairobi a comienzos de 1989, al anterior Presidente de la Comisión, Sr. Díaz González, y de escuchar con aprecio su informativa exposición. Varios miembros distinguidos y ex miembros de la Comisión

han asistido a los períodos de sesiones anteriores del Comité, de conformidad con la disposición de su estatuto que establece que ha de examinar en sus períodos de sesiones la labor realizada en la Comisión. Dos de esos ex miembros, el Sr. Elías y el Sr. Nagendra Singh, fueron en una época Presidentes del Comité.

4. El Comité aprecia en sumo grado la función que realiza la Comisión en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional y alaba su metódica labor en cuestiones de importancia decisiva para la colectividad internacional. El programa de la Comisión incluye tres temas que interesan especialmente a los gobiernos de la región asiático-africana: responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional; inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Los temas segundo y tercero, que han estado durante mucho tiempo en el programa del Comité, también figuran en su actual programa de trabajo. Además, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados fueron el tema central de dos reuniones de los asesores jurídicos de los gobiernos miembros del Comité, celebradas en 1984 y en 1987. El interés del Comité por esta materia, que se remonta a fines del decenio de 1950, ha aumentado, por supuesto, ahora que la Comisión ha dado comienzo a la segunda lectura de su proyecto de artículos sobre el tema.

5. En 1967 se incluyó por vez primera en el programa del Comité un tema sobre el «Derecho de los ríos internacionales», que desde entonces ha sido examinado en varios de sus períodos de sesiones. El vivo interés que los Estados miembros han demostrado por ese tema es fácilmente comprensible, ya que muchos de los grandes ríos del mundo, como el Nilo, el Níger, el Indo, el Tigris y el Eufrates, discurren por sus territorios. Sin embargo, en el período de sesiones celebrado en Arusha en 1985 se decidió suspender el estudio del tema hasta que la Comisión hubiera realizado progresos suficientes al respecto. El Comité considera ahora que, diestramente guiada por el Relator Especial, Sr. McCaffrey, la Comisión ha realizado grandes progresos, por lo que espera incluir nuevamente el tema en su propio programa.

6. Muchos miembros del Comité consideran el movimiento transfronterizo y el vertido de residuos tóxicos y peligrosos, que ha sido objeto de la reciente conferencia que aprobó el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, como un aspecto especialmente importante de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional. Es de esperar que la reunión de los asesores jurídicos de los gobiernos del Comité pueda examinar ese Convenio a fin de ayudar a los Estados miembros de la región en relación con esa cuestión de tanta trascendencia.

7. En su 28.º período de sesiones, el Comité decidió que había que organizar, en cooperación con la Comisión, un seminario sobre los tres temas mencionados durante el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, en Nueva York. A su juicio, ese seminario será muy beneficioso para la labor que ambos órganos realicen en el futuro sobre esos temas. La Secretaría de las Naciones Unidas ha aceptado prestar servicios al seminario, que se celebrará del 9 al 13 de octubre de 1989. Confía en que la Comisión acordará solicitar a los relatores especiales



de los temas en cuestión que la representen en el seminario, y que participará en éste el mayor número posible de miembros de la Comisión.

8. En relación con el actual programa de trabajo del Comité, señala que un estudio preparado por el Comité en 1985 sobre el fomento de un recurso más amplio de los Estados miembros a la CIJ se distribuyó en el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General<sup>1</sup>. A raíz de la reacción favorable suscitada por ese estudio, se organizó en 1986 un coloquio en cooperación con la CIJ, y se preparará un estudio complementario para que el Comité lo examine en su próximo período de sesiones.

9. En virtud del programa de cooperación entre las Naciones Unidas y el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, el Comité preparará otra vez breves notas sobre los aspectos jurídicos de determinados temas que serán examinados por la Sexta Comisión en el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General. Esas notas versarán, entre otras cosas, sobre la labor realizada por la Comisión en el actual período de sesiones y sobre otros temas relacionados con el programa de trabajo general del Comité.

10. El Comité, que ha atribuido siempre una gran importancia al derecho del mar, decidió en su 28.º período de sesiones reactivar su Subcomité sobre el Derecho del Mar y dio instrucciones a su secretaría para que preparase un informe sobre las empresas conjuntas entre el órgano de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos encargado de la actividad minera —la Empresa— y las sociedades mercantiles, especialmente de los países en desarrollo.

11. Otros temas en el programa de trabajo del Comité son: la preparación de estudios sobre el vertido de residuos tóxicos frente a las costas de los países en desarrollo; el estatuto y el trato de los refugiados; la deportación de palestinos en violación del derecho internacional; los criterios para distinguir entre el terrorismo internacional y los movimientos de liberación nacional; la extradición de delincuentes fugitivos; la carga de la deuda de los países en desarrollo; el concepto de «zona de paz» en el derecho internacional; el océano Índico como zona de paz; el marco jurídico de las empresas conjuntas industriales; los elementos de un instrumento jurídico de las relaciones de buena vecindad entre los países de las regiones asiático-africana y del Pacífico; cuestiones de derecho mercantil internacional, y un estudio de viabilidad sobre la creación de un centro de investigación y desarrollo de los regímenes jurídicos aplicables a las actividades económicas en los países en desarrollo de Asia y África.

12. Por último, en nombre del Comité invita al Presidente de la Comisión para que la represente en el 29.º período de sesiones del Comité, que se celebrará en Beijing en abril de 1990.

13. El PRESIDENTE da las gracias al Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano por su declaración y su amable invitación a que represente a la Comisión en el 29.º período de sesiones del Comité. Los resultados de los debates del Comité sobre temas como el de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y el de los cursos de agua internacionales constituirán sin duda una buena aportación a la labor de la Comisión. El propuesto seminario de Nueva York cuenta con el pleno apoyo

de la Comisión y está seguro de que los relatores especiales interesados se alegrarán de participar en él.

14. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ agradece al Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, por medio de su Observador, la cálida acogida que se le dispensó como representante de la Comisión en el 28.º período de sesiones del Comité. No juzga necesario extenderse sobre la importancia de una estrecha cooperación entre el Comité y la Comisión para la labor futura de codificación del derecho internacional.

15. El Sr. SHI expresa al Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano su reconocimiento por la exposición tan informativa que acaba de hacer de la labor del Comité, que es una importante organización de consulta entre los Estados asiáticos y africanos sobre cuestiones jurídicas de interés común. Por haber tenido la oportunidad de asistir a dos de sus períodos de sesiones, sabe por experiencia que la cooperación entre la Comisión y el Comité es recíprocamente ventajosa. Confía en que esa cooperación aumentará en el futuro. Está seguro de que el pueblo de Beijing dispensará al Comité una cálida acogida cuando éste celebre allí en 1990 su próximo período de sesiones.

**Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático [A/CN.4/409 y Add.1 a 5<sup>2</sup>, A/CN.4/417<sup>3</sup>, A/CN.4/420<sup>4</sup>, A/CN.4/L.431, secc. E, A/CN.4/L.432, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.1]**

[Tema 4 del programa]

**PROYECTO DE ARTÍCULOS PROPUESTO POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN SEGUNDA LECTURA<sup>5</sup>**

**ARTÍCULOS 1 A 32 Y PROYECTOS DE PROTOCOLOS I Y II DE FIRMA FACULTATIVA**

16. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a presentar los proyectos de artículos 1 a 32 aprobados por el Comité en segunda lectura, así como los proyectos de protocolos I y II de firma facultativa (A/CN.4/L.432).

17. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) expresa su agradecimiento a los miembros del Comité de Redacción por su cooperación e infatigable labor, así como a los demás miembros de la Comisión que han participado activamente en los debates del Comité. Es forzoso rendir especial tributo al Relator Especial por su incansable dedicación y espíritu constructivo. También da las gracias a la secretaría y, en especial, a Jacqueline Dauchy, Mahnoush Arsanjani y Manuel Ramamontaldo, que constituyen un magnífico ejemplo de un auténtico equipo de secretaría.

18. En la etapa de segunda lectura, el Comité de Redacción se ha esforzado por introducir el menor número de

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

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

<sup>4</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>5</sup> El proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura se reproduce en *Anuario...* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 25 y ss. Para los comentarios, *ibid.*, pág. 25, nota 72.

<sup>1</sup> Véase A/40/682.

cambios posible en los textos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, pero también por tener debidamente en cuenta las opiniones de los gobiernos y las propuestas de enmiendas hechas por el Relator Especial basándose en esas opiniones.

19. El informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.432) contiene, además de los artículos 1 a 32, dos proyectos de protocolos de firma facultativa relativos, respectivamente, al estatuto del correo y de la valija de las misiones especiales, y al estatuto del correo y de la valija de las organizaciones internacionales de carácter universal. Propone que la Comisión examine uno por uno los distintos artículos.

ARTÍCULO 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)

20. El texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 1 dice:

PARTE I

DISPOSICIONES GENERALES

*Artículo 1.—Ambito de aplicación de los presentes artículos*

Los presentes artículos se aplican al correo diplomático y a la valija diplomática empleados para las comunicaciones oficiales de un Estado con sus misiones, oficinas consulares o delegaciones, dondequiera que se encuentren, y para las comunicaciones oficiales de estas misiones, oficinas consulares o delegaciones con el Estado que envía o entre sí.

21. El Comité de Redacción recomienda que el texto del artículo 1 aprobado en primera lectura se mantenga sin cambios. Por paradójico que parezca, eso no quiere decir que el ámbito de aplicación mismo de los artículos permanezca invariable.

22. El artículo 1 dispone que los artículos se aplican al correo diplomático y a la valija diplomática empleados para las comunicaciones oficiales de un «Estado» con sus «misiones, oficinas consulares» y «delegaciones», y para las comunicaciones oficiales de estas misiones, oficinas consulares y delegaciones con el Estado o entre sí. El ámbito de aplicación de los artículos, así definido de una manera general, es aclarado por el artículo 3 (Términos empleados), que, aprobado en primera lectura, incluía dentro del ámbito del proyecto el correo diplomático y la valija diplomática en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961; el correo consular y la valija consular en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963; el correo y la valija de una misión especial en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, y el correo y la valija de una misión permanente, una misión permanente de observación, una delegación o una delegación de observación en el sentido de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975<sup>6</sup>. Ese ámbito de aplicación, sin embargo, distaba mucho de ser general porque el artículo 33 permitía hacer una declaración facultativa por la que cualquier Estado, en el momento de manifestar su consentimiento en obligarse por los artículos o en cualquier otro momento posterior,

podía hacer una declaración limitando el ámbito de aplicación de los artículos, en lo que le concernía, mediante la indicación de que no aplicaría los artículos a una categoría determinada de correos y valijas. Así, si bien el ámbito de aplicación era amplio, cada Estado tenía la posibilidad de reducirlo por medio de una declaración.

23. Con esa declaración facultativa se quería tener en cuenta la opinión de varios gobiernos y miembros de la Comisión de que el ámbito de aplicación era demasiado amplio. Estos habían aducido que, como algunas de las cuatro convenciones mencionadas en el artículo 3 sólo habían sido objeto de un número limitado de ratificaciones o aceptaciones, los Estados que no eran parte en esas convenciones y les ponían reparos podían decidir no llegar a ser partes en los presentes artículos. Por otro lado, se señaló que el artículo 33 frustraba uno de los principales propósitos de los artículos, esto es, el establecimiento de un régimen uniforme para todos los correos y valijas. En su octavo informe (A/CN.4/417, párr. 277), el Relator Especial sugería que se suprimiese el artículo 33 en vista del insignificante apoyo que había recibido y las importantes reservas y objeciones que se le habían hecho.

24. El Comité de Redacción ha decidido recomendar la supresión del artículo 33, conforme a la sugerencia del Relator Especial. Ha decidido también recomendar que el ámbito de aplicación de los artículos se reduzca mediante la exclusión del correo y de la valija de las misiones especiales en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969. Los Estados que deseen aplicar los artículos a tales correos y valijas podrán hacerlo llegando a ser partes en un protocolo de firma facultativa, del que hablará más adelante. La limitación del ámbito de aplicación no requiere introducir ningún cambio en el artículo 1, sino que resulta de la supresión en el apartado c del número 1, el apartado c del número 2 y el apartado b del número 6 del párrafo 1 del artículo 3 de las referencias a las misiones especiales y a sus correos y valijas.

25. El Sr. YANKOV (Relator Especial) agradece al Presidente del Comité de Redacción sus amables palabras y expresa su reconocimiento a la secretaría por la ayuda prestada.

26. Está de acuerdo con la interpretación general que el Presidente del Comité de Redacción ha hecho del ámbito de aplicación de los artículos y hace votos por que los dos protocolos facultativos mejoren las posibilidades de llegar a un acuerdo amplio.

27. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 1.

*Así queda acordado.*

ARTÍCULO 2 (Correos y valijas no comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos)

28. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 2, que dice:

*Artículo 2.—Correos y valijas no comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos*

El hecho de que los presentes artículos no se apliquen a los correos y valijas empleados para las comunicaciones oficiales de misiones especiales o de organizaciones internacionales no afectará:

- a) al estatuto jurídico de tales correos y valijas;
- b) a la aplicación a tales correos y valijas de cualesquiera normas

<sup>6</sup> Estas cuatro convenciones se denominan «convenciones de codificación». La Convención de 1975 en adelante se denomina «Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975».

enunciadas en los presentes artículos que fueren aplicables en virtud del derecho internacional independientemente de los presentes artículos.

29. El artículo 2 tiene por objeto incorporar al cuerpo del instrumento que redacta la Comisión una referencia a los correos y valijas empleados para las comunicaciones oficiales de las misiones especiales y las organizaciones internacionales, puesto que se ha decidido que tales entidades se regularán en detalle y por separado en los protocolos de firma facultativa.

30. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 2.

*Queda aprobado el artículo 2.*

31. El Sr. AL-BAHARNA dice que, aunque no se ha opuesto a la aprobación del artículo 2, no cree que haya ninguna necesidad de recordar, ni a los Estados que firmarán los protocolos de firma facultativa ni a los que no lo harán, que existen disposiciones de derecho internacional aplicables a los correos y las valijas de las misiones especiales y las organizaciones internacionales.

32. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que el artículo 2 hace una útil reserva que servirá de salvaguardia en los supuestos no comprendidos en el ámbito de aplicación de los dos protocolos, por ejemplo, las comunicaciones de los movimientos de liberación nacional.

### ARTÍCULO 3 (Términos empleados)

33. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 3, que dice:

#### *Artículo 3.—Términos empleados*

##### 1. Para los efectos de los presentes artículos:

1) se entiende por «correo diplomático» una persona debidamente autorizada por el Estado que envía, con carácter permanente o para un caso especial en calidad de correo *ad hoc*, como:

a) correo diplomático en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961;

b) correo consular en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963; o

c) correo de una misión permanente, una misión permanente de observación, una delegación o una delegación de observación en el sentido de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975;

a quien se confía la custodia, el transporte y la entrega de la valija diplomática y a quien se emplea para las comunicaciones oficiales mencionadas en el artículo 1;

2) se entiende por «valija diplomática» los bultos que contienen correspondencia oficial y documentos u objetos destinados exclusivamente al uso oficial, acompañados o no por un correo diplomático, que se utilizan para las comunicaciones oficiales mencionadas en el artículo 1 y que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter de:

a) valija diplomática en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961;

b) valija consular en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963; o

c) valija de una misión permanente, una misión permanente de observación, una delegación o una delegación de observación en el sentido de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975;

3) se entiende por «Estado que envía» el Estado que expide una valija diplomática a o desde sus misiones, oficinas consulares o delegaciones;

4) se entiende por «Estado receptor» el Estado que tiene en

su territorio misiones, oficinas consulares o delegaciones del Estado que envía, que reciben o expiden una valija diplomática;

5) se entiende por «Estado de tránsito» el Estado por cuyo territorio un correo diplomático o una valija diplomática pasa en tránsito;

6) se entiende por «misión»:

a) una misión diplomática permanente en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961; y

b) una misión permanente o una misión permanente de observación en el sentido de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975;

7) se entiende por «oficina consular» un consulado general, consulado, viceconsulado o agencia consular en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963;

8) se entiende por «delegación» una delegación o una delegación de observación en el sentido de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975;

9) se entiende por «organización internacional» una organización intergubernamental.

2. Las disposiciones del párrafo 1 relativas a los términos empleados en los presentes artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado.

34. Como el correo y la valija de las misiones especiales quedan excluidos del ámbito de aplicación de los artículos y serán objeto de un protocolo de firma facultativa, en el artículo 3 se han suprimido todas las disposiciones que se referían a esos correos y valijas y a las propias misiones especiales.

35. El Sr. YANKOV (Relator Especial) comenta, en relación con el apartado c del número 1 y el apartado b del número 6 del párrafo 1 del artículo 3, que durante los trabajos del Comité de Redacción ha quedado claro que la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, y la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, de 1947, son dos instrumentos estrechamente relacionados con el tema de las comunicaciones oficiales de los Estados con sus misiones permanentes y otras misiones y delegaciones ante organizaciones internacionales y en conferencias internacionales. Desde su adopción, esas Convenciones han constituido la base jurídica de tales comunicaciones, incluidas las realizadas mediante correos y valijas, y han sido universalmente reconocidas por miembros y no miembros de las Naciones Unidas y los organismos especializados. Aunque no contienen disposiciones especiales sobre definiciones o términos empleados, tales definiciones pueden deducirse fácilmente. A título de ejemplo, da lectura a las secciones 11 y 16 del artículo IV de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, que son totalmente explícitas acerca del sentido en que debe emplearse el término «representantes».

36. Puede aceptar que se omitan las referencias a las Convenciones de 1946 y 1947, porque no definen los conceptos de misión permanente, delegación o correo, pero, para evitar cualquier posible crítica de que la Comisión sólo ha citado una convención que no ha entrado todavía en vigor, esto es, la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975, insistirá en que se recoja integralmente en el comentario la intervención que acaba de hacer.

37. El Sr. TOMUSCHAT dice que la referencia que figura en el número 2 del párrafo 1 del artículo 3 a los bultos «que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter» es superflua, puede inducir a confusión y debería suprimirse. Esas palabras parecen dar a entender que tales signos exteriores son un elemento constitutivo, una parte integrante de la valija diplomática y que, si se borran por accidente o de resultas de una acción delictiva, la valija dejaría de tener estatuto diplomático.

38. El Sr. MAHIU, refiriéndose a la decisión del Comité de Redacción de suprimir las disposiciones del artículo 3 relativas a las misiones especiales, confía en que se expondrán en el comentario los motivos de esa supresión.

39. El Sr. McCAFFREY no tiene nada que objetar a la posición que ha adoptado el Relator Especial, pero se reserva el derecho a intervenir con respecto a las cuestiones concretas que se planteen en el comentario cuando se haya distribuido su texto.

40. El comentario del Sr. Tomuschat es válido, aunque también es cierto que debe haber algo que indique —a los funcionarios de aduanas, por ejemplo— que un bulto determinado es una valija diplomática. En vez de suprimir la referencia a los «signos exteriores visibles», quizá sea preferible indicar en el comentario que tales signos no son un elemento determinante del estatuto de la valija diplomática.

41. Como la numeración de los apartados del artículo 3 es bastante desafortunada, quizá sea mejor adoptar el sistema empleado en el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y, por ejemplo, referirse al inciso ii) del apartado b del párrafo 1 en vez de al apartado b del número 2 del párrafo 1.

42. El Sr. BENNOUNA es sensible a las observaciones hechas por el Relator Especial y opina que no hay ningún motivo para no incluir en el proyecto de artículos una referencia a las Convenciones de 1946 y 1947. Conviene con el Sr. Tomuschat en que las palabras «y que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter», que figuran en el número 2 del párrafo 1 del artículo 3, dan la impresión de que la existencia de tales marcas constituye un requisito previo ineludible para que una valija goce de estatuto diplomático. Tal vez sea apropiado, pues, sustituir esas palabras por «y que normalmente llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter».

43. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que no apoyará ningún cambio en la referencia a los «signos exteriores visibles», que son indicadores de que un bulto determinado es una valija diplomática.

44. El Sr. EIRIKSSON apoya la sugerencia del Sr. McCaffrey de que se modifique la numeración de los apartados del artículo 3 de conformidad con el método utilizado en el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

45. El Sr. YANKOV (Relator Especial), refiriéndose a la observación del Sr. Tomuschat sobre las palabras «signos exteriores visibles», estima que esa referencia es necesaria, pues de lo contrario no habría modo de determinar de una serie de bultos cuál tiene el carácter de valija diplomática. No obstante, quizá valga la pena explicar en el comentario que si, a causa de circunstancias excepcionales, resultan destruidos los signos exteriores de una valija diplomática, ésta seguirá siendo considerada valija diplo-

mática si el Estado que envía puede aportar pruebas de que se utiliza para las comunicaciones oficiales. La referencia no tiene como única finalidad la identificación de un bulto como valija diplomática, sino la especificación de los principales rasgos constitutivos de la valija diplomática, uno de los cuales es la existencia de signos exteriores visibles. Esa fórmula ha sido tomada del párrafo 4 del artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961.

46. Por lo que respecta a la sugerencia del Sr. McCaffrey, apoyado por el Sr. Eiriksson, de que se renumeren los apartados del artículo 3, señala que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, es sólo uno de los modelos posibles y que instrumentos aprobados posteriormente han utilizado técnicas diferentes. Con todo, no tiene nada que objetar a la propuesta de renumeración.

47. En respuesta a la observación del Sr. Bennouna acerca de la inclusión en el proyecto de una referencia específica a las Convenciones de 1946 y 1947, estima que ese aspecto podría tratarse en el comentario, aunque no tiene nada que objetar a que se incluya tal referencia si así lo desea la Comisión. No cree que la propuesta del Sr. Bennouna de que se incluya el adverbio «normalmente» antes del verbo «llevan» constituya una mejora del texto del número 2 del párrafo 1.

48. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que una de las razones principales para no incluir en el proyecto de artículos referencias a las Convenciones de 1946 y 1947 es que éstas mencionan las valijas diplomáticas sólo de pasada. El Comité de Redacción ha concluido que la mejor solución sería insertar en el comentario una nota sobre el aspecto planteado por el Relator Especial.

49. En cuanto a la propuesta del Sr. Tomuschat de que se suprima la referencia a los «signos exteriores visibles», dice que el artículo 3 no tiene como finalidad establecer que la valija diplomática debe llevar signos exteriores visibles, cosa que hace el artículo 24. El objeto de la referencia es trazar una distinción entre las valijas diplomáticas de las misiones permanentes o las delegaciones y las de las misiones especiales, que serán objeto del protocolo de firma facultativa propuesto.

50. La propuesta del Sr. McCaffrey de renumeración de los apartados del artículo 3 ya fue examinada y rechazada en el Comité de Redacción.

51. El Sr. HAYES dice que las palabras «y que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter» del número 2 del párrafo 1 dan la impresión de que los signos exteriores visibles son un elemento esencial de la valija.

52. La disposición básica en esta materia es el párrafo 4 del artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, que establece que los bultos que constituyan la valija diplomática «deberán ir provistos de signos exteriores visibles indicadores de su carácter» y «sólo podrán contener documentos diplomáticos u objetos de uso oficial». Esas dos condiciones se enuncian claramente en el artículo 24 (Identificación de la valija diplomática) y el artículo 25 (Contenido de la valija diplomática) del presente proyecto.

53. Cree estar en lo cierto al afirmar que el párrafo 4 del artículo 27 de la Convención de Viena de 1961 no es una definición y que su finalidad es enunciar las obligacio-

nes del Estado que envía. El artículo 3 que ahora se examina, en cambio, es un artículo sobre las definiciones de los términos empleados a los efectos de los presentes artículos. La obligación relativa a los signos no forma parte de la definición de la valija diplomática. En realidad, aunque se omitieran esos signos, la valija diplomática seguiría siendo una valija diplomática. Por estas razones, apoya la propuesta del Sr. Tomuschat de que se supriman las palabras «y que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter» en el número 2 del párrafo 1.

54. El Sr. KOROMA dice que el Relator Especial y el Presidente del Comité de Redacción han respondido perfectamente a la observación del Sr. Tomuschat. Hay razones válidas de orden práctico para conservar el texto relativo a los signos exteriores visibles. El único fin de las normas enunciadas en el proyecto de artículo es proteger la valija diplomática. En general, cuando una valija diplomática llega a un aeropuerto suele ser colocada junto con otras valijas. Si no lleva signos exteriores visibles, no habrá ningún modo de distinguirla de las demás. Es apropiado, pues, mantener el requisito de los signos en el número 2 del párrafo 1, cuyo enunciado no es imperativo, sino, al contrario, lo bastante flexible para hacer saber al Estado receptor y al Estado que envía que sería útil que la valija llevara signos exteriores visibles de su carácter.

55. Sugiere que, para poner el texto del número 2 del párrafo 1 en consonancia con el del párrafo 4 del artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, se sustituyan las palabras «se entiende por “valija diplomática”» por las palabras «la “valija diplomática” consistirá en», y que se suprima el adverbio «exclusivamente».

56. El Sr. YANKOV (Relator Especial) está de acuerdo con el Sr. Hayes en que el artículo 3, que comienza con las palabras «Para los efectos de los presentes artículos», es una disposición sobre definiciones. No puede, sin embargo, estar de acuerdo con la propuesta de que se suprima la referencia a los signos exteriores visibles en el número 2 del párrafo 1. La primera razón es porque la preposición «de» establece una relación entre el requisito de los signos y los apartados *a*, *b* y *c*, que comienzan con las palabras «valija diplomática», «valija consular» y «valija de una misión permanente, una misión permanente de observación, una delegación o una delegación de observación», respectivamente. Además, los signos permiten al Estado receptor y al Estado de tránsito determinar la categoría de la valija. Hay diferencias entre los privilegios correspondientes a cada categoría, y el Estado receptor o el Estado de tránsito tienen que estar en condiciones de saber si han de tratar la valija como valija diplomática, como valija consular o como valija de una misión.

57. Por lo que respecta a las propuestas del Sr. Koroma (párr. 55 *supra*), dice que el adverbio «exclusivamente» ha sido incluido por la Comisión para que modifique la proposición «objetos destinados al uso oficial», a fin de impedir cualquier abuso endureciendo los requisitos aplicables a este respecto, por lo que no cree que deba suprimirse. Tampoco cree que convenga sustituir la fórmula «se entiende por» por la de «consistirá en». La expresión «se entiende por» forma parte de la terminología habitual del artículo que tradicionalmente se incluye en las convenciones de las Naciones Unidas sobre los términos empleados.

58. El Sr. FRANCIS se declara partidario de mantener las palabras «y que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter» del número 2 del párrafo 1. Son un elemento indispensable, especialmente si se tiene en cuenta que la valija será manipulada principalmente por profanos en la materia. La existencia de signos exteriores visibles servirá para ponerlos sobre aviso. Además, esas palabras están inextricablemente relacionadas mediante la preposición «de» con los apartados *a*, *b* y *c*.

59. El Sr. AL-BAHARNA dice que el requisito de los signos exteriores visibles debe ser mantenido. En su forma actual, ese requisito constituye una simple recomendación. La falta de observancia no entrañará ninguna sanción. No debe ser reforzado ni se le debe dar carácter obligatorio. Por consiguiente, los problemas que surjan podrán ser resueltos amistosamente por los Estados interesados.

60. No está de acuerdo con la propuesta del Sr. Koroma de que se suprima el adverbio «exclusivamente», que se refiere a los objetos destinados al uso oficial. Sin embargo, se podría añadir el adverbio «sólo» antes de las palabras «contienen correspondencia oficial» para armonizar esta definición con el párrafo 1 del artículo 25.

61. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 3 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 3.*

#### ARTÍCULO 4 (Libertad de comunicaciones oficiales)

62. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 4, que dice:

##### *Artículo 4.—Libertad de comunicaciones oficiales*

1. El Estado receptor permitirá y protegerá las comunicaciones oficiales del Estado que envía efectuadas por medio del correo diplomático o la valija diplomática según lo dispuesto en el artículo 1.

2. El Estado de tránsito concederá a las comunicaciones oficiales del Estado que envía efectuadas por medio del correo diplomático o la valija diplomática la misma libertad y protección que les conceda el Estado receptor.

63. No se ha propuesto ningún cambio en el enunciado al artículo 4 y el Comité de Redacción recomienda que se apruebe en su forma actual.

64. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 4.

*Queda aprobado el artículo 4.*

#### ARTÍCULO 5 (Deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito)

65. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 5, que dice:

##### *Artículo 5.—Deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito*

1. El Estado que envía velará por que los privilegios e inmunidades concedidos a su correo diplomático y a su valija diplomática no se utilicen de manera incompatible con el objeto y el fin de los presentes artículos.

2. Sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que se le concedan, el correo diplomático deberá respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito.

66. El Comité de Redacción ha acordado que las palabras «en su caso» son superfluas, puesto que no añaden nada a la comprensión del texto, y recomienda que se supriman tanto en el párrafo 2 del artículo 5 como en otros 15 lugares del proyecto de artículos que se aprobó en primera lectura.

67. El Comité de Redacción ha decidido asimismo recomendar que se suprima la segunda oración del párrafo 2 aprobada en segunda lectura, que decía: «También está obligado a no inmiscuirse en los asuntos internos del Estado receptor y, en su caso, del Estado de tránsito». Algunos gobiernos habían considerado superflua esa oración y, en su octavo informe (A/CN.4/417, párr. 82), el Relator Especial opinó que, en favor de la simplicidad y la brevedad, habría que suprimirla. Según su parecer, que es también el del Comité de Redacción, el deber del correo de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito lleva aparejada la obligación de no inmiscuirse en los asuntos internos de esos Estados.

68. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 5.

*Queda aprobado el artículo 5.*

#### ARTÍCULO 6 (No discriminación y reciprocidad)

69. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 6, que dice:

##### *Artículo 6.—No discriminación y reciprocidad*

1. En la aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, el Estado receptor y el Estado de tránsito no harán ninguna discriminación entre los Estados.

2. Sin embargo, no se considerará discriminatorio:

a) que el Estado receptor o el Estado de tránsito aplique restrictivamente cualquiera de las disposiciones de los presentes artículos cuando así aplique esa disposición a su correo diplomático o a su valija diplomática el Estado que envía;

b) que, por costumbre o acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato más favorable con respecto a sus correos diplomáticos y sus valijas diplomáticas que el que prescriben los presentes artículos.

70. El Comité de Redacción recomienda que se simplifique el apartado b del párrafo 2, aprobado en primera lectura, que disponía que, si bien no debía considerarse discriminatoria la concesión de un trato más favorable que el que prescribían los artículos, la modificación no debía ser incompatible con el objeto y el fin de los artículos ni debía afectar al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones de terceros Estados. En su octavo informe (A/CN.4/417, párr. 92), el Relator Especial sugirió ya que se suprimiese la segunda condición. El Comité de Redacción recomienda ahora que también se suprima la primera. El Comité ha considerado que la concesión por los Estados de un trato más favorable a sus correos y valijas, por costumbre o acuerdo, no puede en modo alguno ser incompatible con el objeto y el fin de los artículos y que no puede afectar al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones de otros Estados.

71. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que no tiene nada que objetar a los cambios propuestos por el Comité de Redacción. Sugiere que se ponga de relieve en el comentario el elemento de proporcionalidad o simetría en el funcionamiento de la reciprocidad mencionada en el apartado b del párrafo 2.

72. El Sr. BENNOUNA dice que el párrafo 1 se refiere a «la aplicación de las disposiciones de los presentes artículos», mientras que el apartado a del párrafo 2 menciona la aplicación restrictiva de «los presentes artículos». Por consiguiente, hay que modificar el enunciado del apartado a del párrafo 2 para aclarar que se hace referencia a artículos distintos del propio artículo 6.

73. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que las sugerencias que han formulado el Sr. Al-Khasawneh y el Sr. Bennouna pueden ser recogidas en el comentario.

74. El Sr. YANKOV (Relator Especial), en contestación a una pregunta del Sr. Reuter relativa al sentido de las palabras «par coutume» del texto francés del apartado b del párrafo 2, dice que el importante papel que desempeña el derecho consuetudinario en la esfera del derecho diplomático y consular es bien conocido. El apartado b del párrafo 2 se basa en el apartado b del párrafo 2 del artículo 47 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, y el apartado b del párrafo 2 del artículo 72 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. En el texto inglés, las palabras «by custom» se emplean para indicar que ese trato más favorable no se concede necesariamente en virtud de un acuerdo escrito.

75. El Sr. REUTER dice que el comentario al artículo debería indicar si las palabras «por costumbre» se refieren a una norma de derecho consuetudinario o a un uso de cortesía internacional o *comitas gentium*. Sugiere que, en el apartado b del párrafo 2 del texto francés, se sustituyan las palabras «par coutume ou par voie d'accord» por «par voie de coutume ou d'accord».

76. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que la enmienda de redacción del texto francés es aceptable. En cuanto al sentido de las palabras «por costumbre», estima que las explicaciones que el Relator Especial dará en el comentario serán suficientes.

77. El Sr. ILLUECA propone que se modifique el texto español en la forma sugerida para el texto francés.

78. El Sr. BENNOUNA dice que las palabras «por costumbre» se refieren tanto a las normas consuetudinarias como a los usos corrientes. Así pues, cabe decir que su empleo constituye un caso de ambigüedad tácita.

79. El Sr. YANKOV (Relator Especial) está de acuerdo con esta interpretación y tratará de poner de relieve ese punto en el comentario.

80. El Sr. BEESLEY dice que sería preferible no dar pie a ninguna ambigüedad. Se pregunta si no se podrían utilizar términos como «práctica» o «costumbre», «recíproca» o «mutua».

81. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que el debate ha dejado bien sentado que las palabras «por costumbre o acuerdo» en el apartado b del párrafo 2 tienden a abarcar todas las posibilidades. Se incluirá una explicación en el comentario. recomienda que se apruebe el artículo 6 sin cambios en el texto inglés y con el cambio de redacción propuesto en el texto francés.

82. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 6 propuesto por el Comité de Redacción, con la enmienda

al texto francés propuesta por el Sr. Reuter (párr. 75 *supra*).

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el artículo 6.*

#### ARTÍCULO 7 (Nombramiento del correo diplomático)

83. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 7, que dice:

#### PARTE II

#### ESTATUTO DEL CORREO DIPLOMÁTICO Y DEL COMANDANTE DE UN BUQUE O UNA AERONAVE AL QUE SE HAYA CONFiado LA VALIJA DIPLOMÁTICA

##### *Artículo 7.—Nombramiento del correo diplomático*

**Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 9 y 12, el Estado que envía o sus misiones, oficinas consulares o delegaciones nombrarán libremente el correo diplomático.**

84. Se ha propuesto introducir simples cambios de redacción al artículo 7, cuyo enunciado es ahora más próximo al de artículos similares en otros instrumentos, como el artículo 7 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961. No se ha modificado el sentido del artículo.

85. El Sr. McCAFFREY propone que se invierta la posición de la parte II (Estatuto del correo diplomático y del comandante de un buque o una aeronave al que se haya confiado la valija diplomática) y la parte III (Estatuto de la valija diplomática) del proyecto para dar más importancia a la valija diplomática que al correo diplomático.

86. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que el presente orden fue aprobado al comienzo porque respondía al título del tema. Recomendaba que no se introduzca ningún cambio en el orden de las partes del proyecto.

87. El Sr. KOROMA no tiene nada que objetar al fondo del artículo 7, pero preferiría que se redactase en voz pasiva y que dijese: «Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 9 y 12, el correo diplomático podrá ser nombrado por el Estado que envía o sus misiones, oficinas consulares o delegaciones». Esa modificación exigiría, por supuesto, la supresión de la palabra «libremente».

88. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que la cuestión fue examinada en el Comité de Redacción y se decidió adoptar el presente texto en vista del carácter esencial del término «libremente».

89. El Sr. BARSEGOV dice que la expresión «de leur choix», que figura en el texto francés, aunque no es idéntica a la palabra «libremente», es plenamente satisfactoria. Lo mismo cabe decir del texto ruso.

90. El Sr. YANKOV (Relator Especial) señala que la cuestión ya fue discutida en primera lectura; se dará una explicación en el comentario.

91. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión acuerda aprobar el artículo 7 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 7.*

#### ARTÍCULO 8 (Documentación del correo diplomático)

92. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 8, que dice:

##### *Artículo 8.—Documentación del correo diplomático*

**El correo diplomático deberá llevar consigo un documento oficial en el que consten su calidad de tal y sus principales datos personales, en particular su nombre y cargo o categoría oficial, así como el número de bultos que constituyan la valija diplomática por él acompañada y la identificación y el destino de ésta.**

93. El artículo 8 aprobado en primera lectura disponía que el documento oficial que debía llevar consigo el correo diplomático indicase su calidad de tal y el número de bultos que constituyeran la valija diplomática por él acompañada. El Comité de Redacción ha aceptado las propuestas de que se incluyan en el documento datos más completos concernientes tanto al correo como a la valija. En el caso del correo, el documento no sólo debe indicar su calidad de tal, sino también contener sus principales datos personales, como su nombre y cargo o categoría oficial. En cuanto a la valija, el documento no sólo debe indicar el número de bultos que la constituyan, sino también contener elementos de identificación de los bultos y una indicación de su destino.

94. El Sr. KOROMA propone que, como en muchos casos el correo diplomático no tiene cargo o categoría oficial, se incluyan las palabras «y, cuando sea necesario,» entre «su nombre» y «cargo o categoría oficial».

95. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que esa adición sería redundante, pues es de sentido común que no es necesario indicar el cargo o categoría oficial cuando no se desempeña ninguno. No obstante, si el Sr. Koroma insiste en su enmienda, preferiría las palabras «y, cuando proceda,».

96. El Sr. KOROMA dice que la explicación del Relator Especial le ha confirmado en su creencia de que la adición propuesta es necesaria. No es nunca aconsejable depender del sentido común.

97. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que, aunque está de acuerdo con el Relator Especial, no se opondrá a que se añadan las palabras «y, cuando proceda,» si lo aceptan los miembros del Comité de Redacción.

98. El Sr. HAYES sugiere que las palabras «, cuando proceda,» se incluyan después de la palabra «oficial».

99. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar el artículo 8, con la adición de las palabras «y, cuando proceda, su» entre las palabras «su nombre» y «cargo o categoría oficial».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el artículo 8.*

#### ARTÍCULO 9 (Nacionalidad del correo diplomático)

100. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 9, que dice:

##### *Artículo 9.—Nacionalidad del correo diplomático*

**1. El correo diplomático habrá de tener, en principio, la nacionalidad del Estado que envía.**



2. El correo diplomático no podrá ser designado entre personas que tengan la nacionalidad del Estado receptor excepto con el consentimiento de ese Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento. No obstante, cuando el correo diplomático desempeñe sus funciones en el territorio del Estado receptor, la retirada del consentimiento no surtirá efecto hasta que el correo diplomático haya entregado la valija diplomática a su destinatario.

3. El Estado receptor también podrá reservarse el derecho previsto en el párrafo 2 respecto de:

a) los nacionales del Estado que envía que sean residentes permanentes en el Estado receptor;

b) los nacionales de un tercer Estado que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado que envía.

101. No se hicieron propuestas de modificación del fondo del artículo 9. No obstante, se ha recomendado la inclusión en el párrafo 2 de una segunda oración, que el Relator Especial proponía en su octavo informe (A/CN.4/417, párr. 111). El Estado receptor tiene que dar su consentimiento para que una persona que ostente su nacionalidad pueda ser nombrada correo diplomático por un Estado que envía. Ese consentimiento podrá ser retirado en cualquier momento. Como explicó el Relator Especial, esa retirada del consentimiento no debe estorbar el funcionamiento normal de las comunicaciones oficiales ni redundar en perjuicio de la protección de una valija diplomática que esté ya en camino o de su entrega sin contratiempo al destinatario. Así, la nueva oración propuesta por el Comité de Redacción dice: «No obstante, cuando el correo diplomático desempeñe sus funciones en el territorio del Estado receptor, la retirada del consentimiento no surtirá efecto hasta que el correo diplomático haya entregado la valija diplomática a su destinatario».

102. Por otra parte, por razones de estilo, se ha incluido la palabra «también» en la cláusula de encabezamiento del párrafo 3 y, en el texto francés del párrafo 2, se han sustituido las palabras «en tout temps» por «à tout moment», como traducción de las palabras «en cualquier momento».

103. El Sr. EIRIKSSON sugiere que la primera oración del párrafo 2 concluya con las palabras «consentimiento de ese Estado» y que vaya seguida de una segunda oración que diga: «Ese consentimiento podrá ser retirado en cualquier momento; no obstante, cuando el correo diplomático...». Esta modificación haría que el sentido del párrafo resultase mucho más claro.

104. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que no advierte mucha diferencia entre el texto aprobado por el Comité de Redacción y el que propone el Sr. Eiriksson. Como Presidente del Comité de Redacción, tiene que recomendar forzosamente que se apruebe el primero.

105. El Sr. HAYES sugiere una solución de transacción consistente en suprimir la expresión «No obstante».

106. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que la expresión «No obstante», que viene inmediatamente después de la disposición de que el consentimiento del Estado receptor podrá retirarse en cualquier momento, es una introducción indispensable a la cláusula que figura a continuación.

107. El Sr. AL-BAHARNA pregunta por qué, en el texto inglés del párrafo 1, se utiliza la palabra «should» en vez de «shall».

108. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que la palabra «should» se emplea juntamente con las palabras

«en principio» para tener en cuenta la práctica observada por muchos Estados de utilizar un correo para misiones en más de un país. Recuerda que ese párrafo 1 fue aprobado en primera lectura en su presente forma.

109. El Sr. MAHIU dice que el texto francés del párrafo 1 aprobado en primera lectura decía: «Le courrier diplomatique aura en principe...». En el texto propuesto por el Comité de Redacción se ha sustituido «aura» por «a». Se pregunta cuál es el sentido de ese cambio.

110. El Sr. ILLUECA, apoyado por el Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, insiste en la importancia de que las versiones en todos los idiomas concuerden entre sí.

111. El Sr. McCAFFREY dice que habría que sustituir en el texto inglés la palabra «should» por «shall» en el párrafo 1. El carácter potestativo del párrafo ya se desprende implícitamente de las palabras «en principio».

112. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) está dispuesto a aceptar esa enmienda, puesto que en el párrafo 1 del artículo 17, en su versión inglesa, también se emplean las palabras «shall, in principle».

113. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que el párrafo 1 del artículo 9 se inspira en el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, y en el párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. Sin embargo, se inclina a pensar, como el Sr. McCaffrey, que el uso de la palabra «should» en el texto inglés, seguida de las palabras «en principio», hace demasiado hincapié en el carácter potestativo de esa disposición. No se opondrá, por consiguiente, a que se sustituya en dicha versión por la palabra «shall».

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2129.ª SESIÓN

*Viernes 30 de junio de 1989, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Emmanuel J. ROUCOUNAS

*más tarde:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*más tarde:* Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Benouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koro-ma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (continuación)** [A/CN.4/409 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/417<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

**A/CN.4/420<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. E, A/CN.4/L.432, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.1]**

**[Tema 4 del programa]**

**PROYECTO DE ARTÍCULOS PROPUESTO POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN SEGUNDA LECTURA<sup>4</sup>  
(continuación)**

**ARTÍCULO 9 (Nacionalidad del correo diplomático)<sup>5</sup> (conclusión)**

1. El PRESIDENTE recuerda que en relación con este artículo ha quedado pendiente la cuestión de si, en el párrafo 1 del texto inglés, se debe utilizar el futuro de indicativo («shall») o el potencial simple o condicional («should»).

2. El Sr. YANKOV (Relator Especial) señala que el párrafo 1 reproduce fielmente el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, recogido a su vez en el artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963; en el artículo 10 de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, y en el artículo 73 de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975. En la versión inglesa de esas cuatro convenciones se utiliza el auxiliar «should» y en su versión francesa se utiliza el futuro y las palabras «en principe» no figuran entre comas. A su juicio, la Comisión debe tener motivos serios para apartarse de una fórmula de uso arraigado.

3. En cuanto al párrafo 2, tras celebrar consultas con el Presidente del Comité de Redacción, se ha decidido proponer que se sustituya al principio de la segunda oración el artículo definido «el» por el artículo indefinido «un», y que se supriman al final de la misma oración en el texto español las palabras «el correo diplomático», y que en las versiones francesa e inglesa las palabras correspondientes sean sustituidas por «il» y «he», respectivamente; también se propone que se suprima en el texto inglés el artículo «the» que precede a la palabra «withdrawal».

4. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que no se ha formado una opinión definitiva acerca de la elección entre «shall» y «should» en el texto inglés y el presente o el futuro en el texto francés.

5. El Sr. KOROMA es partidario del texto del párrafo 1 propuesto por el Comité de Redacción y modificado verbalmente por el Relator Especial, es decir, suprimiendo las dos comas. En este caso, el auxiliar «shall» sería demasiado categórico. Por otra parte, habría que velar por la coherencia en este punto de todas las versiones del proyecto de artículos, a fin de evitar que pueda plantearse en el futuro un problema de interpretación.

6. El Sr. RAZAFINDRALAMBO es partidario de conservar la fórmula empleada en las cuatro convenciones anteriores, pero estima que la traducción francesa de «should» debería ser «aura» y no «a».

7. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) señala que la forma «aura», que figuraba en el texto aprobado en primera lectura, ha sido sustituida por «a» en segunda lectura a propuesta de los servicios de traducción.

8. El Sr. REUTER dice que ambas formas son correctas.

9. El PRESIDENTE dice que parece preferible mantener la forma «aura», puesto que es la utilizada en las cuatro convenciones anteriores. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda suprimir las comas en el párrafo 1 del artículo 9 y sustituir en el texto francés el verbo «a» por «aura».

*Así queda acordado.*

10. El Sr. REUTER abriga dudas acerca de la propuesta del Relator Especial de sustituir al principio de la segunda oración del párrafo 2 el artículo «el» por «un», ya que aquí se trata de un correo diplomático muy concreto, o sea, un correo que es un nacional del Estado receptor, designado con el consentimiento de ese Estado.

11. El Sr. YANKOV (Relator Especial) considera convincente la objeción del Sr. Reuter y reitera su propuesta sobre ese punto.

12. El Sr. ILLUECA prefiere el párrafo 2 propuesto por el Comité de Redacción, que permitiría evitar largos debates en la conferencia diplomática que adopte la futura convención. La sustitución en las versiones francesa e inglesa de las palabras «le courrier diplomatique» y «the diplomatic courier», respectivamente, por «il» y «he» podría, por ejemplo, suscitar objeciones de los defensores de la igualdad entre los sexos, o bien habría que decir entonces «il ou elle» y «he or she».

13. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) contesta que, en el texto de un convenio, el pronombre «il» o «he» designa indistintamente ambos sexos. Se pregunta además si, en la segunda oración del párrafo 2 del texto francés, no habría que sustituir las palabras «de ce consentement» por «du consentement».

14. El Sr. REUTER dice que «il» es totalmente correcto en francés, sea el correo hombre o mujer. El artículo «du» sería efectivamente más correcto delante de la palabra «consentement».

15. El Sr. FRANCIS comparte la opinión del Presidente del Comité de Redacción sobre el empleo del masculino y del femenino y dice que, si se aceptara la sugerencia del Sr. Illueca sobre el género gramatical del pronombre, también habría que sustituir en el texto inglés «his» por «his or her» e introducir el mismo tipo de modificaciones en todo el proyecto, lo que haría que su texto resultara muy premioso.

16. El Sr. PAWLAK prefiere el texto propuesto por el Comité de Redacción; las repeticiones son preferibles a las ambigüedades.

17. El Sr. YANKOV (Relator Especial) se adhiere a las observaciones del Sr. Francis y dice que la sustitución en las versiones francesa e inglesa de «le courrier diplomatique» y «the diplomatic courier» por «il» y «he», respectivamente, no crearía ninguna ambigüedad. Añade que la continuación de este debate puede convertir a la Comisión en grupo de trabajo del Comité de Redacción.

18. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la sustitución en la

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> El proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura se reproduce en *Anuario...* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 25 y ss. Para los comentarios, *ibid.*, pág. 25, nota 72.

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2128.ª sesión, párr. 100

segunda oración del párrafo 2 del texto inglés de las palabras «until the diplomatic courier» por «until he», la supresión en la misma oración del artículo «the» delante de la palabra «withdrawal» y la sustitución en el texto francés de las palabras «de ce consentement» por «du consentement».

*Así queda acordado.*

19. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) señala que la única modificación que el Comité de Redacción ha propuesto en el párrafo 3 consiste en añadir en la cláusula de encabezamiento el adverbio «también».

20. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 9 propuesto por el Comité de Redacción, en su forma enmendada.

*Queda aprobado el artículo 9.*

ARTÍCULO 10 (Funciones del correo diplomático)

21. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 10, que dice:

*Artículo 10.—Funciones del correo diplomático*

**Las funciones del correo diplomático consisten en hacerse cargo de la valija diplomática que se le haya confiado, transportarla y entregarla a su destinatario.**

22. El artículo 10 parece definir con precisión y concisión las funciones del correo diplomático. El Comité de Redacción lo ha modificado apenas. Sin embargo, por razones de estilo, recomienda una inversión de términos en la versión inglesa. Por otra parte, ha sustituido la expresión «entregarla en su destino» por «entregarla a su destinatario», ya que el destino puede ser un simple lugar geográfico mientras que el «destinatario» es una entidad: misión, oficina consular o delegación.

23. El Sr. McCAFFREY hace hincapié en el papel decisivo del artículo 10, puesto que es de las funciones del correo de donde se derivan los privilegios de que goza y los deberes que le incumben. Por eso, el momento preciso en que asume sus funciones tiene suma importancia. Lo mismo cabe decir del momento en que éstas terminan, al que se refiere el artículo 11, texto que, por ahora, adolece de falta de claridad puesto que no permite saber si el correo que entra sin valija en un Estado para hacerse cargo de una está desempeñando ya sus funciones. Lo que se dice en los artículos 10 y 11 repercute en el contenido del artículo 21, dedicado al principio y fin de los privilegios e inmunidades. Opina, por lo tanto, que habrá que ser muy preciso en el comentario sobre el artículo 10.

24. El Sr. YANKOV (Relator Especial) puntualiza que el artículo 10 se limita a completar las convenciones de codificación existentes, que no contienen ninguna disposición sobre este punto. No obstante, el Sr. McCaffrey tiene razón al insistir sobre la importancia de la definición de las funciones, tanto más cuanto que la Comisión ha adoptado el planteamiento denominado «funcional» o del «interés de la función». El comentario aclarará las modalidades exactas de la asunción de funciones por el correo diplomático.

25. El Sr. McCAFFREY recuerda que el Relator Especial había propuesto un artículo en el que se definía el

comienzo de las funciones del correo diplomático. La Comisión lo ha suprimido en interés de la concisión. Esta es una razón suplementaria para redactar un comentario muy preciso al artículo 10.

26. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar el artículo 10.

*Queda aprobado el artículo 10.*

ARTÍCULO 11 (Terminación de las funciones del correo diplomático)

27. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 11, que dice:

*Artículo 11.—Terminación de las funciones del correo diplomático*

**Las funciones del correo diplomático terminarán, en particular:**

- a) cuando éste las hubiere cumplido o regrese al país de origen;
- b) cuando el Estado que envía notifique al Estado receptor y, en su caso, al Estado de tránsito que ha sido relevado de sus funciones;
- c) cuando el Estado receptor notifique al Estado que envía que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 12, deja de reconocerlo como correo diplomático.

28. Se han introducido modificaciones de forma en los apartados a y b del artículo aprobado en primera lectura, y dado más precisión al añadir en el presente apartado c la referencia al párrafo 2 del artículo 12. Además, el Comité de Redacción ha añadido un nuevo apartado a y reenumerado en consecuencia el resto del texto.

29. Aunque la enumeración de los supuestos en que terminan las funciones del correo diplomático no sea exhaustiva, como se desprende de las palabras «en particular», el motivo más corriente y más normal de terminación de las funciones del correo es el cumplimiento de sus funciones o su regreso al país de origen. No es ocioso indicarlo así, aunque ello no sea estrictamente indispensable.

30. El Sr. McCAFFREY dice que el nuevo apartado a no le satisface totalmente. Por una parte, le parece tautológico, puesto que en resumen dice que las funciones del correo diplomático terminan cuando se han cumplido. Por otra parte, también dice que pueden terminar en el momento del regreso del correo a su país de origen. Hay que suponer, por lo tanto, que la cesación de funciones interviene en el momento en que se produce este último hecho. Es algo que habrá que puntualizar en el comentario.

31. El Sr. EIRIKSSON recuerda que no hay que confundir, en el debate que se está celebrando, el comienzo y la terminación de las funciones del correo con el principio y fin de sus privilegios.

32. El Sr. HAYES cree que podría prescindirse del artículo 11, que aparentemente no guarda relación con el resto del proyecto. El artículo 10 explica suficientemente lo que son las funciones del correo diplomático y el artículo 21 lo que son sus privilegios e inmunidades.

33. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) responde al Sr. Eiriksson que, si hay confusión en el debate, no la hay en el proyecto, donde las funciones del correo y sus privilegios son objeto de dos artículos completamente diferentes. En cuanto a la observación del Sr. Hayes, en la fase actual de los trabajos sólo puede tomar nota de ella.

34. El Sr. YANKOV (Relator Especial) recuerda que originariamente había un artículo 12 que definía el momento en que comenzaban las funciones del correo diplomático<sup>6</sup>. Este proyecto de artículo se ha suprimido por consejo de los gobiernos, de la Comisión y del propio Comité de Redacción. Como ha dicho el Sr. McCaffrey, habrá que ser muy preciso en el comentario, ya que, cuando terminan las funciones del correo diplomático, sus privilegios e inmunidades desaparecen al mismo tiempo.

35. El Sr. REUTER dice que el nuevo apartado *a* induce a pensar que el correo diplomático puede regresar a su país de origen sin haber cumplido sus funciones. Si se quiere evitar esa interpretación, es preciso decir «o regrese al país de origen después de haberlas cumplido».

36. El Sr. AL-BAHARNA cree también que el apartado *a* necesita ser aclarado. En efecto, según el artículo 12, el correo puede ser retirado, es decir, regresar a su país de origen, sin haber cumplido sus funciones.

37. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que, a su parecer, la segunda parte del apartado *a* se refiere al caso del correo que va sin valija diplomática a un Estado para hacerse cargo de una y volver con ella a su país de origen. Así pues, el apartado *a* versa sobre dos supuestos diferentes.

38. El Sr. YANKOV (Relator Especial) indica que hay muy pocos Estados que utilicen correos diplomáticos que circulen sin llevar efectivamente consigo una valija diplomática, ya que las autoridades competentes saben organizar los itinerarios de la manera más económica. Pero cabe imaginar un correo que entrega una valija en Berna, donde se hace cargo de otra que deja en Ginebra y, después, sale de Suiza para dirigirse a Roma, a través de Francia, donde se le confía una nueva valija. Esta es la situación a que se refiere el apartado *a*: el correo sigue estando protegido aunque viaje sin valija.

39. El Sr. REUTER comprueba que la respuesta del Relator Especial se refiere más bien al estatuto del correo que a sus funciones propiamente dichas. Con todo, está dispuesto a aceptar el nuevo apartado *a* a condición de que se puntualice en el comentario que esta disposición se aplica tanto a las situaciones contempladas en el artículo 12 cuanto en otras circunstancias, como los casos de fuerza mayor en los que, por ejemplo, el correo regresa a su país de origen sin haber podido entregar la valija que tenía a su cargo.

40. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 11 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 11.*

ARTÍCULO 12 (Declaración del correo diplomático como persona *non grata* o no aceptable)

41. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 12, que dice:

**Artículo 12.—Declaración del correo diplomático como persona *non grata* o no aceptable**

1. El Estado receptor podrá, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado que envía que el correo diplomático es persona *non grata* o no aceptable.

<sup>6</sup> Véase *Anuario...* 1982, vol. II (segunda parte), pág. 129, nota 328

En tal caso, el Estado que envía retirará al correo diplomático o lo relevará de las funciones que tenía que desempeñar en el Estado receptor, según proceda. Toda persona podrá ser declarada *non grata* o no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor.

2. Si el Estado que envía se niega a ejecutar o no ejecuta en un plazo razonable las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado receptor podrá dejar de reconocer como correo diplomático a la persona de que se trate.

42. El Comité de Redacción ha sustituido en el párrafo 2 las palabras «podrá negarse a reconocer» por «podrá dejar de reconocer» a fin de que la situación sea más clara. El Estado receptor comunica al Estado que envía que el correo diplomático es persona *non grata* y entonces el Estado que envía debe retirar al correo o relevarlo de sus funciones. Sólo después de que se haya incumplido esa obligación podrá el Estado receptor dejar de reconocer el estatuto del correo. Este escalonamiento en el tiempo es lo que la modificación pretende hacer perceptible.

43. Por otra parte, el Comité de Redacción ha suprimido la expresión «de este artículo» que figuraba en el párrafo 2 después de las palabras «párrafo 1». Se ha hecho lo mismo en el resto del proyecto; cada vez que un párrafo remite a otro se entiende, salvo que se indique lo contrario, que se trata de un párrafo del mismo artículo.

44. El Sr. YANKOV (Relator Especial), en respuesta al Sr. AL-BAHARNA, explica que el correo diplomático puede ser declarado persona *non grata* o no aceptable, como se dice en el párrafo 1 del artículo 12, ya que, según los usos y las convenciones de codificación, los agentes diplomáticos son quienes pueden ser declarados persona *non grata*, mientras que los miembros del personal técnico y administrativo son «no aceptables».

45. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 12.

*Queda aprobado el artículo 12.*

ARTÍCULO 13 (Facilidades concedidas al correo diplomático)

46. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 13, que dice:

**Artículo 13.—Facilidades concedidas al correo diplomático**

1. El Estado receptor y el Estado de tránsito darán al correo diplomático las facilidades necesarias para el desempeño de sus funciones.

2. El Estado receptor y el Estado de tránsito, cuando se solicite y en la medida en que sea posible, ayudarán al correo diplomático a conseguir un alojamiento temporal y a ponerse en contacto por medio del sistema de telecomunicaciones con el Estado que envía y con sus misiones, oficinas consulares o delegaciones, dondequiera que se encuentren.

47. El Comité de Redacción no ha introducido modificaciones en el texto aprobado en primera lectura, salvo la supresión de la expresión «en su caso» en los dos párrafos.

48. El Sr. TOMUSCHAT considera difícil imponer al Estado receptor y al Estado de tránsito el deber de conceder las mismas facilidades. Si bien, efectivamente, las obligaciones del Estado receptor derivan de los acuerdos celebrados con el Estado que envía, no se alcanza a ver el origen de las obligaciones impuestas al Estado de tránsito, que puede no tener ninguna relación con los otros dos. Por eso, desea formular una reserva sobre este punto.

49. El Sr. YANKOV (Relator Especial) toma nota de esta reserva. Agrega que las obligaciones del Estado de tránsito no dimanar sólo de la solidaridad y del deber de cooperación, sino también de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, recogidas en las demás convenciones, que establecen que el personal técnico de las misiones diplomáticas y consulares goza de facilidades incluso cuando se encuentra en tránsito.

50. El Sr. KOROMA, apoyado por el Sr. FRANCIS y el Sr. NJENGA, pone en tela de juicio la utilidad del artículo definido en las palabras «the telecommunications network» en el texto inglés del párrafo 2.

51. El Sr. YANKOV (Relator Especial) comprueba que la cuestión no se plantea respecto de los textos francés ni ruso.

52. El Sr. BENNOUNA, haciendo uso de la palabra en relación con una cuestión de orden, recuerda que la Comisión no tiene que debatir en el Pleno cuestiones lingüísticas. Si no, habría que tratar también, por ejemplo, del texto árabe. Pide, pues, que los miembros se atengan a los problemas de redacción que guardan relación con las cuestiones de fondo.

53. El Sr. TOMUSCHAT, refiriéndose al párrafo 3 del artículo 40 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, hace constar que los terceros Estados conceden privilegios a los correos diplomáticos a que han concedido un visado, lo que da a entender que existe una especie de relación bilateral entre el Estado de tránsito y el Estado que envía. En el artículo que se examina, el Estado de tránsito no se encuentra en la misma situación.

54. El Sr. YANKOV (Relator Especial) se refiere al párrafo 4 del artículo 40 de la Convención de Viena de 1961 y constata que se mencionan las obligaciones de los terceros Estados en los casos particulares de fuerza mayor. Las otras situaciones se consideran sujetas a la regla general. Sea como fuere, la práctica de los Estados pone claramente de manifiesto que, incluso en los casos en que no se exija un visado de tránsito, el Estado interesado ofrece, por ejemplo en sus aeropuertos, facilidades a los agentes diplomáticos de paso.

55. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar el artículo 13.

*Queda aprobado el artículo 13.*

#### ARTÍCULO 14 (Entrada en el territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito)

56. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 14, que dice:

##### *Artículo 14.—Entrada en el territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito*

1. El Estado receptor y el Estado de tránsito permitirán al correo diplomático la entrada en sus territorios respectivos en el desempeño de sus funciones.

2. El Estado receptor y el Estado de tránsito concederán al correo diplomático los visados que fueren necesarios con la mayor rapidez posible.

57. Señala la supresión en el párrafo 1 de la fórmula «en su caso».

58. El Sr. McCAFFREY recuerda lo que ha dicho acerca del artículo 10 (párrs. 23 y 25 *supra*) e invita al Relator Especial a explicar claramente en el comentario el alcance del párrafo 1 del artículo 14, del que manifiestamente se desprende que la obligación del Estado receptor y del Estado de tránsito está vinculada al desempeño de las funciones del correo. Si el correo se presenta en el Estado receptor o el Estado de tránsito sin valija, porque tiene que recoger una de camino, el Estado receptor y el Estado de tránsito deberán autorizarle a penetrar en su territorio. Así pues, es importante puntualizar que las funciones del correo se extienden al caso relativamente frecuente de que vaya a hacerse cargo de una valija a un lugar determinado.

59. El Sr. AL-BAHARNA, apoyado por el Sr. KOROMA, sugiere que, en el texto inglés del párrafo 1, se sustituyan las palabras «in the performance of his functions» por «in the course of the performance of his functions».

60. El Sr. McCAFFREY dice que esa expresión figura en varios artículos y que, si la Comisión la modifica, tendrá que modificar también esos artículos. ¿Es ello, acaso, función del Pleno de la Comisión?

61. El Sr. YANKOV (Relator Especial) no alcanza a ver la utilidad de la propuesta del Sr. Al-Baharna. Recuerda que, con ocasión de los trabajos preparatorios sobre la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, la Comisión, al ocuparse de la cuestión de los privilegios e inmunidades del personal técnico, se preguntó —y la conferencia diplomática se planteó la misma cuestión— si debía emplear la expresión «during the performance», pero que renunció a ello. Prevalció la opinión de que el planteamiento funcional debía ser lo más estricto posible. El artículo 14 se inspira esencialmente en el artículo 79 de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975, en la que no figura la expresión discutida. Mas ésta se encuentra en otras convenciones, como la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. Hay que tener en cuenta que de lo que aquí se trata no es del factor tiempo, sino del ejercicio mismo de las funciones del correo. De ser necesario, se podrían dar estas explicaciones en el comentario.

62. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que la cuestión no ha sido debatida en el Comité de Redacción, donde habría sido posible hacerlo, y que por su parte no ve ninguna necesidad de modificar el texto.

63. El Sr. AL-BAHARNA dice que se contentará con que se incluyan explicaciones a este respecto en el comentario.

64. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 14 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 14.*

*El Sr. Graefrath ocupa la Presidencia.*

#### ARTÍCULO 15 (Libertad de circulación)

65. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 15, que dice:

##### *Artículo 15.—Libertad de circulación*

Sin perjuicio de sus leyes y reglamentos referentes a zonas de acceso prohibido o reglamentado por razones de seguridad nacional,

el Estado receptor y el Estado de tránsito velarán por que el correo diplomático goce en sus territorios respectivos de la libertad de circulación y de tránsito necesaria para el desempeño de sus funciones.

66. El texto del artículo 15 no se ha modificado, salvo la supresión de las palabras «en su caso». En el Comité de Redacción se expresaron algunas dudas en relación con el verbo «garantizar» (en francés «assure» y en inglés «ensure»), que se consideró que imponía una carga demasiado pesada al Estado receptor o al Estado de tránsito. Sin embargo, el Comité de Redacción comprobó que el artículo no se refería a las disposiciones prácticas relativas a los desplazamientos del correo, sino al principio de la libertad de circulación, y que el alcance de la obligación impuesta al Estado receptor y al Estado de tránsito aparecía limitado por la cláusula restrictiva «Sin perjuicio de...» y por la fórmula «necesaria para el desempeño de sus funciones». Por eso se ha acordado no modificar el texto. Sin embargo, como el verbo «garantizar», que se utilizaba en el texto español aprobado en primera lectura, no traducía bien el término inglés «ensure», ha sido sustituido por «velar por».

67. El Sr. THIAM propone que se supriman las palabras «necesaria para el desempeño de sus funciones», que dan a entender que el correo diplomático no gozaría de la libertad de circulación y de tránsito en relación con actividades ajenas a sus funciones.

68. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que el artículo 15 tiene principalmente por objeto poner de relieve el planteamiento funcional aplicado a la entrada y la libertad de circulación del correo. Naturalmente, no hay que darle una interpretación demasiado estricta, lo que impediría al correo vivir normalmente. Pero la obligación del Estado receptor y del Estado de tránsito consiste en conceder al correo diplomático el derecho a entrar en su territorio y el derecho a viajar de acuerdo con el interés de su función y no facilitar sus ocios. Lo mejor sería quizá no tocar el texto del artículo y explicar en el comentario cómo tiene que interpretarse esa disposición. Suprimir esas palabras equivaldría a renunciar al planteamiento funcional adoptado para el resto del proyecto de artículos, que insiste en el hecho de que cada obligación impuesta al Estado receptor y al Estado de tránsito sólo se refiere al desempeño de las funciones del correo.

69. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción), haciendo uso de la palabra como miembro de la Comisión, dice que es partidario de dar las explicaciones correspondientes en el comentario. Según el artículo 15, el Estado receptor y el Estado de tránsito deben velar por que el correo diplomático goce de la libertad de circulación y de tránsito necesaria para el desempeño de sus funciones, porque es en el desempeño de sus funciones que el correo debe gozar de un trato más favorable que las otras personas. Mas es evidente que se le reconocerá la libertad de circulación y de tránsito generalmente concedida a cualquier otra persona. Dicho de otro modo, si el correo tiene dificultades para desplazarse a la ciudad donde se encuentra el consulado del Estado de que depende, podrá pedir ayuda al Estado receptor; pero si quiere ir a la montaña durante el fin de semana, será tratado como un turista.

70. El PRESIDENTE sugiere que se sustituyan las palabras «goce en sus territorios respectivos... el desempeño de sus funciones» por «goce de la libertad de circulación

y de tránsito necesaria para el desempeño de sus funciones en sus territorios respectivos».

71. El Sr. THIAM dice que está dispuesto a aceptar el texto original, a condición de que el Relator Especial explique en el comentario que el correo diplomático goza de la misma libertad de circulación y de tránsito que cualquier otro visitante del país.

72. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 15 propuesto por el Comité de Redacción, en la inteligencia de que se darán en el comentario las explicaciones solicitadas por el Sr. Thiam.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el artículo 15.*

#### ARTÍCULO 16 (Protección e inviolabilidad personal)

73. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 16, que dice:

##### *Artículo 16.—Protección e inviolabilidad personal*

**El correo diplomático estará protegido en el desempeño de sus funciones por el Estado receptor y por el Estado de tránsito. Gozará de inviolabilidad personal y no podrá ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.**

74. El texto del artículo 16 es el mismo que la Comisión aprobó en primera lectura, salvo en lo que concierne a la expresión «en su caso», que, como en otras partes del proyecto, ha sido suprimida.

75. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 16.

*Queda aprobado el artículo 16.*

#### ARTÍCULO 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal)

76. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 17 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

##### *Artículo 17.—Inviolabilidad del alojamiento temporal*

**1. El alojamiento temporal del correo diplomático es inviolable, en principio. No obstante:**

*a) se podrán tomar las medidas de protección inmediatas que sean necesarias en caso de incendio o de otro siniestro;*

*b) podrá ser objeto de inspección o registro cuando haya motivos fundados para suponer que hay en él objetos cuya posesión, importación o exportación esté prohibida por la legislación del Estado receptor o del Estado de tránsito o sometida a sus reglamentos de cuarentena.*

**2. En el caso a que se refiere el apartado a del párrafo 1, se tomarán las medidas necesarias para proteger la valija diplomática y su inviolabilidad.**

**3. En el caso a que se refiere el apartado b del párrafo 1, la inspección o el registro se ejecutará en presencia del correo diplomático y a condición de que se efectúe sin menoscabo de la inviolabilidad de la persona del correo diplomático ni de la valija diplomática y de que no se retrase en forma indebida la entrega de la valija diplomática ni se cree ningún impedimento para ello. Se dará al correo diplomático la posibilidad de comunicarse con su misión a fin de invitar a un miembro de ésta a que esté presente cuando se efectúe la inspección o el registro.**

**4. El correo diplomático, en la medida en que sea posible, pondrá en conocimiento de las autoridades del Estado receptor o del Estado de tránsito el lugar donde se encuentre su alojamiento temporal.**

77. El artículo 17 ha sido objeto de largos debates en la Comisión y de numerosas observaciones por parte de los gobiernos, fundamentalmente en lo que se refiere a dos aspectos, a saber, si el alojamiento temporal del correo diplomático debe ser considerado inviolable y en qué medida y en qué condiciones se puede hacer caso omiso de esa inviolabilidad.

78. En lo que concierne al primer aspecto, el Comité de Redacción se ha sumado finalmente a la idea de que la cuestión de la inviolabilidad del alojamiento temporal del correo diplomático está directamente relacionada con la mejora de la protección de la inviolabilidad de la valija diplomática, y es desde este punto de vista que debe considerarse el texto propuesto. La inviolabilidad de la valija diplomática podría resultar afectada si se reconociera al Estado receptor y al Estado de tránsito un derecho general de acceso al alojamiento temporal del correo diplomático, por ejemplo, para efectuar una inspección o registro. Por eso, el Comité de Redacción ha considerado que el alojamiento temporal del correo diplomático es *en principio* inviolable.

79. En cuanto al segundo aspecto, el Comité de Redacción ha estimado que, en definitiva, se reducía a establecer un equilibrio razonable entre el respeto de la inviolabilidad del alojamiento temporal y la necesidad del Estado receptor y del Estado de tránsito de actuar en caso de urgencia, como en incendios u otros siniestros, para proteger el alojamiento temporal del correo diplomático, o en caso de que hubiera motivos razonables para creer que el alojamiento temporal contiene objetos prohibidos, a fin de proceder a una inspección o un registro. Y es desde este punto de vista que el Comité de Redacción ha modificado el artículo 17.

80. Los párrafos 1 y 3 del texto aprobado en primera lectura versaban sobre el principio de la inviolabilidad, las excepciones a ese principio y las condiciones a que estaban sujetas tales excepciones. El Comité de Redacción ha estimado más lógico agrupar los elementos de esos dos párrafos como sigue: i) enunciado del principio de la inviolabilidad; ii) enunciado de las excepciones a ese principio, y iii) enunciado de las condiciones a que están sujetas esas excepciones.

81. Así pues, el párrafo 1 del nuevo texto enuncia la regla general de que el alojamiento temporal del correo diplomático es inviolable. Ahora bien, las palabras «en principio» confieren inmediatamente cierta flexibilidad a esa regla y anuncian las excepciones contenidas en los apartados *a* y *b*. El apartado *a*, que recoge esencialmente la última parte del párrafo 1 del texto aprobado en primera lectura, dispone que se podrá prescindir de la inviolabilidad en caso de incendio o de otro siniestro que requiera medidas de protección inmediatas por parte del Estado receptor o del Estado de tránsito. El apartado *b*, que recoge esencialmente la primera parte del párrafo 3 del texto aprobado, establece que las autoridades del Estado receptor y del Estado de tránsito podrán proceder a una inspección o un registro cuando tengan motivos fundados para suponer que hay en el alojamiento temporal objetos cuya posesión, importación o exportación esté prohibida por la legislación nacional o sometida a sus reglamentos de cuarentena.

82. Los párrafos 2 y 3 del nuevo texto enuncian las condiciones a que están sujetas las excepciones formuladas en los apartados *a* y *b* del párrafo 1.

83. El párrafo 2 se basa en el párrafo 1 del texto anterior y el párrafo 3 en el párrafo 3 anterior. La segunda oración del párrafo 3 es nueva. En efecto, dado que la situación a que se refiere el apartado *b* del párrafo 1 no es una situación de urgencia y no exige normalmente las mismas medidas de protección inmediatas que las que se requieren en caso de urgencia, parece lógico que el correo diplomático pueda ponerse en contacto con su misión a fin de invitar a un miembro de ésta a que esté presente cuando se efectúe la inspección o el registro. El Comité de Redacción cree que, por ejemplo, cuando el correo diplomático no habla el idioma del Estado receptor o del Estado de tránsito, la presencia de un miembro de la misión es útil. Se advertirá, sin embargo, que nada en esta disposición obliga a aplazar la inspección o el registro hasta la llegada del miembro de la misión. El problema se resolverá según las circunstancias del caso y conforme al sentido común: si un miembro de la misión puede llegar rápidamente, es normal que las autoridades del Estado receptor o del Estado de tránsito aguarden su llegada para proceder a la inspección o el registro; si no, la inspección o registro puede tener lugar sin esperarle. El comentario explicará por qué esta disposición no se ha formulado de manera más precisa.

84. El párrafo 4 reproduce literalmente el texto del párrafo 2 aprobado en primera lectura. Como el artículo 17 no se puede aplicar más que en el caso de que el Estado receptor o el Estado de tránsito sepa dónde se encuentra el alojamiento temporal del correo diplomático, es deseable que éste informe a las autoridades de esos Estados del lugar donde se encuentre. Sin embargo, no debe tratarse de una obligación rigurosa: la norma está subordinada a las circunstancias, como se desprende de la expresión «en la medida en que sea posible».

85. El Sr. McCaffrey reitera que no puede aceptar el artículo 17, si bien no se opone a su aprobación. En primer lugar, no estipula que el correo diplomático tenga la valija diplomática, objeto de la protección prevista; en segundo lugar, el artículo impone una obligación demasiado onerosa al Estado receptor o al Estado de tránsito, y va más allá de la protección necesaria para el correo diplomático en el desempeño de sus funciones.

86. El Sr. OGISO no cree que esta cuestión esté regulada en las convenciones de codificación. No puede, por lo tanto, apoyar el artículo 17, en particular el párrafo 1 y su frase inicial. Así pues, se reserva su posición.

87. El Sr. TOMUSCHAT dice que tampoco puede aceptar el artículo 17, porque impone una carga excesiva a los Estados interesados y, sobre todo, al Estado de tránsito, que no tiene por qué saber que una valija diplomática se encuentra en el alojamiento temporal del correo diplomático. El artículo, por otra parte, es inútil, ya que el artículo 16 es ampliamente suficiente. Su inclusión en el texto no puede por menos que perjudicar la aceptación del futuro instrumento. No obstante, no se opondrá a que se apruebe el artículo si la mayoría de los miembros de la Comisión lo estima necesario para proteger al correo diplomático.

88. El Sr. HAYES considera el artículo 17 a la vez inútil y difícil de aplicar en la práctica, pero no se opondrá a su aprobación.

89. El Sr. KOROMA, tras manifestar que no se opone al artículo 17, se pregunta, a la luz de las observaciones hechas por el Sr. McCaffrey y el Sr. Tomuschat, si la



Comisión no debería modificarlo para aclarar que se trata efectivamente de proteger la valija diplomática.

90. El Sr. BEESLEY formula vivas reservas con respecto al artículo 17; es una excepción —si bien involuntaria— al enfoque generalmente funcional y práctico de los otros proyectos de artículos; no tiene precedente y puede ser peligroso crear uno; impone una carga excesivamente onerosa e inútil al Estado receptor o al Estado de tránsito; no es necesario, puesto que no guarda relación con el desempeño de las funciones del correo diplomático y puede ser incluso un obstáculo para la aceptación del futuro instrumento; plantea múltiples dificultades de orden práctico respecto a la aplicación del proyecto de artículos, y, por último, parece referirse a la protección del correo diplomático —paradójicamente, incluso aunque no acompañe a una valija diplomática— en vez de a la de la valija diplomática.

91. El Sr. ROUCOUNAS también formula reservas con respecto al artículo 17, que a su juicio es superfluo, particularmente porque es más bien largo. Hay artículos de importancia fundamental, como el artículo 15 y el artículo 16, que con pocas palabras garantizan plenamente la protección del correo diplomático. El artículo 17, en cambio, con todas sus divisiones, sus excepciones, todas sus remisiones a las excepciones y sus explicaciones, demuestra la dificultad que existe en contemplar situaciones que van mucho más lejos de lo que puede regular un proyecto bien equilibrado. No obstante, no se opone a la aprobación del artículo.

92. El Sr. AL-BAHARNA se pregunta, habida cuenta de las vivas objeciones formuladas, si no sería más prudente concederse un plazo de reflexión, y se reserva su posición.

93. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción), haciendo uso de la palabra como miembro de la Comisión, recuerda que las reservas que se han formulado no son nuevas y que la mayoría de la Comisión se pronunció en primera lectura a favor de un artículo sobre la inviolabilidad del alojamiento temporal. Si el artículo resulta demasiado largo es porque el Comité de Redacción y el Relator Especial se han esforzado por elaborar una disposición flexible que establezca no la inviolabilidad total del alojamiento temporal del correo diplomático, sino su inviolabilidad indispensable. Esta es la razón de que el artículo contenga tantas condiciones y tantas excepciones. En cuanto a las conjeturas acerca de la posición de los gobiernos, cree que no justifica la supresión del artículo 17. Los gobiernos tendrán la ocasión de pronunciarse durante la conferencia diplomática o ante la Sexta Comisión de la Asamblea General. Estima que la Comisión debe mantener los artículos que obtienen el apoyo de la mayoría, como parece ser el caso del artículo 17.

94. El Sr. AL-KHASAWNEH se adhiere a las observaciones del Sr. Calero Rodrigues.

95. El Sr. KOROMA se pregunta también si la Comisión no debería concederse un plazo de reflexión y volver a examinar el artículo 17 un poco más tarde.

96. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) está dispuesto a aceptar esa sugerencia, pero quisiera saber cuál es la opinión del Relator Especial.

97. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que en esta fase, y después de largos debates, no puede proponer ninguna solución para tener en cuenta las reservas emitidas. No creía, después de haber estudiado el tema, que este artículo pudiera plantear obstáculos. En realidad, el artículo se limita a remitirse a la buena voluntad y el sentido común de los interesados, en beneficio mismo de las comunicaciones oficiales.

98. El PRESIDENTE se pregunta si no sería posible puntualizar en el comentario que el artículo se refiere al correo diplomático que acompaña a una valija diplomática, aunque ello parece desprenderse claramente de los párrafos 2 y 3.

99. El Sr. KOROMA sugiere, en el mismo orden de ideas, que se modifique así el comienzo del párrafo 1: «El alojamiento temporal del correo diplomático que lleve consigo una valija diplomática es...».

100. El Sr. BARBOZA cree que no es el momento de reabrir el debate sobre un artículo que refleja, como los demás artículos, si no un consenso, por lo menos la opinión de la mayoría. Sea como fuere, la posición de cada miembro se hará constar debidamente en el acta de la sesión.

101. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) estima interesante la idea del Sr. Koroma, pero dice que le parece difícil hallar una fórmula para expresarla; ¿quién puede asegurar que la valija diplomática se encuentra en el alojamiento temporal del correo diplomático? Sin embargo, el Relator Especial podría examinar esta cuestión.

102. El PRESIDENTE ruega al Relator Especial que estudie la sugerencia del Sr. Koroma y comunique sus conclusiones a la Comisión en la próxima sesión.

103. El Sr. EIRIKSSON desea que el Relator Especial estudie al mismo tiempo el párrafo 3 del texto inglés, que gramaticalmente parece dudoso.

*El Sr. Sreenivasa Rao, Primer Vicepresidente, ocupa la Presidencia.*

### Clausura del Seminario sobre derecho internacional

104. El Sr. MARTENSON (Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra) declara que, gracias a las 25.ª reunión del Seminario sobre derecho internacional, estudiantes, jóvenes profesores especialistas en derecho internacional, juristas bisoños encargados de cuestiones relacionadas con el derecho internacional, han podido profundizar sus conocimientos, seguir los trabajos de la Comisión y familiarizarse con las cuestiones relativas a la codificación y el desarrollo progresivo de una disciplina en plena evolución. El Seminario también ha dado ocasión para una confrontación constructiva de puntos de vista entre juristas provenientes de sistemas jurídicos y políticos diferentes sobre las cuestiones en que trabaja la Comisión. Los participantes han podido descubrir asimismo la extraordinaria expansión de un campo que en algunos decenios se ha convertido en una rama esencial del derecho. En efecto, el derecho internacional, después de haber regido durante mucho tiempo sólo las relaciones interestatales en la esfera de la política exterior, se ha abierto a múltiples aspectos de la actividad humana: económicos, técnicos, culturales o incluso humanitarios.

105. El Director General subraya un aspecto importante de esa actividad: la promoción y la protección de los derechos humanos. En esta esfera, las Naciones Unidas llevan a cabo una labor en tres frentes. La Organización ha superado casi la etapa legislativa; se ha establecido la infraestructura legal (aunque todavía quede bastante por hacer en sectores como el desarrollo y los trabajadores migrantes), de la Declaración Universal de Derechos Humanos a los Pactos Internacionales y toda una serie de instrumentos, del que el próximo debería ser la convención sobre los derechos del niño. Las Naciones Unidas deben ahora dar prioridad a la ejecución de esos instrumentos, que deben llegar a ser una realidad para todos. La Organización no puede apremiar a 159 Estados soberanos, pero ha vuelto a dar vida a la noción de servicios consultivos y de asistencia técnica y ayuda a los Estados Miembros a establecer la infraestructura nacional necesaria para la promoción y la protección de los derechos humanos. Se ocupa, en cooperación con las organizaciones regionales, de la formación en materia de derechos humanos del personal de la administración de justicia, de la traducción de los instrumentos internacionales pertinentes a los idiomas locales, de la adaptación del derecho interno, de la organización de cursos y seminarios. Esos esfuerzos resultan posibles por la generosa contribución de los Estados Miembros a un fondo fiduciario. Por último, a la infraestructura jurídica, a la ejecución de los instrumentos, hay que añadir un trabajo de información de la opinión pública, tercer frente de la labor desarrollada por las Naciones Unidas. Los individuos deben ser informados de sus derechos y de las obligaciones del Estado para con ellos y saber que pueden contar con las Naciones Unidas para ayudarles.

106. El Director General concluye diciendo que el Centro de Derechos Humanos está al servicio de los participantes en el Seminario que deseen acudir a él.

107. El Sr. BULA BULA, haciendo uso de la palabra en nombre de los participantes en el Seminario sobre derecho internacional, dice que sus compañeros y él se congratulan de haber podido asistir a los instructivos debates de la Comisión. Las preciosas enseñanzas que han podido sacar serán muy pronto provechosas para sus respectivos países. Las reuniones extraoficiales les han dado asimismo la ocasión de participar oficiosamente en los debates. Conservarán un recuerdo imperecedero de la sesión simulada durante la cual, en presencia de miembros de la Comisión, futuros profesores y embajadores en potencia se ejercitaron en la crítica de una obra auténtica de codificación y desarrollo del derecho internacional. Sería deseable que esa iniciativa se repitiera en el futuro. Da las gracias a la Comisión por haber permitido a los participantes en el Seminario beneficiarse de sus trabajos, así como al personal de la Oficina de Enlace Jurídico de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra por su labor de orientación. Da las gracias asimismo a las autoridades suizas por la hospitalidad de su país.

*El Director General entrega a cada participante un certificado que acredita su participación en la 25.ª reunión del Seminario sobre derecho internacional.*

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2130.ª SESIÓN

*Martes 4 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (continuación)** [A/CN.4/409 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/417<sup>2</sup>, A/CN.4/420<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. E, A/CN.4/L.432, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.1]

[Tema 4 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS PROPUESTO POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN SEGUNDA LECTURA<sup>4</sup>  
(continuación)

ARTÍCULO 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal)<sup>5</sup>  
(conclusión)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que informe sobre los resultados de las consultas celebradas para encontrar una fórmula generalmente aceptable para el artículo 17.

2. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que se ha acordado introducir algunos cambios en el párrafo 1 para tener en cuenta las observaciones de varios miembros, en particular el Sr. McCaffrey y el Sr. Al-Baharna (2129.ª sesión), que han señalado que la inviolabilidad del alojamiento temporal del correo diplomático no se refiere a su persona únicamente, sino sobre todo a la valija que lleva consigo. De lo que se trata no es tanto de la persona del correo como de su función, y su función principal es transportar y entregar la valija diplomática.

3. Por estas razones, propone ahora que se incluyan en el párrafo 1, después de las palabras «alojamiento temporal del correo diplomático», las palabras adicionales «que lleve consigo una valija diplomática». En el texto inglés, las palabras que figuran a continuación «shall, in principle,» se sustituirán por «should, in principle,», poniendo así el artículo 17 en consonancia con el texto inglés del párrafo 1 del artículo 9, en el que se ha utilizado la misma fórmula

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol II (primera parte)

<sup>2</sup> *Ibid*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol II (primera parte)

<sup>4</sup> El proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura se reproduce en *Anuario* 1986, vol II (segunda parte), págs 25 y ss. Para los comentarios, *ibid*, pág 25, nota 72

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2129.ª sesión, párr 76

4. En la primera oración del párrafo 3 del texto inglés se ha introducido un pequeño cambio de estilo consistente en la sustitución de las palabras «be effected» por «is effected».

5. El Sr. McCAFFREY acoge con satisfacción la propuesta de enmienda del párrafo 1, que es útil y elimina su principal objeción al artículo 17. En el texto propuesto anteriormente, el artículo se centraba en el correo y parecía pasar por alto la valija. Acoge asimismo con satisfacción la sustitución en el texto inglés del futuro de indicativo («shall») por el potencial simple o condicional («should»), que hace más flexible la obligación enunciada en el artículo. Sigue creyendo que el artículo 17 no es realmente necesario, pero no se opondrá a que se apruebe en la forma ahora propuesta. Por último, como cuestión meramente gramatical, prefiere, en el texto inglés del párrafo 3, la expresión «be effected» a «is effected».

6. El Sr. AL-BAHARNA también acoge con satisfacción las modificaciones introducidas en el párrafo 1, que hacen totalmente aceptable el artículo 17.

7. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que decididamente prefiere la fórmula «shall, in principle», que el Comité de Redacción aprobó tras un amplio debate. Las palabras «en principio» introducen la flexibilidad necesaria, y en el texto inglés, «shall, in principle» es prácticamente equivalente a «should». El intento de combinar «should» con «in principle» introduciría un elemento de flexibilidad adicional nada conveniente.

8. El PRESIDENTE señala que, si se mantiene en el texto inglés del artículo 17 la fórmula «shall, in principle», la Comisión tendrá que volver sobre su decisión de utilizar las palabras «should, in principle» en el artículo 9.

9. El Sr. FRANCIS dice que no existe verdadera semejanza entre el uso de la expresión «should, in principle» en el artículo 9 del texto inglés y la propuesta relativa al párrafo 1 del artículo 17. El artículo 9 versa sobre la nacionalidad del correo diplomático y la finalidad de la disposición del párrafo 1, según la cual el correo «should, in principle» («habrá de tener, en principio») la nacionalidad del Estado que envía es dar a este Estado una mayor libertad en esta materia. El artículo 17 versa sobre la inviolabilidad de la valija diplomática en posesión del correo, para lo cual el alojamiento temporal de éste debe ser inviolable. La norma aplicable, pues, constituye una regla absoluta. Como todas las reglas, tiene algunas excepciones, precedidas por las palabras «No obstante». La existencia de las excepciones enunciadas en los apartados *a* y *b* del párrafo 1 no afectan a la inviolabilidad fundamental del alojamiento del correo, de su persona y de la valija. Por todo ello, insta firmemente a la Comisión a que mantenga en el texto inglés la fórmula «shall, in principle».

10. El Sr. REUTER deplora la tendencia, que es creciente desde la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, de utilizar el potencial simple o condicional en la redacción de las cláusulas de convenios internacionales. Hay que desaconsejar esa práctica.

11. El Sr. BENNOUNA está de acuerdo con el Sr. Reuter. Es partidario de utilizar en el texto francés la expresión «doit en principe» (debe, en principio). Una fórmula como «devrait en principe» (debería, en principio) es inaceptable por ser demasiado débil.

12. El Sr. YANKOV (Relator Especial) señala que el empleo de la fórmula «should, in principle» se remonta a mucho antes de 1982. Figura, por ejemplo, en la versión inglesa del artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. En realidad, prefiere el uso de «shall» en vez de «should», tanto en el artículo 9 como en el artículo 17, pero en ambos artículos hay que emplear los mismos giros idiomáticos por razones de coherencia.

13. El Sr. AL-BAHARNA conviene en que habría que utilizar en ambos artículos la misma fórmula por motivos de coherencia. Por su parte, prefiere la palabra «should».

14. El Sr. McCAFFREY prefiere el uso de «shall» en el artículo 9, pero en el artículo 17, en vista de las observaciones de los gobiernos, es necesaria una gran flexibilidad. Optar entre «shall» y «should» no es una cuestión de redacción, sino de fondo. Por otra parte, las palabras «en principio» introducen una flexibilidad aún mayor y deben ser mantenidas.

15. El Sr. BENNOUNA conviene en que el debate es de fondo y no de forma. El empleo de las palabras «en principio» subraya que el principio es la inviolabilidad y que las excepciones son las enunciadas en los apartados *a* y *b* del párrafo 1 después de las palabras «No obstante». De ese modo queda claro que los casos mencionados son las únicas excepciones. En todos los demás casos prevalece el principio de la inviolabilidad. Si el futuro de mandato «shall» se sustituye por el condicional «should», el artículo 17 no enunciará ninguna norma jurídica.

16. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) destaca el diferente tratamiento que el Comité de Redacción ha dado a los artículos 9 y 17. Con respecto al artículo 9, el Comité ha decidido mantener el lenguaje empleado en el texto aprobado en primera lectura, esto es, la forma verbal «should». En cuanto al artículo 17, el Comité ha introducido las palabras «en principio» y ha estimado naturalmente que había que sustituir la forma «shall» por «should» en el texto inglés. Por consiguiente, no puede por menos que recomendar a la Comisión que mantenga el texto aprobado por el Comité de Redacción con la fórmula, en el texto inglés, «shall, in principle».

17. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, sin querer entrar en las sutilezas gramaticales de otros idiomas, desea dejar bien sentada la posición en lo que se refiere al texto español. Las palabras «es inviolable, en principio» enuncian claramente una norma jurídica. El presente de indicativo «es» tiene un sentido de mandato. Sustituirlo por el condicional «sería» significaría dar a entender que no existe una regla de inviolabilidad. La única postura correcta es que la Comisión mantenga las palabras «es inviolable, en principio» que enuncian inequívocamente el principio de la inviolabilidad y van seguidas, por supuesto, de las excepciones contenidas en los apartados *a* y *b* del párrafo 1.

18. El Sr. MAHIU comparte las opiniones del Sr. Díaz González y el Sr. Bennouna. El término correcto en francés es «doit».

19. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que las palabras «en principio» establecen una flexibilidad suficiente. No hay necesidad de introducir aún más mediante el uso del condicional («should»). Como otros miembros, también prefiere el futuro («shall»).

20. El Sr. FRANCIS desea recalcar que el artículo 9 pretende dar al Estado que envía una gran flexibilidad en lo referente al nombramiento del correo; de ahí que la norma enunciada en ese artículo sea necesariamente débil. La posición con respecto al artículo 17 es totalmente diferente, puesto que el artículo establece la norma básica de la inviolabilidad, que tiene que ser expresada en términos enérgicos.

21. Además, el párrafo 2 del artículo 17 dice que «se tomarán las medidas necesarias para proteger la valija diplomática y su inviolabilidad» en caso de incendio o de otro siniestro en que se pueden tomar medidas de protección inmediata de conformidad con el apartado a del párrafo 1. Si la norma de la cláusula de encabezamiento del párrafo 1 se debilitara mediante el empleo de las palabras «should, in principle,» la disposición del párrafo 2 no sería necesaria.

22. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) explica que hay una diferencia entre los dos cambios que ahora propone el Relator Especial para el párrafo 1. El primero, a saber, la inclusión de las palabras «que lleve consigo una valija diplomática» no ha sido debatido en el Comité de Redacción; fue propuesto en la Comisión por el Sr. Koroma (2129.ª sesión, párr. 99). Personalmente lo apoyó por considerarlo una buena idea. El otro cambio, es decir, la sustitución del futuro («shall») por el potencial simple o condicional («should»), fue largamente debatido en el Comité de Redacción y tropezó con una fuerte oposición por las razones ya aducidas.

23. Tras un breve debate sobre la propuesta de sustituir en el párrafo 3 del texto inglés las palabras «be effected» por «is effected», en el que participan el Sr. TOMUSCHAT, el Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) y el Sr. PAWLAK, el Sr. HAYES señala que si en el párrafo 3 del texto inglés se mantuviera la fórmula gramatical correcta «be effected», las palabras «and will not unduly delay», que figuran en la misma oración, habrían de ser modificadas de esta manera: «and would not unduly delay».

24. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el artículo 17 en la inteligencia de que se inserten las palabras «que lleve consigo una valija diplomática» después de «el correo diplomático» en la primera oración del párrafo 1 y que en el resto se mantenga el texto actual en todos los idiomas: «es inviolable, en principio», y que en el párrafo 3 del texto inglés se mantengan las palabras «be effected» y se modifiquen las palabras «will not unduly delay» para que diga «would not unduly delay».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el artículo 17.*

#### ARTÍCULO 18 (Inmunidad de jurisdicción)

25. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 18 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

##### *Artículo 18.—Inmunidad de jurisdicción*

1. El correo diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor y del Estado de tránsito respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones.

2. Gozará también de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor y del Estado de tránsito respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones. Dicha inmunidad no se extiende al caso de una acción por daños resultantes de un accidente en que esté implicado un vehículo cuya utilización pueda haber dado lugar a la responsabilidad del correo, en la medida en que tales daños no sean resarcibles mediante un seguro. De conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor o el Estado de tránsito, el correo que conduzca un vehículo de motor deberá estar amparado por un seguro contra daños causados a terceros.

3. El correo diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos en que no goce de inmunidad de conformidad con el párrafo 2 y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona, de su alojamiento temporal o de la valija diplomática que se le haya confiado.

4. El correo diplomático no está obligado a prestar testimonio sobre cuestiones relacionadas con el desempeño de sus funciones. No obstante, podrá requerirse su testimonio sobre otras cuestiones, con tal de que con eso no se retrase en forma indebida la entrega de la valija diplomática ni se cree ningún impedimento para ello.

5. La inmunidad de jurisdicción del correo diplomático en el Estado receptor y en el Estado de tránsito no lo exime de la jurisdicción del Estado que envía.

26. Al ocuparse del artículo 18, el Comité de Redacción tuvo presente que el texto aprobado en primera lectura representaba una transacción basada en un planteamiento funcional conducente a una inmunidad de jurisdicción con reservas. A fin de evitar toda perturbación del delicado equilibrio logrado en el texto, el Comité ha reducido al mínimo los cambios. La única modificación de fondo consiste en añadir al final del párrafo 2 una nueva oración, propuesta por el Relator Especial basándose en las observaciones escritas de un gobierno, que dice: «De conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor o el Estado de tránsito, el correo que conduzca un vehículo de motor deberá estar amparado por un seguro contra daños causados a terceros».

27. En cuanto a los cambios de redacción, los dos primeros se aplican a los párrafos 1 y 2 y consisten en la eliminación de las palabras «en su caso» y la supresión de la palabra «todos» antes de «actos», que el Comité de Redacción estima redundante. El Comité ha opinado que las palabras «ocasionado por», en la segunda oración del párrafo 2, no son apropiadas en cuanto que la causa de un accidente no se puede determinar *a priori*. Por consiguiente, las ha sustituido por «en que esté implicado». De resultados de ello y para evitar las repeticiones, se han sustituido las palabras «puede haber comprometido» por «pueda haber dado lugar a». Al final del párrafo 2 se ha sustituido la palabra «si», antes de «tales daños», por «en la medida en que», teniendo presente que los daños pueden ser parcialmente resarcibles mediante un seguro.

28. El Comité de Redacción ha eliminado las palabras «de este artículo» en el párrafo 3 y, por razones puramente gramaticales, ha incluido en el texto inglés de dicho párrafo «his» delante de «temporary accommodation».

29. En la primera oración del párrafo 4 se han reemplazado las palabras «en asuntos que afecten al» por «sobre cuestiones relacionadas con el», fórmula que el Comité de Redacción estima más precisa y que ha sido tomada del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. En la segunda oración del párrafo 4 se ha introducido otro cambio por razones de concordancia: se han insertado las palabras «No obstante,» delante de «podrá requerirse» a fin de poner de relieve que el campo de aplicación de las oraciones primera y segunda y el planteamiento adoptado en ellas son diferen-

tes. Finalmente, en la segunda oración se ha sustituido «con eso no se causen retrasos injustificados» por «con eso no se retrase en forma indebida», que parece una forma más simple y estilísticamente más elegante.

30. El Sr. AL-BAHARNA sugiere que, en vista del cambio que se ha introducido en el artículo 17 y que sujeta la inviolabilidad a la condición de que el correo lleve consigo la valija, convendría incluir en el párrafo 3 del artículo 18 una cláusula que subordine las disposiciones de ese párrafo a las del artículo 17.

31. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que no es necesario introducir esa cláusula porque el párrafo 3 está sujeto a todos los artículos del proyecto.

32. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 18 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 18.*

ARTÍCULO 19 (Exención de derechos de aduana, impuestos y gravámenes) y

ARTÍCULO 20 (Exención de registro e inspección)

33. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta los textos propuestos por el Comité de Redacción para los artículos 19 y 20, que dicen:

*Artículo 19.—Exención de derechos de aduana, impuestos y gravámenes*

1. El Estado receptor y el Estado de tránsito, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulguen, permitirán la entrada de los objetos destinados al uso personal del correo diplomático transportados en su equipaje personal y concederán la exención de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, aplicables a esos objetos, con excepción de los correspondientes a la prestación de servicios determinados.

2. En el desempeño de sus funciones, el correo diplomático estará exento en el Estado receptor y en el Estado de tránsito de todos los impuestos y gravámenes, nacionales, regionales o municipales, con excepción de los impuestos indirectos de la índole de los normalmente incluidos en el precio de los bienes y servicios y de los impuestos y gravámenes correspondientes a la prestación de servicios determinados.

*Artículo 20.—Exención de registro e inspección*

1. El correo diplomático estará exento de registro personal.

2. El correo diplomático estará exento de la inspección de su equipaje personal, a menos que haya motivos fundados para suponer que contiene objetos no destinados al uso personal del correo diplomático u objetos cuya importación o exportación esté prohibida por las leyes del Estado receptor o del Estado de tránsito o sometidas a sus reglamentos de cuarentena. En este caso, la inspección se ejecutará en presencia del correo diplomático.

34. Desea presentar conjuntamente los dos artículos porque, después de la primera lectura, se ha invertido su posición en el proyecto y también porque se ha transferido un párrafo del anterior artículo 19 al anterior artículo 20. Solicita la indulgencia de la Comisión por la introducción muy detallada que se dispone a efectuar; el acta resumida de la presente sesión será el único lugar en que se encontrará una explicación amplia sobre los cambios.

35. Los miembros de la Comisión recordarán que el artículo 19 aprobado en primera lectura versaba sobre tres cuestiones: la exención del registro personal del correo, la franquicia aduanera y la inspección del equipaje perso-

nal del correo. El artículo 20 trataba sólo de la exención de los impuestos y gravámenes a los que podía estar sujeto el correo durante su estancia en el Estado receptor o el Estado de tránsito. Por lo que respecta a la estructura, se recordará que, en el período de sesiones anterior, el Relator Especial recomendó que se suprimiera el párrafo 1 del anterior artículo 19, relativo al registro personal del correo, o que se trasladara al artículo 16, sobre protección e inviolabilidad personal, y sugirió que los párrafos restantes de los artículos 19 y 20 se combinaran en un artículo único. Sin embargo, el Comité de Redacción ha decidido mantener el párrafo relativo al registro personal del correo y, teniendo en cuenta esta decisión, ha estimado aconsejable separar las disposiciones sobre el registro personal del correo y la inspección de su equipaje de las relativas a las cuestiones fiscales (derechos de aduana, impuestos y gravámenes). De resultas de ello, el párrafo 2 del anterior artículo 19, relativo a los derechos de aduana, pasaba a constituir el párrafo 1 del anterior artículo 20, relativo a los impuestos. Ahora bien, como la exención de los derechos de aduana, impuestos y gravámenes está relacionada más estrechamente con la inmunidad, que constituye el objeto del artículo 18, el Comité de Redacción ha decidido acercar el artículo 20 al artículo 18. Por eso, el anterior artículo 20 es ahora el artículo 19, y el anterior artículo 19 se ha convertido ahora en el artículo 20.

36. En cuanto al fondo, el Comité de Redacción ha introducido dos cambios de redacción en el párrafo 1 del texto actual del artículo 19 (párrafo 2 del artículo 19 anterior). El primero estriba en la supresión de las palabras «en su caso», y el segundo en la sustitución de la palabra «importado» por «transportado», que se ha considerado más apropiada en relación con los objetos del equipaje personal del correo.

37. El párrafo 2 del artículo 19 (antes párrafo único del artículo 20) no ha dado pie a muchas observaciones en el Comité de Redacción. Aunque la estancia del correo en el Estado receptor o el Estado de tránsito puede ser muy breve y no es probable que el correo esté sujeto a imposición, el Comité ha juzgado conveniente mantener el párrafo a fin de tener en cuenta todas las posibilidades. Nuevamente se han introducido pocos cambios de redacción: se han suprimido las palabras «en su caso», así como las palabras «a los que de otro modo podría estar sujeto», que el Comité ha considerado superfluas. El título del nuevo artículo 19 ha sido modificado para que describa más exactamente el contenido del artículo, y ahora dice: «Exención de derechos de aduana, impuestos y gravámenes».

38. El párrafo 2 del actual artículo 20, que era, por supuesto, el párrafo 3 del artículo 19 anterior, no ha provocado muchas observaciones; el único cambio de redacción es la supresión de las palabras «en su caso». En el caso del párrafo 1, hubo en el Comité de Redacción una división de opiniones acerca de si debía incluirse una disposición relativa explícitamente a la exención de registro personal del correo. Las diferencias de opinión no se referían al principio de que se trata; todos los miembros del Comité parecían estar de acuerdo en que el correo diplomático debía estar exento de registro personal. Sin embargo, algunos miembros opinaban que la disposición contenida en el párrafo 1 era innecesaria porque la inviolabilidad del correo afirmada en el artículo 16 implicaba la exención de registro personal. Tras un prolongado debate, prevaleció la opinión de que, aunque la disposición no fuera

estrictamente necesaria, quizá resultara útil para destacar ese aspecto de la inviolabilidad, que tenía ciertamente mucha importancia práctica, en el artículo 20.

39. El Sr. TOMUSCHAT dice que, a su juicio, el artículo 19 es superfluo y no debe ser aprobado. Normalmente, el correo diplomático sólo permanece durante un breve espacio de tiempo en el territorio del Estado al que transporta una valija. La disposición creará enormes dificultades administrativas, que sin duda están justificadas en el caso de los diplomáticos residentes, pero no en el de las personas que entran en el país para una estancia muy breve.

40. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que la objeción que acaba de formular el Sr. Tomuschat es aplicable al párrafo 2 del artículo 19, pero ciertamente no se aplica al párrafo 1, en el que lo importante es el hecho de la entrada en el territorio del Estado receptor o el Estado de tránsito y no la duración de la estancia. El correo puede muy bien estar sujeto al pago de derechos de aduana, impuestos y gravámenes sobre los objetos que importa para su uso personal.

41. El Sr. EIRIKSSON dice que no tiene nada que objetar al fondo del artículo 20, pero cree que la última oración del texto inglés debería ser armonizada más estrechamente con los textos español y francés.

42. La enmienda introducida en el texto inglés del artículo 8, sobre documentación del correo diplomático (véase 2128.ª sesión, párrs. 92 a 99), no mejora su claridad, y la Comisión quizá desee revisarla.

43. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar los artículos 19 y 20, en la inteligencia de que la última oración del texto inglés del artículo 20 se armonice más estrechamente con los textos español y francés.

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los artículos 19 y 20.*

#### ARTÍCULO 21 (Principio y fin de los privilegios e inmunidades)

44. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 21 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

##### *Artículo 21.—Principio y fin de los privilegios e inmunidades*

1. El correo diplomático gozará de privilegios e inmunidades desde que entre en el territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito para desempeñar sus funciones o, de encontrarse ya en el territorio del Estado receptor, desde que comience a desempeñar sus funciones.

2. Los privilegios e inmunidades del correo diplomático cesarán en el momento en que salga del territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito o en que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para ello. No obstante, los privilegios e inmunidades del correo diplomático *ad hoc* que sea residente en el Estado receptor cesarán en el momento en que haya entregado al destinatario la valija diplomática que se le haya encomendado.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, la inmunidad subsistirá respecto de los actos realizados por el correo diplomático en el desempeño de sus funciones.

45. El artículo 21 versa sobre el principio y fin de los privilegios e inmunidades del correo y, para poner más claramente de relieve esos dos aspectos, el Comité de Redacción ha modificado el título. Con el mismo fin, ha decidido regular los dos aspectos en párrafos separados.

46. El párrafo 1 corresponde a la primera oración del párrafo 1 del texto aprobado en primera lectura salvo, una vez más, la supresión de las palabras «en su caso». El párrafo 2, sobre el fin de los privilegios e inmunidades del correo, empieza con lo que era la segunda oración del párrafo 1 anterior, incorporándole algunos pequeños cambios de forma necesarios para el traslado de esa oración a su nueva posición al comienzo del párrafo. Una modificación más importante estriba en la adición de las palabras «o en que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para ello». El texto anterior afirmaba, como regla general, que los privilegios e inmunidades del correo cesaban «normalmente» en el momento en que salía del territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito. Una excepción a esa regla, enunciada en el párrafo 2 anterior, era que, cuando el correo era declarado persona *non grata* o no aceptable, sus privilegios e inmunidades cesaban en el momento en que salía del territorio o en que expiraba el plazo razonable que se le hubiera concedido para ello. El Comité de Redacción ha adoptado el criterio de que el mismo principio debe aplicarse a todos los correos; no hay motivo para que un correo siga gozando de sus privilegios e inmunidades si permanece en el territorio del Estado receptor o el Estado de tránsito por un largo período después del desempeño de sus funciones. En tal caso, el Estado receptor y el Estado de tránsito deben estar facultados para dar al correo un plazo razonable para abandonar el país y dejar de concederle privilegios e inmunidades en cuanto expire ese plazo. Como consecuencia de la inclusión de las palabras «o en que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para ello», al final de la primera oración del párrafo 2, el párrafo 2 anterior ha perdido su razón de ser y, por lo tanto, se ha suprimido.

47. La segunda oración del párrafo 2 corresponde a la última oración del párrafo 1 anterior y constituye la segunda excepción a la regla de que los privilegios e inmunidades cesan en el momento en que el correo sale del territorio del Estado receptor. La disposición aprobada en primera lectura establecía que los privilegios e inmunidades del correo *ad hoc* cesaban en el momento en que el correo hubiera entregado la valija a su destinatario, y ello sin ánimo de discriminar al correo *ad hoc*, sino a fin de tener en cuenta el supuesto del correo que, siendo residente del Estado receptor, no debía seguir gozando de privilegios e inmunidades tras haber entregado la valija. A fin de dejar esto bien sentado, el texto se refiere ahora al correo *ad hoc* «que sea residente en el Estado receptor».

48. El párrafo 3 es idéntico al párrafo 3 del texto aprobado en primera lectura, excepto en lo que concierne a la referencia a «los párrafos anteriores», que ha sido sustituida por una referencia al «párrafo 2».

49. El Sr. BENNOUNA pregunta por qué en el párrafo 3 la palabra «inmunidad» figura en singular, mientras que en los párrafos 1 y 2 y en el título del artículo 21 se habla de «privilegios e inmunidades» en plural. En segundo lugar, ¿cuál es la relación exacta entre los párrafos 2 y 3 del artículo? Indudablemente, el correo, así que ha salido del territorio del Estado receptor, no puede realizar más actos en el desempeño de sus funciones.

50. El Sr. McCAFFREY dice que no pretende formular una objeción al artículo 21, sino que sólo desea reiterar la cuestión que había planteado en relación con los artículos 10 y 11 con respecto a la duración de las funciones del correo. Si bien, por supuesto, es imposible enumerar

todos los casos que pueden surgir, sería útil especificar en el comentario que el artículo 21 se aplica a supuestos como, por ejemplo, el del correo que ha entregado una valija pero no ha recogido otra.

51. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que el artículo 21 se inspira en las disposiciones correspondientes de las convenciones de codificación, a saber, el artículo 39 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961; el artículo 53 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963; el artículo 43 de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, y los artículos 38 y 68 de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975. En cuanto a la observación del Sr. McCaffrey, indica que se introducirá en el comentario una explicación relativa a las funciones del correo en el sentido sugerido. En respuesta al Sr. Bennouna, señala que el párrafo 3 está destinado a proteger el correo diplomático respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones. El comentario al artículo aprobado en primera lectura se refiere a esta cuestión con detenimiento<sup>6</sup>.

52. El Sr. KOROMA señala que las funciones del correo diplomático, definidas en el artículo 10, son, en particular, hacerse cargo de la valija diplomática y transportarla y entregarla a su destinatario. A su juicio, el párrafo 3 del artículo 21 tiene que interpretarse en el sentido de que sólo se aplica a las funciones segunda y tercera y no a la primera.

53. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 21.

*Queda aprobado el artículo 21.*

#### ARTÍCULO 22 (Renuncia a las inmunidades)

54. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 22 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

##### *Artículo 22.—Renuncia a las inmunidades*

1. El Estado que envía podrá renunciar a las inmunidades del correo diplomático.

2. La renuncia será en todos los casos expresa y se comunicará por escrito al Estado receptor y al Estado de tránsito.

3. No obstante, si el correo diplomático promueve un proceso, no le será permitido invocar la inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier reconvención directamente ligada a la demanda principal.

4. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de un proceso judicial no se entenderá que implique la renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo o de la decisión, para lo cual será necesaria una nueva renuncia.

5. El Estado que envía, si no renuncia a la inmunidad del correo diplomático con respecto a una acción civil, deberá esforzarse por lograr una solución equitativa de la cuestión.

55. El Comité de Redacción examinó con cierto detenimiento si había que limitar el alcance del artículo 22 a la inmunidad de jurisdicción, llegando a la conclusión de que la decisión de proceder a la renuncia podía hacerse extensiva a inmunidades distintas de las relativas a la jurisdicción; por consiguiente, ha decidido mantener en plu-

ral la palabra «inmunidades». El título y el párrafo 1 del artículo no se han modificado.

56. En el párrafo 2, el Comité de Redacción ha eliminado las palabras «excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo». A su juicio, el supuesto a que se refiere el párrafo 3 no es un supuesto de renuncia *stricto sensu*; en realidad, el artículo 32 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, no presenta ese supuesto como una excepción a la regla de que la renuncia ha de ser en todos los casos expresa. Un segundo cambio introducido por el Comité de Redacción en el párrafo 2 consiste en la adición de las palabras «al Estado receptor y al Estado de tránsito», que tiene por objeto aclarar el texto en consonancia con el párrafo 2 del artículo 45 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. Los demás cambios introducidos en el párrafo 2, que son todos de carácter secundario, conciernen únicamente al texto inglés: se ha insertado el artículo definido al comienzo del párrafo y se ha sustituido la palabra «must» por «shall» por razones de coherencia.

57. Por lo que respecta al párrafo 3, el único cambio consiste en la inclusión al comienzo del párrafo de las palabras «No obstante», a fin de dejar sentado que, aunque el supuesto a que se refiere el párrafo no es, a juicio del Comité de Redacción, un supuesto de renuncia *stricto sensu*, la norma enunciada en ese párrafo tiene, sin embargo, por resultado que el Estado receptor o el Estado de tránsito ejerza su jurisdicción sin que medie renuncia formal.

58. En lo que concierne al párrafo 4, el Comité de Redacción ha considerado que el requisito de una renuncia separada en cuanto a la ejecución debía aplicarse no sólo respecto de las acciones civiles o administrativas, sino también respecto de las acciones penales. Para dar carácter general al texto, ha sustituido las palabras «las acciones civiles o administrativas» por «un proceso judicial» y empleado en el texto francés la expresión «procédure juridictionnelle». Por consiguiente, el Comité ha sustituido la palabra «fallo» por la fórmula más general «del fallo o de la decisión», teniendo en cuenta que en ciertos ordenamientos jurídicos la conclusión de un procedimiento judicial, especialmente un procedimiento administrativo, no se expresa necesariamente mediante un «fallo».

59. El Comité de Redacción ha decidido mantener el párrafo 5 aprobado en primera lectura. Ha llegado a la conclusión de que la posibilidad de que el Estado que envía llegue a una solución —generalmente mediante el pago de una indemnización— cuando no se renuncia a la inmunidad se daría en la mayoría de los casos en el contexto de una acción civil, pero ha estimado que, si esa cuestión se plantease en relación con una acción penal, no había que excluir el recurso al método práctico previsto en el párrafo 5 para llegar a una solución por la negociación. Este punto se desarrollará en el comentario. El Comité ha acordado que, como la solución prevista en el párrafo 5 es a título gracioso, convenía sustituir en el texto inglés la palabra «just» por «equitable», que es el término empleado también en los textos español («equitativa») y francés («équitable»).

60. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar el artículo 22.

*Queda aprobado el artículo 22.*

<sup>6</sup> Véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 47, párrs. 5 y 6 del comentario.



ARTÍCULO 23 (Estatuto del comandante de un buque o una aeronave al que se haya confiado la valija diplomática)

61. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 23 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

*Artículo 23.—Estatuto del comandante de un buque o una aeronave al que se haya confiado la valija diplomática*

1. La valija diplomática podrá ser confiada al comandante de un buque o una aeronave comerciales de línea regular que tenga su destino en un punto de entrada autorizado.

2. El comandante deberá llevar consigo un documento oficial en el que conste el número de bultos que constituyan la valija que se le haya confiado, pero no será considerado como correo diplomático.

3. El Estado receptor permitirá a un miembro de una misión, una oficina consular o una delegación del Estado que envía el libre acceso al buque o la aeronave para tomar posesión de la valija de manos del comandante, o para entregársela, directa y libremente.

62. El Comité de Redacción examinó una propuesta del Relator Especial, basada en las observaciones de los gobiernos, de incluir las palabras «o el miembro autorizado de la tripulación» después de la palabra «comandante» en los párrafos 1, 2 y 3. Aunque algunos miembros opinaron que esa adición permitiría tener en cuenta la práctica seguida en ciertos Estados, la mayoría del Comité de Redacción consideró que el texto aprobado en primera lectura no impedía esa práctica y tenía la ventaja de atribuir la responsabilidad de la valija a una persona fácilmente identificable. Por consiguiente, el Comité ha acordado mantener ese texto, con un pequeño cambio consistente en suprimir en el párrafo 1 las palabras «del Estado que envía, o de una misión, una oficina consular o una delegación de ese Estado», que son redundantes habida cuenta del ámbito de aplicación del proyecto de artículos definido en el artículo 1.

63. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 23.

*Queda aprobado el artículo 23.*

ARTÍCULO 24 (Identificación de la valija diplomática)

64. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 24 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

PARTE III

ESTATUTO DE LA VALIJA DIPLOMÁTICA

*Artículo 24.—Identificación de la valija diplomática*

1. Los bultos que constituyan la valija diplomática deberán llevar signos exteriores visibles indicadores de su carácter.

2. Los bultos que constituyan la valija diplomática, si no van acompañados por un correo diplomático, deberán llevar también indicaciones visibles de su destino y su destinatario.

65. El artículo 24 es el primero de los seis artículos de la parte III del proyecto, relativa al estatuto de la valija diplomática. El artículo es claro y simple y no ha dado pie a observaciones de los gobiernos. El Comité de Redacción lo ha aprobado con sólo un pequeño cambio de estilo en el párrafo 2, en el que se han sustituido las palabras «una indicación visible» por «indicaciones visibles», armonizando así el texto con el del párrafo 1.

66. El Sr. McCaffrey desea reiterar la observación que ya hizo en relación con la parte II del proyecto. Estima

que habría que invertir las posiciones de las partes II y III, puesto que la materia principal del proyecto en su conjunto es la valija diplomática y no el correo diplomático.

67. El Sr. TOMUSCHAT, refiriéndose al debate que tuvo lugar con respecto a la definición de la expresión «valija diplomática» del artículo 3 (véase 2128.ª sesión, párrs. 37 y ss.), dice que el artículo 24, al establecer que la valija diplomática deberá llevar signos exteriores visibles de su carácter, parece dar a entender que, incluso sin tales signos, la valija sigue siendo una valija diplomática. Así pues, se felicita de la inclusión de este artículo que demuestra que su punto de vista es el correcto.

68. El Sr. KOROMA dice que, como los bultos que constituyen la valija diplomática están contenidos dentro de la valija, será necesario abrirla para verificar si los bultos llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter. En su opinión, el artículo 24 no llega a expresar el sentido que quiere dársele.

69. El Sr. BENNOUNA propone que el párrafo 1 diga: «La valija diplomática deberá llevar signos exteriores visibles indicadores de su carácter», y que el párrafo 2 diga: «La valija diplomática, si no va acompañada por un correo diplomático, deberá llevar también indicaciones visibles de su destino y su destinatario».

70. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que las consecuencias prácticas del artículo 24 figuraban debidamente expuestas en el comentario al artículo aprobado en primera lectura<sup>7</sup> y en el comentario al proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas aprobado por la Comisión en 1958<sup>8</sup>, que fue la base para la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961. En cuanto al punto planteado por el Sr. McCaffrey, el orden en que figuran los artículos responde al orden adoptado en el título del tema y aprobado en las resoluciones de la Asamblea General pertinentes. En realidad, la estructura de un instrumento no tiene jurídicamente ninguna significación; la *sedes materiae* de un tratado se encuentra muchas veces en su capítulo cuarto. Lo que importa es el contenido jurídico, no el orden de los capítulos.

71. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 24 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 24.*

ARTÍCULO 25 (Contenido de la valija diplomática)

72. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 25 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

*Artículo 25.—Contenido de la valija diplomática*

1. La valija diplomática sólo podrá contener correspondencia oficial y documentos u objetos destinados exclusivamente al uso oficial.

2. El Estado que envía adoptará las medidas adecuadas para impedir el envío, por su valija diplomática, de objetos distintos de los mencionados en el párrafo 1.

<sup>7</sup> *Ibid.*, págs. 50 y 51.

<sup>8</sup> *Anuario...* 1958, vol. II, págs. 85 y ss., documento A/3859, cap. III.

73. El artículo 25 fue objeto de un amplio debate en primera lectura. Todos los miembros parecen considerar aceptable su enunciado y el Comité de Redacción no recomienda otro cambio que el de poner en plural en el título inglés la palabra «Content».

74. El Sr. AL-BAHARNA dice que el enunciado del párrafo 1, que dice que la valija diplomática «sólo podrá contener» correspondencia oficial, no es bastante categórico. Sería más apropiado decir «sólo contendrá», especialmente si se considera que la rigurosidad del adverbio «sólo» parece estar en total contradicción con la flexibilidad que implica el verbo «podrá».

75. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que el uso del verbo «podrá» tiene por objeto indicar que, sea cual sea la correspondencia, documentos u objetos contenidos en la valija diplomática, deben estar destinados en todos los casos exclusivamente al uso oficial.

76. El Sr. MAHIU señala que ese texto se ha tomado, en particular, de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961.

77. El Sr. McCAFFREY dice que, en inglés, en contextos como el del párrafo 1 del artículo 25 puede utilizarse el término «may» en oposición con «can». El término «can» se refiere a lo que es posible en realidad, mientras que «may» se refiere a lo que es permisible. En el presente caso, el sentido es que está permitido que la valija diplomática contenga diversos objetos diferentes.

78. El Sr. BEESLEY confirma la interpretación del término «may». Su presente uso tiene por objeto impedir que una carta personal, por ejemplo, se incluya en una valija diplomática, privando así a la valija de su estatuto diplomático.

79. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 25 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 25.*

ARTÍCULO 26 (Envío de la valija diplomática por correo o cualquier modo de transporte)

80. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 26 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

*Artículo 26.—Envío de la valija diplomática por correo o cualquier modo de transporte*

Las condiciones por las que se rija el uso del servicio postal o de cualquier modo de transporte, establecidas por las normas internacionales o nacionales pertinentes, se aplicarán al transporte de los bultos que constituyan la valija diplomática de tal manera que se cuente con las máximas facilidades posibles para la expedición de la valija.

81. El artículo 26 reconoce el hecho de que, cuando la conducción de la valija diplomática se efectúa por un determinado modo de transporte, las normas nacionales o internacionales que regulan ese modo de transporte se aplican al transporte de la valija. Así ocurre, en especial, en el caso del servicio postal. La cuestión fue ampliamente debatida en la Comisión. Esta disposición fue en algún momento mucho más detallada, pero la Comisión llegó a la conclusión de que cualesquiera normas específicas enunciadas en el proyecto de artículos no podrían aplicarse sin modificación de las normas generales por las que se regían

los correspondientes modos de transporte. Se estimó que no era posible modificar tales normas —especialmente las normas de la UPU— para conferir a la valija diplomática una categoría especial. El texto del artículo 26 aprobado en primera lectura, por consiguiente, se limitaba a reconocer que el transporte de la valija diplomática por medio del servicio postal o de cualquier modo de transporte estaría sujeto a las condiciones por las que se regía el uso de tal servicio o modo, enunciadas en las normas nacionales e internacionales. Sin embargo, muchos miembros de la Comisión expresaron la opinión de que el artículo debería dar por lo menos una indicación de que la valija diplomática tenía que recibir el mejor trato posible de conformidad con esas normas. A tal efecto, el Relator Especial propuso una modificación del texto del artículo consistente en la adición de las palabras «en las mejores condiciones posibles». El Comité de Redacción ha aceptado ese punto de vista y, profundizando en la propuesta del Relator Especial, recomienda que se agreguen al final del artículo 26 las palabras «de tal manera que se cuente con las máximas facilidades posibles para la expedición de la valija».

82. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 26.

*Queda aprobado el artículo 26.*

ARTÍCULO 27 (Seguridad y rapidez en la expedición de la valija diplomática)

83. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 27 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

*Artículo 27.—Seguridad y rapidez en la expedición de la valija diplomática*

El Estado receptor y el Estado de tránsito procurarán que la expedición de la valija diplomática se efectúe con seguridad y rapidez y, en particular, velarán por que tal expedición no sea indebidamente demorada ni entorpecida por requisitos formales o técnicos.

84. La Comisión, después de examinar propuestas más largas y más detalladas, aprobó en primera lectura un texto muy breve del artículo 27, en el supuesto de que era necesario nada más enunciar, en términos generales, la obligación del Estado receptor y el Estado de tránsito de dar «las facilidades necesarias para que el transporte y la entrega de la valija diplomática se efectúen con seguridad y rapidez». El Comité de Redacción ha estimado que no debía desviarse de esa línea y ha concentrado sus esfuerzos en cambios de redacción encaminados a poner más claramente de relieve los fines de la disposición.

85. Los cambios propuestos son los siguientes: en vez de decir que el Estado receptor y el Estado de tránsito «darán las facilidades necesarias para», el artículo debe establecer que el Estado receptor y el Estado de tránsito «procurarán» que el transporte o la entrega de la valija se efectúen con seguridad y rapidez. Como la obligación tiene carácter general, el Comité de Redacción estima que el término «procurarán» sirve mejor para expresar el contenido de esa obligación que la fórmula «darán las facilidades necesarias», que podría interpretarse que impone una carga excesiva al Estado receptor o al Estado de tránsito. Se han mantenido los requisitos de «con seguridad y rapidez», pero en vez de aplicarlos al «transporte y la entrega» de la valija, se referirán a la «expedición» de la valija. El Comité ha estimado que la sola palabra «expe-

dición» abarca toda una serie de pasos que se efectúan entre la llegada de la valija y su entrega al consignatario, en el caso del Estado receptor, o entre su llegada y salida, en el caso del Estado de tránsito.

86. El Comité de Redacción ha llegado a la conclusión de que, si bien hay que mantener el criterio de la brevedad del artículo, sería útil referirse por lo menos a una de las modalidades por las que debe ejecutarse la obligación de procurar que la expedición de la valija se efectúe con seguridad y rapidez. Por consiguiente, recomienda que se agregue, al final del texto, lo siguiente: «y, en particular, velarán por que tal expedición no sea indebidamente demorada ni entorpecida por requisitos formales o técnicos». Esta adición dejará bien sentado que la obligación general del Estado receptor y el Estado de tránsito implica la obligación más concreta de no aplicar a la valija requisitos formales o técnicos que puedan indebidamente demorar o entorpecer su expedición con seguridad y rapidez.

87. El Comité de Redacción recomienda asimismo que se adopte un nuevo título del artículo, «Seguridad y rapidez en la expedición de la valija diplomática», que describe mejor el contenido de esta disposición que su título anterior: «Facilidades concedidas a la valija diplomática».

88. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar el artículo 27.

*Queda aprobado el artículo 27.*

#### ARTÍCULO 28 (Protección de la valija diplomática)

89. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 28, que dice:

##### *Artículo 28.—Protección de la valija diplomática*

1. La valija diplomática será inviolable dondequiera que se encuentre; no podrá ser abierta ni retenida y estará exenta de inspección, directamente o por medios electrónicos u otros medios técnicos.

2. No obstante, las autoridades competentes del Estado receptor o del Estado de tránsito, si tienen razones fundadas para creer que la valija consular contiene algo que no sea la correspondencia, los documentos o los objetos a que se refiere el artículo 25, podrán pedir que la valija sea abierta, en su presencia, por un representante autorizado del Estado que envía. Si las autoridades del Estado que envía rechazan esta petición, la valija será devuelta a su lugar de origen.

90. El artículo 28 había suscitado diferencias de opinión que eran difíciles de conciliar, como se desprende del hecho de que el texto aprobado en primera lectura contenía varias partes entre corchetes. Para facilitar una solución, el Relator Especial proponía en su octavo informe (A/CN.4/417, párrs. 244 y ss.) tres variantes, basadas en las observaciones escritas de los gobiernos.

91. Con respecto al párrafo 1, las tres variantes proponían la misma solución, esto es, la supresión de los corchetes entre los que se había colocado la formulación de dos principios: que la valija diplomática debe ser inviolable, dondequiera que se encuentre, y que la valija debe estar exenta de inspección, directamente o por medios electrónicos u otros medios técnicos. En ambos casos, las opiniones de los gobiernos concordaban con los criterios expresados por la mayoría de los miembros de la Comisión durante el debate del artículo en primera lectura: la valija debe ser declarada inviolable y no debe estar sujeta a inspección, directamente o por medios electrónicos u otros

medios técnicos. El Comité de Redacción, por consiguiente, ha decidido recomendar la aceptación de la propuesta del Relator Especial de que se supriman los corchetes en el párrafo 1.

92. En cuanto al párrafo 2, la elección ha sido más difícil. La Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, contiene una disposición —el párrafo 3 del artículo 35— que autoriza al Estado a pedir que la valija sea abierta cuando tenga razones fundadas para creer que contiene algo no permitido. Si se rechaza la petición, la valija debe ser devuelta al Estado de origen. Esta disposición no existe en las otras convenciones de codificación. Las tres variantes del párrafo 2 que proponía el Relator Especial reflejaban las tres posibilidades existentes: en primer lugar, eliminar el párrafo, suprimiendo así el régimen especial aplicado a la valija consular. Esto tendría la ventaja de establecer un régimen uniforme aplicable a todas las valijas, pero se apartaría —en lo concerniente a la valija consular— de la Convención de Viena de 1963. La segunda opción era mantener el párrafo, pero limitando su aplicación a la valija consular, lo que no sería contrario a la Convención de Viena de 1963, pero la disposición representaría una desviación con respecto a uno de los fines de los presentes artículos, o sea, el establecimiento de un régimen uniforme para todas las valijas. La tercera opción era hacer extensivo a todas las valijas el trato que ahora se aplica a la valija consular. Esto mantendría la uniformidad del régimen, pero constituiría una desviación de los convenios existentes, en especial la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961.

93. En el Comité de Redacción, algunos miembros eran partidarios de la primera variante: prescindir de la posibilidad de solicitar la apertura y devolución de la valija. Esa posibilidad, argumentaban, era contraria al principio de la inviolabilidad de la valija y, en realidad, autorizaba la creación de un importante obstáculo a la libertad de las comunicaciones oficiales. Otros miembros eran partidarios de la tercera variante: la posibilidad de pedir, en circunstancias especiales, la apertura de la valija y de exigir que sea devuelta si no se acepta la petición. Sostenían que la inviolabilidad de la valija no resultaría afectada, porque la valija se abriría sólo con el consentimiento del Estado que envía. Además, era imposible hacer caso omiso de las denuncias de abusos de la valija diplomática; la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, de 1987, señaló explícitamente a la atención de la Comisión el posible uso indebido de la valija diplomática para el tráfico ilícito de estupefacientes<sup>9</sup>.

94. Como parecía imposible conciliar esos dos puntos de vista, el Comité de Redacción llegó a la conclusión de que la segunda variante —mantener respecto de la valija consular exclusivamente la posibilidad de pedir que sea abierta y que sea devuelta si se rechaza la petición— era la única que podía lograr una aceptación general. Por consiguiente, el párrafo 2 propuesto por el Comité de Redacción es fundamentalmente una reproducción del párrafo 3 del artículo 35 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, aunque se reconocen al Estado de tránsito los mismos derechos que ésta sólo concede al Estado receptor. Esa ampliación ya se había tomado en consideración en el texto aprobado en primera lectura.

<sup>9</sup> Véase *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 98, párr. 437.

95. El Sr. KOROMA sugiere que, en interés de la concordancia con otros artículos, se modifique el título del artículo 28 para que diga «Inviolabilidad de la valija diplomática».

96. El Sr. OGISO dice que hay casos en que la inspección por medios electrónicos u otros medios técnicos, efectuada por acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor cuando hay razones fundadas para sospechar que se ha hurgado la valija diplomática, realmente puede impedir que entren en el país objetos peligrosos transportados en la valija diplomática. Es conveniente, por lo tanto, que se supriman en el párrafo 1 las palabras «directamente o por medios electrónicos u otros medios técnicos». El artículo 28 sería así más flexible y se acrecentarían las posibilidades de impedir abusos de la valija diplomática. Aunque este punto ha sido ampliamente debatido, no ha sido aceptado por la mayoría ni en la Comisión ni en el Comité de Redacción. No pretende reabrir el debate ahora, pero desea hacer hincapié nuevamente en este aspecto.

97. El Sr. FRANCIS dice que no es miembro del Comité de Redacción, pero que, de haberlo sido, durante el examen del párrafo 2 hubiera planteado dos cuestiones. Como la referencia en el párrafo 1 a la «valija diplomática» pretende abarcar también la valija consular, no comprende por qué el párrafo 2 menciona la valija «consular» en vez de la valija «diplomática». También preferiría que, en el párrafo 2, se utilizase el artículo indefinido «una» en vez del definido «la» delante de las palabras «valija consular».

98. El Sr. AL-KHASAWNEH recuerda que, durante el debate del artículo 28 en el Comité de Redacción, propuso que si el Estado que envía atendía la petición del Estado receptor o el Estado de tránsito y se abría la valija, sólo para comprobar que las sospechas del Estado receptor o el Estado de tránsito eran infundadas, el Estado receptor o el Estado de tránsito diera algún tipo de compensación al Estado que envía. Se lograría un equilibrio más justo entre los intereses del Estado receptor y del Estado de tránsito, por una parte, y los del Estado que envía, por otra, y tal medida podía contribuir también a impedir los abusos.

99. Propuso, por consiguiente, que se incluyera un tercer párrafo que dijera:

«3. Si, en los supuestos mencionados en el párrafo 2, el representante del Estado que envía atiende esa petición, pero las sospechas del Estado receptor o del Estado de tránsito resultan infundadas, el Estado receptor o el Estado de tránsito está obligado a dar la reparación debida.»

Esta fórmula se basa en las disposiciones de las convenciones multilaterales sobre el derecho del mar, de 1958, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, en virtud de las cuales los Estados tienen el derecho de comprobar a bordo de un buque si éste participa en el tráfico ilícito de estupefacientes; sin embargo, si las sospechas resultan infundadas, el Estado tiene la obligación de indemnizar. La situación es análoga a la que regula el proyecto de artículo 28. Si se ha dado el consentimiento para el registro, el Estado receptor o el Estado de tránsito no violan ninguna norma y no incurrir en ninguna responsabilidad por hecho ilícito, sino que sólo contraen la obligación de reparar. La propuesta de inclusión de un párrafo adicional fue formulada originalmente en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 1986, por el representante de Filipinas.

100. El Sr. TOMUSCHAT estima que el régimen establecido en el artículo 28 no es en absoluto satisfactorio. Hubiera preferido un régimen unitario para todas las clases de valijas, pero ahora hay dos, uno para la valija diplomática y otro para la valija consular. Las disposiciones del párrafo 2, que se aplican sólo a la valija consular, tendrían que hacerse extensivas a la valija diplomática. La comparación entre el proyecto de artículo 28 y el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, pone de manifiesto que, aunque proporciona una mayor protección, no da al Estado receptor o al Estado de tránsito ningún medio adicional para verificar si sus sospechas son fundadas. Finalmente, el artículo 28 no debe constituir un obstáculo para los controles habituales de seguridad en los aeropuertos.

101. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice, en respuesta a la observación formulada por el Sr. Koroma, que, si bien puede decirse que la inviolabilidad es característica de la valija diplomática, prefiere el título «Protección de la valija diplomática» a «Inviolabilidad de la valija diplomática» por ser más amplio y referirse, por ello, tanto a la petición de apertura de una valija como a las condiciones en que se efectúa esa apertura. Por otra parte, el título de un artículo no es más que una indicación de su contenido y no tiene efectos jurídicos. Espera, por consiguiente, que el Sr. Koroma podrá aceptar el título actual del artículo 28.

102. No puede aceptar la primera observación del Sr. Francis porque, si se eliminara la referencia a la valija consular en el párrafo 2, equivaldría a aceptar la fórmula más amplia que prefieren el Sr. Tomuschat y algunos otros miembros, pero sobre la que no se ha llegado a un consenso en el Comité de Redacción. No cree que haya mucha diferencia si se sustituye el artículo definido por el indefinido delante de la expresión «valija consular», pero quizás los miembros de habla inglesa de la Comisión deseen expresar una opinión a este respecto.

103. En cuanto a la propuesta del Sr. Al-Khasawneh de añadir un tercer párrafo (párr. 99 *supra*), el Comité de Redacción ha tratado en el párrafo 2 de ajustarse a la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, lo más estrictamente posible y, por lo tanto, no ha introducido cambios ni adiciones. La propuesta del Sr. Al-Khasawneh quizá habría podido adoptarse si se hubiera decidido aplicar el mismo sistema a todas las valijas, pero no cree que pueda incorporarse al texto actual del artículo 28.

104. El Sr. ARANGIO-RUIZ comparte la preocupación expresada por el Sr. Ogiso y el Sr. Tomuschat. Considera asimismo que el Sr. Al-Khasawneh ha hecho una propuesta acertada.

105. El Sr. FRANCIS dice que, a su modo de ver, «la» valija consular se refiere a una valija consular concreta; por ejemplo, una valija enviada de Jamaica a Londres, mientras que «una» valija consular significa cualquier valija. No obstante, si los miembros no desean modificar el texto del párrafo 2, no insistirá en su propuesta.

106. Está de acuerdo con las observaciones que ha hecho el Sr. Tomuschat y dice que el párrafo 2 es muy poco satisfactorio y requiere un estudio minucioso. Referirse exclusivamente a la valija consular significa trasladar la posibilidad de abuso de la valija consular a la valija diplomática. Piensa especialmente en el problema de las drogas. ¿Tiene que considerarse intangible la valija diplomática

incluso cuando se utiliza para transportar artículos prohibidos por la ley?

107. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que toda la estructura del párrafo debe estar en función del procedimiento de inspección de la valija consular.

108. El Sr. SOLARI TUDELA dice que la protección de que gozan los Estados en virtud del párrafo 2 con respecto a la valija consular debe hacerse extensiva a la valija diplomática. Hubiera preferido, por consiguiente, que no se incluyera la palabra «consular» en ese párrafo a fin de que la disposición abarcara ambos tipos de valija.

109. El Sr. ROUCOUNAS dice que su preocupación en lo que se refiere al párrafo 2 es que reconoce expresamente que el procedimiento que establece se aplica sólo a la valija consular, mientras que en la práctica de los Estados ese procedimiento se aplica también en el caso de las valijas diplomáticas. La inclusión del párrafo 2 en el artículo 28 no impedirá ciertamente que ese procedimiento se aplique también a la valija diplomática.

110. El Sr. BARSEGOV dice que existe la tradición de que los miembros que han participado en el Comité de Redacción se consideren hasta cierto punto vinculados por las decisiones que éste adopta. Por su parte, se ha mantenido fiel a este principio, cediendo en muchos aspectos en interés de la avenencia. Es sorprendente, por lo tanto, que varios de los miembros que han intervenido en el presente debate, algunos contra el texto aprobado en el Comité de Redacción, sean de hecho miembros de ese Comité. Se pregunta si esto no puede dar lugar a una modificación de los métodos de trabajo de la Comisión en algún momento futuro, cosa que no quisiera que ocurriese.

111. El artículo 28 es una disposición esencial que no ha sido fácil de lograr. Personalmente, es partidario de unificar los regímenes jurídicos que rigen la valija diplomática y la valija consular aunque, por supuesto, dando a la valija consular el estatuto de valija diplomática y no a la inversa. Está dispuesto a aceptar que la Comisión se limite a aprobar el párrafo 1, suprimiendo el párrafo 2, pero la propuesta de hacer extensivos los efectos del párrafo 2 al párrafo 1 le resulta totalmente inaceptable, por diversas razones. En primer lugar, no estaría en consonancia con la opinión de la abrumadora mayoría de los miembros de la Comisión y de los gobiernos que han expresado sus criterios en esta materia y que no pueden ser pasados por alto. En segundo lugar, la propuesta implicaría un cambio en una convención que está en vigor y, como juristas, los miembros de la Comisión deben saber que una convención puede ser modificada, por supuesto, pero sólo por las partes en ella. Por último, los términos empleados en los párrafos 1 y 2 son totalmente claros y sería erróneo atribuirles una interpretación arbitraria que se apartara de esos términos.

112. El Sr. AL-BAHARNA considera que el régimen establecido en el párrafo 2 debería aplicarse también al párrafo 1, pero, como miembro del Comité de Redacción, él también se siente obligado a aceptar el artículo 28 en su forma actual, especialmente en vista de que ha recibido un amplio apoyo.

113. El Sr. FRANCIS reitera que su principal preocupación es el problema de las drogas. Es menester que la Comisión se enfrente decididamente con ese problema.

114. El Sr. KOROMA dice que todos los miembros de la Comisión estarán sin duda de acuerdo con el Sr. Francis acerca de la necesidad de lograr que la valija diplomática no sea utilizada por traficantes de drogas. Sin embargo, el artículo 28 constituye una transacción y debe ser aceptado como tal. Por otra parte, el párrafo 2 del artículo 25, que dispone que los Estados adopten «las medidas adecuadas para impedir el envío, por su valija diplomática, de objetos» —incluidas las drogas— «distintos de los mencionados en el párrafo 1», constituye una garantía suplementaria. En cualquier caso, no cree que pueda decirse que la mayor parte del tráfico de drogas se efectúa por medio de la valija diplomática.

115. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que la observación del Sr. Ogiso puede mencionarse en el comentario, pero que hay que señalar que los Estados pueden, en virtud de acuerdos bilaterales y de conformidad con los principios de la equidad y la reciprocidad, libremente introducir el régimen que deseen. Al mismo tiempo, la mayoría de los gobiernos que han expresado su opinión a este respecto se han mostrado partidarios de la inviolabilidad prácticamente absoluta de la valija diplomática.

116. Si se incluyera un artículo indefinido delante de las palabras «valija consular», en el párrafo 2, como ha propuesto el Sr. Francis, podría pensarse que se daba a entender que cualquier valija consular puede ser abierta automáticamente y no, como es el caso, sólo las valijas consideradas sospechosas.

117. Con respecto a la otra observación, más importante, del Sr. Francis, ha examinado las actas y documentos de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indevido y el Tráfico Ilícito de Drogas, de 1987, y no ha encontrado ninguna recomendación dirigida a las Naciones Unidas aparte de la que figura en el párrafo 248 del Plan Amplio y Multidisciplinario de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas aprobado por la Conferencia, en el que ésta señalaba a la atención de la Comisión «la posibilidad de que se utilice indebidamente la valija diplomática para el tráfico ilícito de estupefacientes, a fin de que la Comisión estudie esa cuestión bajo el tema relacionado con el estatuto de la valija diplomática»<sup>10</sup>. La Conferencia aprobó además una Declaración por la que pedía al Secretario General de las Naciones Unidas que mantuviera en examen constante las actividades mencionadas en la Declaración y en el Plan Amplio y Multidisciplinario<sup>11</sup>. En el párrafo 8 de la resolución 42/112 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1987, sobre la Conferencia Internacional sobre el Uso Indevido y el Tráfico Ilícito de Drogas, se pedía al Secretario General que presentase a la Asamblea, en su cuadragésimo tercer período de sesiones, un informe sobre la aplicación de esa resolución.

118. Aunque hay buenas razones para estudiar más a fondo la cuestión planteada por el Sr. Al-Khasawneh, es necesario obrar con cautela. Sólo si la valija se retrasa en forma indebida o si se produce algún otro daño se plantea la cuestión de la responsabilidad. A este respecto, remite a los miembros al artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, relativo a la protección del medio marino, según el cual no se incurre en responsabilidad en relación con el ejercicio

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, párr. 438.

de un derecho legítimo, así como al párrafo 3 del artículo 35 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, según el cual es legítimo pedir que se abra la valija y devolverla en caso de que se rechace esa petición. Si la Comisión puede llegar a un acuerdo en ese sentido, la cuestión puede ampliarse en el comentario.

119. El Sr. EIRIKSSON recuerda que, en el período de sesiones anterior, propuso un texto enmendado para el párrafo 1 del artículo 28<sup>12</sup>. Sin embargo, no fue aceptado.

120. Como cuestión de redacción, la fórmula «correspondence, and documents or articles, referred to in article 25», en los textos francés e inglés del párrafo 2, debe ponerse en consonancia con la disposición correspondiente de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. Sólo el texto español se ajusta totalmente en este punto a dicha Convención.

121. El Sr. YANKOV (Relator Especial) informa a la Comisión de que la cuestión se debatió en primera lectura y que, aunque el texto presentado a la Comisión no se ajusta estrictamente a la Convención de Viena de 1963, constituye una mejora.

122. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 28 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 28.*

123. El Sr. FRANCIS expresa el deseo de formular una reserva con respecto al párrafo 2 del artículo 28. En realidad, si se le hubiera informado anteriormente de los hechos que ha mencionado el Relator Especial, habría adoptado una postura aún más firme y posiblemente hubiera propuesto una enmienda. Su principal preocupación, por supuesto, es ampliar la aplicación del párrafo 2 para que se aplique a las valijas diplomáticas en general.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 99, párr. 448.

## 2131.ª SESIÓN

*Miércoles 5 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (*continuación*) [A/CN.4/409 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/417<sup>2</sup>, A/CN.4/420<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. E, A/CN.4/L.432, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.1]

[Tema 4 del programa]

#### PROYECTO DE ARTÍCULOS PROPUESTO POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN SEGUNDA LECTURA<sup>4</sup> (*continuación*)

#### ARTÍCULO 28 (Protección de la valija diplomática)<sup>5</sup> (*conclusión*)

1. El Sr. OGISO, aunque no ignora que la Comisión aprobó el artículo 28 en la sesión anterior, desea volver a ese texto para recordar que había formulado una reserva al respecto a causa del mantenimiento, al final del párrafo 1, de las palabras «directamente o por medios electrónicos u otros medios técnicos», cuya supresión había solicitado. El Relator Especial puntualizó, en relación con esta cuestión, que el artículo 6 (No discriminación y reciprocidad) permitía a los Estados establecer de común acuerdo procedimientos diferentes, y en particular procedimientos cuyo efecto sería el mismo que el que se conseguiría con la supresión de las palabras en cuestión. Cabe suponer que el Relator Especial hacía alusión así al apartado *b* del párrafo 2 del artículo 6, que por su parte interpreta —quizás equivocadamente— en el sentido de que un Estado puede conceder a otro Estado, por costumbre o acuerdo, un trato más favorable, pero no un trato más restrictivo. A este respecto, desearía que se le aclarasen dos cuestiones.

2. En primer lugar, suponiendo que un Estado A proponga a un Estado B un procedimiento que permita el examen de la valija diplomática por medios electrónicos u otros medios técnicos, ¿podrá eso interpretarse como un trato más favorable para el Estado A? Aun cuando la respuesta sea afirmativa, sin embargo, cabe que ese trato no sea más favorable para el Estado B, y, por lo tanto, el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 6, que sólo admite un trato más favorable, no se aplicaría. En segundo lugar, no está seguro tampoco de que ese apartado *b* sea aplicable si dos Estados deciden de común acuerdo no aplicar determinadas disposiciones, o, en este caso, si deciden, por costumbre o acuerdo, proceder al examen de sus valijas diplomáticas respectivas por medios electrónicos u otros medios técnicos. Tiene entendido que el artículo 6 se inspira en el artículo 47 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, y cita a este respecto los párrafos 3 y 4 del comentario relativo a la disposición correspondiente (a la sazón artículo 44, sobre la no discriminación) en el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas aprobado por la Comisión en su décimo período de sesiones en 1958, que fue la base para esa Con-

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> El proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura se reproduce en *Anuario...* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 25 y ss. Para los comentarios, *ibid.*, pág. 25, nota 72.

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2130.ª sesión, párr. 89.

vención<sup>6</sup>. A su juicio, aplicar la regla de la reciprocidad significa fundamentalmente y sobre todo atenerse a la propia disposición de que se trata. Por otra parte, si bien el artículo 47 de la Convención de Viena de 1961 se presta a varias interpretaciones, la interpretación más general es, sin embargo, que un trato más favorable puede concederse por acuerdo, o un trato más restrictivo por razón de reciprocidad. Esta interpretación general es válida también en lo que concierne al artículo 6 del presente proyecto. Ahora bien, las explicaciones sobre el artículo 28 que dio el Relator Especial en la sesión anterior son mucho más liberales de lo que esperaba el orador.

3. El Sr. YANKOV (Relator Especial) agradece al Sr. Ogiso que le haya dado una nueva ocasión de aclarar la relación recíproca entre los principios de la no discriminación y la reciprocidad y las diversas obligaciones establecidas en el proyecto de artículos. El principio de reciprocidad actúa de dos maneras: bien de manera restrictiva, en la interpretación y la aplicación de las disposiciones, bien de manera positiva, cuando unos Estados acuerdan otorgarse mutuamente un trato más favorable. Por ejemplo, de la abundante práctica de los Estados en materia de relaciones consulares se desprende que el régimen aplicado a la valija consular no es el del párrafo 3 del artículo 35 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, sino el del artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, gracias a lo cual la valija consular se beneficia de la inviolabilidad absoluta, es decir, de un trato más favorable que el previsto en la Convención de Viena de 1963. Esto confirma que los Estados son libres, por acuerdo y en régimen de reciprocidad, de adoptar no el régimen establecido, sino el que les conviene.

4. Es cierto, por otro lado, que los apartados *a* y *b* del párrafo 2 del artículo 6 permiten a los Estados aplicar en sus relaciones mutuas un régimen, sea más restrictivo, sea más favorable, que el régimen establecido en el proyecto de artículos, y que declarar la valija diplomática exenta de inspección por medios electrónicos u otros medios técnicos significa que se le concede un trato más favorable que si estuviera sujeta a tal inspección. Pero los Estados, explícitamente por acuerdo o implícitamente por costumbre, podrán eximirse recíprocamente de ese tipo de inspección, aunque sea ésta precisamente la regla general prevista en el párrafo 1 del artículo 28 para los supuestos normales. Por eso, no advierte ninguna contradicción entre las disposiciones del artículo 47 de la Convención de Viena de 1961 o las disposiciones correspondientes de la Convención de Viena de 1963 y, por ejemplo, la práctica de los Estados que concede a la valija consular un trato más favorable que el previsto en la Convención de 1963.

5. A la inversa, el trato puede ser más restrictivo, y la práctica de los Estados demuestra también que la valija diplomática a veces está sujeta por acuerdo al régimen de la valija consular establecido en el párrafo 3 del artículo 35 de la Convención de Viena de 1963.

6. Tanto en un caso como en el otro, la Comisión debe tener en cuenta la manera como los Estados interpretan el principio de la reciprocidad en relación con las disposiciones de los instrumentos existentes.

ARTÍCULO 29 (Exención de derechos de aduana e impuestos)

7. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 29 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

*Artículo 29.—Exención de derechos de aduana e impuestos*

El Estado receptor y el Estado de tránsito, con arreglo a las leyes y reglamentos que expidan, permitirán la entrada, el tránsito y la salida de la valija diplomática y concederán la exención de los derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos.

8. El Comité de Redacción ha introducido una sola modificación importante en el texto aprobado en primera lectura: ha suprimido la referencia a «todos los impuestos nacionales, regionales o municipales» a fin de dejar más claro que las exenciones previstas sólo conciernen a los derechos, impuestos y gravámenes que pueden recaer en la valija diplomática a su entrada en el país. Por otra parte, el Comité ha enmendado el texto inglés para poner claramente de manifiesto que la autorización de entrada, de tránsito y de salida de la valija y la exención de los derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos están sujetas a las leyes y reglamentos del Estado receptor o el Estado de tránsito.

9. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 29.

*Queda aprobado el artículo 29.*

ARTÍCULO 30 (Medidas de protección en caso de fuerza mayor u otras circunstancias excepcionales)

10. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 30 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

PARTE IV

DISPOSICIONES DIVERSAS

*Artículo 30.—Medidas de protección en caso de fuerza mayor u otras circunstancias excepcionales*

1. Si, por causa de fuerza mayor u otras circunstancias excepcionales, el correo diplomático o el comandante de un buque o una aeronave en servicio comercial al que se haya confiado la valija, o cualquier otro miembro de la tripulación, no puede seguir encargándose de la custodia de la valija, el Estado receptor y el Estado de tránsito informarán al Estado que envía de la situación y adoptarán las medidas adecuadas para garantizar la integridad y seguridad de la valija hasta que las autoridades del Estado que envía vuelvan a tomar posesión de ella.

2. Si, por causa de fuerza mayor u otras circunstancias excepcionales, el correo diplomático o la valija diplomática no acompañada se encuentra en el territorio de un Estado que no había sido previsto inicialmente como Estado de tránsito, ese Estado, si tiene conocimiento de la situación, concederá al correo y la valija la protección que establecen los presentes artículos y, en particular, les dará facilidades para que puedan salir con rapidez y seguridad de su territorio.

11. En caso de fuerza mayor u otras circunstancias excepcionales, se dan dos situaciones que exigen la concesión de una protección especial a la valija, o al correo y la valija. La primera, a que se refiere el párrafo 1, es aquella en que el correo o el comandante de un buque o una aeronave en servicio comercial al que se haya confiado la valija no puede seguir encargándose de su custodia y la deja, por lo tanto, sin protección, aunque, para no imponer obligaciones inútiles al Estado receptor y al Estado de tránsito, se establece que la valija no se considera sin

<sup>6</sup> Véase *Anuario... 1958*, vol. II, págs. 85 y ss., documento A/3859, cap. III.



protección cuando se halla bajo la custodia de un miembro de la tripulación del buque o de la aeronave en servicio comercial. El Estado receptor y el Estado de tránsito tienen, en ese supuesto, dos obligaciones: i) informar al Estado que envía de la situación; ii) adoptar las medidas adecuadas para garantizar la integridad y seguridad de la valija hasta que las autoridades del Estado que envía vuelvan a tomar posesión de ella.

12. El Comité de Redacción ha introducido, esencialmente para una mayor claridad, algunas modificaciones en el enunciado de esas dos obligaciones. En primer lugar, en vez de decir que el Estado receptor y el Estado de tránsito «adoptarán las medidas adecuadas para comunicarlo al Estado que envía», se dice simplemente que el Estado receptor y el Estado de tránsito «informarán al Estado que envía de la situación», pues se ha considerado que las palabras «adoptarán las medidas adecuadas» eran superfluas. En segundo lugar, en el texto inglés se han sustituido las palabras «to ensure» por «with a view to ensuring», a fin de indicar que la obligación del Estado receptor y del Estado de tránsito de garantizar la integridad y seguridad de la valija es una obligación que tiene cierta flexibilidad, ya que puede ocurrir que en este género de circunstancias el Estado receptor o el Estado de tránsito no esté en condiciones de cumplirla efectivamente. En tercer lugar, también en el texto inglés, se ha sustituido la expresión «take re-possession» por «recover possession». En cuarto lugar, se ha suprimido, como en otros lugares del texto, la expresión «en su caso».

13. La segunda situación, a la que se refiere el párrafo 2, es aquella en que el correo y la valija, o la valija no acompañada, se encuentran en el territorio de un Estado que no había sido previsto inicialmente como Estado de tránsito. En este supuesto, ese Estado, si tiene conocimiento de la situación, está obligado a conceder al correo y la valija la protección que establecen los presentes artículos y, en particular, darles facilidades para que puedan salir con rapidez y seguridad de su territorio.

14. También para una mayor claridad, el Comité de Redacción ha introducido ciertas modificaciones en el texto aprobado en primera lectura. En primer lugar, además de la fuerza mayor, se tienen en cuenta otras «circunstancias excepcionales», como en el párrafo 1. En segundo lugar, se ha sustituido en el párrafo 2 «el correo diplomático o la valija diplomática» por «el correo diplomático o la valija diplomática no acompañada». En tercer lugar, el Comité de Redacción ha decidido indicar expresamente que las obligaciones que incumben al Estado sólo nacen si ese Estado «tiene conocimiento de la situación». En cuarto lugar, ha precisado el contenido de las obligaciones que incumben a dicho Estado añadiendo las palabras «que establecen los presentes artículos», después de la palabra «protección» y sustituyendo las palabras «y le dará las facilidades necesarias para que puedan salir del territorio» por «y, en particular, les dará facilidades para que puedan salir con rapidez y seguridad de su territorio».

15. Por último, en el texto español hay que sustituir en el párrafo 1 las palabras «al que» por «a quien» y, al final del mismo párrafo, las palabras «vuelvan a tomar posesión de ella» por «la recuperen».

16. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 30.

*Queda aprobado el artículo 30.*

ARTÍCULO 31 (No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares)

17. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 31, que dice:

*Artículo 31.—No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares*

El Estado en cuyo territorio una organización internacional tenga su sede o una oficina, o se celebre una reunión de un órgano o una conferencia internacionales, dará al correo diplomático y a la valija diplomática del Estado que envía proveniente de su misión o delegación o con destino a ella las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden en virtud de los presentes artículos, no obstante el no reconocimiento de uno de esos Estados o de su gobierno por el otro Estado o la inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares entre ellos.

18. El hecho de que dos Estados no se reconozcan mutuamente o no mantengan relaciones diplomáticas o consulares no impide que uno de esos Estados pueda tener una misión o una delegación en el territorio del otro si una organización tiene en éste su sede o una oficina o si se celebra en él una conferencia. En tal caso, se aplicará la relación Estado que envía-Estado receptor que se define en los presentes artículos.

19. El Comité de Redacción opina que el enunciado del artículo 31 que propone pone claramente de relieve el fin de sus disposiciones. Ya no puede interpretarse en el sentido de que dos Estados están obligados a aplicar los presentes artículos aunque no se reconozcan mutuamente o no mantengan relaciones diplomáticas o consulares, interpretación que, por ilógica que sea, era sin embargo posible. Ahora se indica claramente que el no reconocimiento o la inexistencia de relaciones no exime al Estado en cuyo territorio tiene su sede una oficina o una organización internacional, o en cuyo territorio se celebra una conferencia internacional, de la obligación de comportarse como Estado receptor con respecto a todo Estado que tenga una misión ante la organización o una delegación en la conferencia. Sin embargo, esta obligación no concierne más que a los correos y las valijas que el Estado que envía expide a su misión o delegación o recibe de ésta. Es lo que aclara la fórmula «al correo diplomático y a la valija diplomática del Estado que envía proveniente de su misión o delegación o con destino a ella».

20. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo 31.

*Queda aprobado el artículo 31.*

ARTÍCULO 32 (Relación entre los presentes artículos y otros acuerdos y convenciones)

21. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 32 propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

*Artículo 32.—Relación entre los presentes artículos y otros acuerdos y convenciones*

1. Los presentes artículos completarán, en las relaciones entre las partes en ellos y en las convenciones mencionadas en los números 1 y 2 del párrafo 1 del artículo 3, las normas relativas al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática contenidas en esas convenciones.

2. Las disposiciones de los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de otros acuerdos internacionales en vigor en las relaciones entre las partes en tales acuerdos.

3. Ninguna disposición de los presentes artículos impedirá que las partes celebren acuerdos internacionales concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, con tal que esos acuerdos no den lugar a discriminación en el sentido del artículo 6.

22. Recuerda que algunos gobiernos habían considerado que el texto aprobado en primera lectura adolecía de falta de claridad y que el texto revisado que el Relator Especial presentó en el período de sesiones anterior tampoco había satisfecho a los miembros de la Comisión. Por consiguiente, el Comité de Redacción ha estimado deseable ir más lejos en el camino que había tomado el Relator Especial en su octavo informe (véase A/CN.4/417, párr. 274) y ha decidido referirse en tres párrafos distintos a tres categorías de acuerdos, es decir: i) las convenciones sobre derecho diplomático y consular a que se refiere el artículo 3 del proyecto; ii) los otros acuerdos internacionales en vigor entre las partes; iii) los acuerdos que puedan celebrarse en el futuro.

23. El párrafo 1 versa sobre la relación entre los presentes artículos y las convenciones de codificación a que se refiere el artículo 3. El verbo «completarán» indica que el proyecto de artículos desarrolla las disposiciones de esas convenciones y no trata de modificarlas, cosa que sólo podrían hacer los Estados que son parte en ellas. Este punto se precisará en el comentario. A fin de ponerlo de relieve lo más claramente posible en el texto del artículo, el Comité de Redacción ha decidido referirse a las «normas... contenidas» en esas tres convenciones y no a sus disposiciones. Además, ha decidido colocar al comienzo del enunciado las palabras «en las relaciones entre las partes en ellos y en las convenciones mencionadas en los números 1 y 2 del párrafo 1 del artículo 3», a fin de que el carácter complementario atribuido a los artículos sólo surta efecto cuando los Estados de que se trate sean parte en las convenciones a que se refiere el artículo 3.

24. El párrafo 2 recoge el texto del párrafo 1 del artículo 73 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, salvo en lo que se refiere a las palabras «no afectarán a», que han sido sustituidas por «se entenderán sin perjuicio de», como en el artículo 4 de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975. A juicio del Comité de Redacción, las palabras «se entenderán sin perjuicio de» tienen la ventaja de dejar a los Estados partes en acuerdos distintos de los mencionados en el artículo 3 del proyecto cierto margen de libertad en cuanto a los efectos de los presentes artículos en sus relaciones mutuas.

25. El párrafo 3, que se inspira en el artículo 4 de la Convención de Viena de 1975, reconoce el derecho soberano de los Estados a celebrar acuerdos internacionales en la esfera regulada por los presentes artículos, a condición de que esos acuerdos no den lugar a discriminación en el sentido del artículo 10.

26. El Sr. YANKOV (Relator Especial) opina que habría que contentarse, en el párrafo 1, con mencionar el número 1 del párrafo 1 del artículo 3, puesto que las mismas convenciones se mencionan en el número 6 del párrafo 1 de dicho artículo y, si se hace referencia al número 2, también habrá que mencionar ese otro apartado. Así pues, propone que, por razones de lógica y brevedad, se suprima la referencia al número 2.

27. El Sr. ILLUECA recuerda que en el curso del debate celebrado en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General se hizo observar que el artículo 32 no era plenamente conforme a las disposiciones del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, en especial en lo que concierne a la aplicación de la doctrina de la *lex posterior* o *lex specialis*. Además, el verbo «completarán», si bien puede definir la relación entre normas compatibles, no es el apropiado para definir la relación entre normas de diferente tenor. Teniendo en cuenta el enunciado del párrafo 2 del artículo 73 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, y del debate que tuvo lugar en la Sexta Comisión, propone que se modifique el comienzo del párrafo 1 del artículo 32 de la manera siguiente: «Los presentes artículos confirman, completan o amplían...». En cuanto al título del artículo, preferiría que dijese «Relación entre los presentes artículos y otros acuerdos internacionales».

28. El Sr. EIRIKSSON aprueba la sugerencia del Relator Especial relativa al párrafo 1, pero preferiría también que, para más claridad, se designaran expresamente las convenciones de que se trata, utilizando la conjunción «o»; el texto actual podría dar la impresión de que se refiere a los Estados que son partes en los artículos y en todas esas convenciones.

29. En cuanto al fondo, el artículo 32 tiene un carácter jurídico muy marcado que exige una redacción escrupulosa. Sin embargo, el párrafo 1 no es muy claro en lo que se refiere a la relación entre los presentes artículos y las convenciones de que se trata, sean cuales sean las precisiones que se den en el comentario. Es preciso señalar en particular que, aunque falte ese párrafo, el régimen establecido en los presentes artículos se aplicará a las valijas de las misiones de los Estados, sean o no partes en la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975; el párrafo 1 no hace más que poner en duda este punto. En realidad, si la Comisión no tiene la intención de definir de manera definitiva la relación jurídica entre los presentes artículos y las convenciones de que se trata, el párrafo 1 es innecesario.

30. En lo que concierne al párrafo 2, opina que es superfluo incluir las palabras «en vigor en las relaciones entre las partes en tales acuerdos», tomadas del texto de las convenciones en que se inspira el proyecto; por otra parte, no ha comprendido nunca cuál podría ser su utilidad en esas convenciones.

31. Por lo que hace a la cláusula de reserva que figura al final del párrafo 3, no alcanza a imaginar en qué caso un acuerdo podría producir el resultado que esa cláusula trata de evitar. Sería preciso para ello que dos o tres Estados partes conviniesen en otorgarse recíprocamente un trato menos favorable del que pudieran quejarse terceros Estados; ahora bien, por definición, los terceros Estados no resultarían afectados por tal trato.

32. El Sr. McCAFFREY opina también que el párrafo 1 no está claro. En el Comité de Redacción se propuso que, si se creía efectivamente que en caso de incompatibilidad entre los presentes artículos y las disposiciones de las convenciones mencionadas debían prevalecer los presentes artículos, se sustituyese el verbo «completarán» por «prevalecerán... sobre». Si se cree lo contrario, conviene decir que son las disposiciones de esas convenciones las

que prevalecen y si, como se ha dicho en el Comité de Redacción, no hay incompatibilidad posible entre las disposiciones de unos y las de las otras, el párrafo 1 no es necesario. El término «completarán», que a su juicio implica una adición, induce a pensar que podría haber incompatibilidades o cierta incoherencia. Con todo, no se opondrá a que se apruebe el artículo 32.

33. El Sr. CALERO RODRÍGUES (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que el Sr. Eiriksson y el Sr. McCaffrey han participado en los trabajos del Comité de Redacción y que se ha tomado en consideración su punto de vista. Sin embargo, la mayoría de los miembros del Comité han decidido conservar el párrafo 1. El verbo «completarán» ha sido objeto de largos debates en el Comité. Añadir los verbos «confirmar» y «ampliar», como sugiere el Sr. Illueca, sería añadir mucho; en el texto actual, el párrafo 1 significa que, si los artículos del futuro instrumento completan las disposiciones de las convenciones mencionadas, serán aplicables, pero que, en caso contrario, no lo serán.

34. El Sr. YANKOV (Relator Especial), en respuesta al Sr. Illueca, recuerda que el artículo inicialmente propuesto se basaba en el artículo 73 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, y en el apartado a del artículo 4 de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975. La Comisión, después de examinar el artículo en primera lectura, concluyó que era preferible un enunciado más simple. Así pues, el Relator Especial propuso un texto muy sencillo, del que deriva el texto actual. Añade que desde el principio el objeto del proyecto de artículos ha sido precisamente completar las diversas convenciones de codificación en lo relativo a la valija diplomática y el correo diplomático, porque esas convenciones presentan lagunas en ciertos aspectos, por ejemplo, con respecto a la valija no acompañada, la valija expedida por correo o el estatuto del correo y de la valija.

35. En lo que se refiere al verbo «completarán» en el párrafo 1, el Relator Especial dice que había propuesto en inglés el término «complement», pero que el Comité de Redacción prefirió «supplement». En cuanto a la propuesta del Sr. McCaffrey, de sustituir «completarán» por «prevalecerán... sobre», personalmente está de acuerdo, ya que los presentes artículos prevalecerán efectivamente, pero, en este caso también, el Comité de Redacción ha llegado a un acuerdo sobre el término «completarán».

36. En cuanto a la observación del Sr. Eiriksson relativa a la cláusula de reserva del párrafo 3, el Relator Especial, a diferencia del Sr. Eiriksson, puede imaginar casos en que esa cláusula sería útil; por ejemplo, unos Estados pueden celebrar entre ellos acuerdos que afecten a Estados de tránsito. Conviene, además, fijar ciertos límites al poder discrecional de los Estados de celebrar acuerdos en esta esfera, ya que la práctica de los Estados muchas veces es innovadora.

37. El Sr. REUTER dice que el problema del artículo 32 es el mismo que el que se planteó con ocasión de la elaboración de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986, a saber, que se trata de «codificar la codificación». Cabe que el texto actual adolezca, en ciertos aspectos, de falta de lógica, pero también presenta innegables ventajas prácticas. El Sr. Reuter lo apoya sin reservas y subraya que

no hay nada que decir del trabajo del Relator Especial y del Comité de Redacción sobre este punto.

38. Por lo que respecta a las observaciones que ha formulado el Sr. Ogiso en relación con el artículo 6, la cuestión es qué se entiende por «trato más favorable» en el apartado b del párrafo 2 de ese artículo. ¿Quiere decirse más favorable para la integridad de la valija o más favorable para su lealtad? El Relator Especial ha hecho observar que la práctica de los Estados favorece unas veces la integridad, en cuyo caso consagra la inviolabilidad absoluta de la valija consular, y otras veces la lealtad. La expresión «trato más favorable», empleada en el artículo 6, no es rigurosamente precisa sobre este punto, pero hay que felicitarse de ello.

39. El Sr. KOROMA dice que, si hubiera estado presente en el Comité de Redacción cuando se examinó la cuestión, habría defendido el empleo en el texto inglés del término «complement». La palabra «supplement» en el párrafo 1 induce a pensar que las principales normas de fondo en esta materia se encuentran en otras convenciones. Si se considera que los presentes artículos tienen carácter autónomo, es más exacto decir «complement». Además, el texto español dice «completarán» y el texto francés «complètent».

40. El Sr. BENNOUNA recuerda que ya expresó su opinión sobre el artículo 32 en el período de sesiones anterior y afirma que no pondrá en tela de juicio la solución de transacción aprobada. No obstante, desea reafirmar su punto de vista.

41. A su juicio, cuando la Asamblea General confía a la Comisión determinada materia, le da al mismo tiempo plena competencia para codificar y, en su caso, desarrollar el derecho correspondiente. Algunos miembros de la Comisión han dicho que ésta no podía revisar las convenciones anteriores. Esto es cuando menos discutible. No hay duda de que el estatuto de la Comisión obliga a ésta a tener en cuenta el derecho existente. Pero no por eso está sujeta a los instrumentos anteriores que sólo regulan parcialmente el tema de que se ocupa. De lo contrario, se corre el riesgo de encontrarse en la situación en que hoy se encuentra la Comisión, es decir, en que el texto que está elaborando tendrá que ser interpretado teniendo en cuenta las convenciones sobre las relaciones diplomáticas y consulares y, por consiguiente, partiendo de la hipótesis de que no hay contradicción posible entre las convenciones mencionadas en el artículo 3 del proyecto y el proyecto mismo. Ahora bien, esto es una suposición que nada permite mostrar que esté fundada. En resumen, la Comisión considera conveniente traspasar el problema a los Estados mismos y a los terceros que deban interpretar su texto, manera de proceder que sin duda aconseja la prudencia política pero que es contraria al rigor jurídico. Si se trataba únicamente de completar las convenciones existentes, algunas disposiciones suplementarias habrían sido suficientes. Pero no se trata de eso, puesto que la Comisión ha retomado el tema desde el principio y ha tratado de elaborar un instrumento exhaustivo. El verbo «completarán», que figura en el párrafo 1 del artículo 32, no es conveniente, pues, y sin duda planteará problemas en el futuro. Mejor hubiera sido tener en cuenta la sucesión en el tiempo de los diversos instrumentos, contando con que difícilmente un Estado invocará una convención anterior para impugnar lo que figura en el instrumento completo, de elaboración más reciente.

42. Así pues, está dispuesto a aceptar el artículo 32 propuesto por el Comité de Redacción, porque desde el punto de vista político, preserva el futuro del proyecto. Sin embargo, mantiene sus reservas desde el punto de vista técnico.

43. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) explica que el término inglés «supplement» ha parecido en el Comité de Redacción que constituía la mejor transacción posible, pero conviene en que existe un problema terminológico en los textos español y francés, respecto de los cuales cabe preguntarse si las palabras «completarán» y «complètent» expresan la misma idea.

44. En respuesta al Sr. Eiriksson, que desearía que se enumerasen en el artículo 32 las convenciones de codificación mencionadas en el artículo 3, dice que el Comité de Redacción no ha estimado útil apartarse del uso normal consistente en utilizar la remisión.

45. El Sr. MAHIOU señala que es a causa de su flexibilidad que la disposición del párrafo 1 planteará problemas de interpretación. En caso de conflicto entre los presentes artículos y las convenciones de codificación existentes, la solución no se encontrará en esa disposición, sino en el párrafo 3 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, que enuncia las reglas de prelación de los tratados sucesivos, de suerte que el problema técnico que inquieta al Sr. Bennouna no es jurídicamente insuperable.

46. El Sr. FRANCIS estima que el párrafo 1 se presta a interpretaciones divergentes y, aunque está dispuesto a aceptarlo en la forma propuesta por el Comité de Redacción, desea que la Comisión se dé un nuevo plazo de reflexión. La Comisión podría volver a ese texto después de haber concluido el examen de la totalidad del proyecto, cuando tenga una visión completa del texto.

47. El Sr. EIRIKSSON considera poco afortunada la formulación del párrafo 3, que podría interpretarse en el sentido de que los Estados no pueden celebrar ningún acuerdo que exceda del ámbito de aplicación de los presentes artículos. Desde este punto de vista, esta cláusula es demasiado estricta. Cabe imaginar, en efecto, una situación muy simple que constituiría una situación de discriminación en el sentido del artículo 6: el Estado A y el Estado B, los dos partes en la futura convención, se ponen de acuerdo para aplicar en sus relaciones mutuas un régimen de inspección de la valija más estricto que el establecido en la convención. Como ese régimen será menos favorable, habrá infracción del párrafo 3, y sin embargo ningún tercer Estado tendría motivos para quejarse. Propone, por lo tanto, que se reflexione aún más sobre la fórmula «con tal que esos acuerdos no den lugar a discriminación en el sentido del artículo 6», que complica la situación y que, por otra parte, no figura en la disposición correspondiente de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963 (art. 73).

48. El Sr. ROUCOUNAS dice que, cuando se elabora una convención de codificación, es preciso esclarecer las relaciones que existirán entre el nuevo instrumento y los que ya están o estarán en vigor. El párrafo 1 del artículo 32, que tiene precisamente esa finalidad, está formulado de tal modo que obliga a remitirse al párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. Es cierto que se ha evitado afirmar que

el nuevo texto «prevalecerá» sobre las convenciones existentes y que se ha preferido decir que las «completará», fórmula mucho más prudente. Pero la futura convención tendrá vida propia, independientemente de las convenciones de codificación anteriores, y los Estados podrán llegar a ser partes en ella sin haber firmado las otras. Tal situación adolecerá de falta de claridad, por lo que desea que se le explique qué interpretación habrá de darse en ese caso al párrafo 1.

49. El párrafo 3 trata de que las obligaciones que asumirán los Estados al firmar la futura convención tengan cierta flexibilidad. Sin embargo, como ese párrafo remite al artículo 6, relativo a la no discriminación, cuyo contenido figura asimismo en el artículo 47 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, los Estados que son parte en ésta ya habrán contraído ese compromiso. En cuanto al artículo 73 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, tiene una aplicación mucho más amplia que el proyecto de artículo 32, puesto que su párrafo 2 dice: «Ninguna de las disposiciones [...] impedirá que los Estados concierten acuerdos internacionales que confirmen, completen, extiendan o amplíen las disposiciones de aquella». Siendo así, cabe preguntarse si la limitación establecida en el párrafo 3 del proyecto de artículo 32, por remisión al artículo 6, tendrá verdadera importancia en el futuro. Con todo, se trata de una limitación de sentido común, que no puede disuadir de aprobar el artículo 32 tal como está formulado. No hay que impedir que los Estados concluyan los acuerdos que desean; en el campo de la codificación, su lógica misma exige que se fijen límites y se impongan restricciones.

50. El Sr. Sreenivasa RAO comprueba que el problema de la compatibilidad entre un texto en curso de elaboración y los acuerdos ya en vigor se replantea constantemente. En este caso, se plantea en términos simples: el proyecto que se examina tiene por objeto reunir, sin que haya contradicción entre ellas, todas las disposiciones existentes que versan sobre las inmunidades del correo diplomático y de la valija diplomática. La Comisión ha aprovechado la ocasión para añadir algunas disposiciones nuevas, y el texto contiene ahora pasajes inéditos; esas cláusulas adicionales son las que vienen a añadirse a las convenciones existentes y a «completarlas», como dice muy bien el párrafo 1 del artículo 32. Pero, si dos Estados aceptan esas nuevas disposiciones, normalmente no habrá problemas entre ellos y los terceros Estados no resultarán afectados. El problema de la no discriminación sólo puede plantearse entre esos dos Estados, es decir, entre los Estados que han aceptado las nuevas disposiciones y que, por eso mismo, se han obligado a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 a no apartarse de ellas.

51. En su opinión, el artículo 32 es totalmente aceptable en su forma actual.

52. El Sr. TOMUSCHAT opina que la palabra *supplement* (en español, «completarán») expresa bien la finalidad general del proyecto de artículos. En caso de incompatibilidad entre la futura convención y los instrumentos enumerados en el artículo 3, será preciso, como ha dicho el Sr. Mahiou, remitirse al párrafo 3 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

53. En cambio, el párrafo 3 del proyecto de artículo 32 parece elevar el artículo a la categoría de norma imperativa universal. Ahora bien, las palabras finales de ese párrafo,

«con tal que esos acuerdos no den lugar a discriminación en el sentido del artículo 6», prevén precisamente situaciones en que sería posible la discriminación, lo que constituye una evidente falta de lógica. No obstante, no se opone a que se apruebe el texto propuesto por el Comité de Redacción.

54. El Sr. BEESLEY dice que, aunque no desea repetir lo que ya ha dicho, opina como el Sr. Mahiou y el Sr. Tomuschat en lo concerniente a la interacción de los presentes artículos y el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. También está de acuerdo con el Sr. Sreenivasa Rao en que los presentes artículos son de carácter suplementario. De allí que anticipe dificultades cuando los Estados se percaten de que, a pesar de las excepciones enunciadas en el artículo 6, ya no podrán, en virtud de las nuevas disposiciones que se someten a su firma, seguir actuando como lo hacían antes, en la medida en que esas disposiciones suplementarias les harían caer en la ilegalidad. Al respecto, a la luz de los artículos 32 y 6, la lectura de los artículos 17 y 28 puede dar una impresión inesperada. En los trabajos de la Comisión sobre los presentes artículos existe un efecto acumulativo que hace que al final de sus diversas etapas se llegue a resultados que no se esperaban, sin que sea posible determinar en qué fase se ha producido la desviación de la intención inicial. Así, el artículo 32, que tiene por objeto impedir el abuso por parte de los futuros Estados signatarios del régimen que se quiere instaurar, puede en realidad dar pie a ese mismo tipo de abusos poniendo en peligro la posibilidad de que los Estados acepten el proyecto de artículos.

55. Nadie intenta impedir la aprobación de un texto que es el resultado de negociaciones y de una verdadera elaboración jurídica, pero falta saber cómo los gobiernos, que son órganos políticos, apreciarán el instrumento propuesto y si dejarán que funcione mucho tiempo.

56. El Sr. ARANGIO-RUIZ teme también que el texto propuesto por el Comité de Redacción suscite muchos reparos en la conferencia diplomática encargada de adoptarlo. Lo ideal habría sido que la Comisión retomara el tema desde el principio y lo codificara integralmente en vez de tratar de completar las convenciones de codificación existentes. Por eso se encuentra ahora ante el problema que plantea el párrafo 1 del artículo 32.

57. Por lo que respecta al párrafo 3, la situación que ha mencionado el Sr. Eiriksson es totalmente hipotética. En la práctica, dos Estados siempre podrán ponerse de acuerdo para concederse recíprocamente un trato diferente del que establecen los presentes artículos. El párrafo 3 refleja lo que podría llamarse la naturaleza de las cosas: dos Estados pueden convenir en aplicar al correo diplomático y a la valija diplomática un trato más favorable del que establece la norma, o incluso menos favorable, si así lo desean.

58. El Sr. BENNOUNA pide que el comentario relativo al artículo 32 puntualice que se presume que no hay incompatibilidad entre los presentes artículos y las convenciones de codificación en vigor y que, si la hubiere, se resolverá por remisión a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

59. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que el párrafo 3 del artículo 32 tiene que leerse a la luz de los artículos 30 y 41 de la Convención de Viena sobre el

derecho de los tratados, de 1969, y recuerda que, en su cuarto informe, originalmente propuso un proyecto de artículo más detallado, inspirado en el artículo 73 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963<sup>7</sup>, que se redujo después a una sola oración que decía así: «Las disposiciones de los presentes artículos no afectarán a los acuerdos bilaterales o regionales en vigor entre los Estados que sean parte en ellos». Con ocasión de la aprobación de ese texto en primera lectura, la Comisión dio a este respecto las siguientes indicaciones en el párrafo 5 del comentario:

Hubo consenso en la Comisión en cuanto a que la disposición enunciada en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 6 del presente proyecto de artículos hacía posible prescindir de la adopción de un párrafo adicional que versara sobre la relación entre el presente proyecto de artículos y los futuros acuerdos concernientes a la misma materia, en particular si se tenía en cuenta el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. Había que entender, pues, de conformidad con el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 6, que ninguna de las disposiciones de los presentes artículos impediría que los Estados concertasen acuerdos internacionales que confirmaran, completaran, extendieran o ampliaran sus disposiciones, siempre que esas nuevas disposiciones no fueran incompatibles con el objeto y el fin de los presentes artículos y no afectaran al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones de terceros Estados<sup>8</sup>.

Esas indicaciones sustitúan la disposición que había propuesto originalmente.

60. En opinión del Relator Especial, la remisión al artículo 6 significa que los acuerdos internacionales de que se trata no deben ser incompatibles con el objeto y el fin de los presentes artículos, habida cuenta de las normas generales de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

61. Finalmente, el Relator Especial considera que las disposiciones del artículo 32 dejan a los Estados interesados la facultad de celebrar acuerdos, a condición de que no se haga discriminación en el sentido del artículo 6 y de que tales acuerdos no afecten a los derechos de terceros Estados, que en ciertos casos podrían ser Estados de tránsito.

62. El Sr. EIRIKSSON dice que no puede aceptar la forma de resolver el problema que propone el Sr. Arangio-Ruiz. Le hubiera gustado que el artículo 32 se redactara en los términos empleados en el párrafo 5 del comentario al artículo, que acaba de leer el Relator Especial. Una disposición así concebida habría obtenido sin duda la aprobación de la Comisión. Lamenta que la Comisión haya tenido que examinar el artículo 32 por primera vez en la presente sesión.

63. El Sr. BEESLEY no está seguro de que el texto que se examina refleje la posición del Relator Especial, tal como se desprende de sus explicaciones. Abriga al respecto, pues, las mismas reservas que el Sr. Eiriksson.

64. El PRESIDENTE se pregunta si la Comisión no podría aceptar, en lugar de la cláusula de reserva que figura en el párrafo 3, la fórmula que ha leído el Relator Especial.

65. El Sr. EIRIKSSON dice que la Comisión obtendría los mismos resultados acompañando el párrafo 3, después de haber suprimido la cláusula de reserva, del mismo comentario del artículo 32 aprobado en primera lectura, a

<sup>7</sup> *Anuario...* 1983, vol. II (primera parte), pág. 145, documento A/CN.4/374 y Add.1 a 4, párr. 403.

<sup>8</sup> *Anuario...* 1986, vol. II (segunda parte), pág. 34.

saber, que los Estados sometidos al régimen del derecho de los tratados no pueden celebrar acuerdos que afecten a los derechos de otros Estados o al objeto y fin de los presentes artículos. Ese texto no impediría a los Estados que lo desearan celebrar un acuerdo que estableciese un trato menos favorable en sus relaciones mutuas, y en ese caso los terceros Estados no tendrían nada que decir.

66. El Sr. YANKOV (Relator Especial) puntualiza que no ha propuesto ninguna enmienda. No tiene nada que objetar a la idea de sustituir la referencia a la no discriminación que se encuentra en el párrafo 3 del artículo 32 por la cita, en el comentario, del final del comentario al artículo aprobado en primera lectura en 1986: «siempre que esas nuevas disposiciones no fueran incompatibles con el objeto y el fin de los presentes artículos...». Pero teme que esto sea motivo para abrir un debate de fondo.

67. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción), tras señalar que los miembros de la Comisión disponen del texto del artículo 32 desde hace varios días, dice que el problema estriba esencialmente en la idea de que los acuerdos celebrados en el futuro no han de dar lugar a un trato discriminatorio. Ahora se propone que se sustituya la fórmula que incorpora esa idea por la utilizada al final del comentario de 1986. Ahora bien, como por discriminación se entiende precisamente el caso en que se menoscaban los derechos de otros Estados, afirmar que los acuerdos celebrados en el futuro no habrán de afectar a los derechos de terceros Estados viene a ser lo mismo que decir que no puede haber discriminación contra terceros Estados. Y, si de discriminación es de lo que se trata, se imponen las palabras «en el sentido del artículo 6».

68. En cuanto a la idea de que no sean incompatibles con el objeto y el fin de los presentes artículos, no está convencido de que sea útil recogerla aquí, puesto que el objeto y el fin de los presentes artículos son facilitar las comunicaciones. Cabe suponer, pues, que los Estados que concluyen un acuerdo suplementario relativo a la misma materia quizás deseen modificar el objeto y el fin de los artículos, pero sin pretender que sea incompatible con ellos.

69. En conclusión, no se opone a que se modifique el párrafo 3, pero, teniendo en cuenta la minuciosa labor realizada por el Comité de Redacción, no está seguro de que la Comisión pueda modificarlo sin un largo debate, que aconseja evitar. A su juicio, sería mejor conservar tal cual el párrafo 3 y añadir en el comentario las explicaciones suplementarias indicadas por el Relator Especial.

70. El Sr. EIRIKSSON opina que el comentario aprobado en primera lectura no tiene sentido si el párrafo 3 se aprueba en su forma actual; sólo tendría interés si se suprimiera la cláusula de reserva. Por otra parte, la Comisión obtendría el mismo resultado suprimiendo el párrafo 3, habida cuenta de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

71. El Sr. McCAFFREY sugiere, aunque no ignora que puede desviarse de la práctica usual, que la Comisión apruebe provisionalmente el párrafo 3 en su forma actual, y permita a sus miembros hacer observaciones sobre el artículo 32 cuando tenga que debatir el comentario al examinar su proyecto de informe.

72. El Sr. BENNOUNA conviene con el Sr. Eiriksson en que el párrafo 3 es inútil. Nada, efectivamente, con

excepción de las normas imperativas de derecho internacional, puede impedir que los Estados celebren entre ellos acuerdos internacionales que no menoscaben los derechos de terceros Estados. Así pues, abriga algunas reservas en cuanto a la idea de limitar la capacidad para contratar de los Estados invocando para ello una norma no definida, a saber, el principio de la no discriminación, de que trata el artículo 6, pero del que no se da ninguna definición.

73. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que no alcanza a ver cómo se podría aprobar provisionalmente el artículo 32. Es evidente, sin embargo, que nada impide que los miembros de la Comisión, cuando se examine el comentario, expresen sus opiniones sobre esas disposiciones. Por su parte, cree que sería de lamentar que se suprimiera el párrafo 3, aunque ese texto carece de ambigüedad. Tal vez exige un esfuerzo de interpretación, pero ¿no ocurre así con cualquier tratado? Esto es, por otra parte, lo que justifica la inclusión en el proyecto de disposiciones relativas a la solución de controversias.

74. El Sr. EIRIKSSON sugiere que se vuelva a examinar el artículo 32 en la próxima sesión. El Relator Especial podría recoger, en vez de la cláusula de reserva, la parte pertinente del comentario al texto aprobado en primera lectura, aunque, a su juicio, basta conservar esa fórmula en el comentario.

75. El PRESIDENTE propone que la Comisión apruebe el párrafo 1 del artículo 32 en la forma enmendada por el Relator Especial (párr. 26 *supra*) y el párrafo 2 propuesto por el Comité de Redacción, y que el examen del párrafo 3 se posponga hasta la próxima sesión a fin de que los miembros puedan celebrar consultas sobre el texto.

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2 del artículo 32.*

#### PROYECTO DE PROTOCOLO I DE FIRMA FACULTATIVA SOBRE EL ESTATUTO DEL CORREO Y DE LA VALIJA DE LAS MISIONES ESPECIALES

76. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del proyecto de protocolo I de firma facultativa propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

#### PROYECTO DE PROTOCOLO I DE FIRMA FACULTATIVA SOBRE EL ESTATUTO DEL CORREO Y DE LA VALIJA DE LAS MISIONES ESPECIALES

Los Estados Partes en el presente protocolo y en los artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, denominados en lo sucesivo «los artículos»,

Han convenido en lo siguiente:

##### Artículo I

Los artículos también se aplican al correo y a la valija empleados para las comunicaciones oficiales de un Estado con sus misiones especiales en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969, dondequiera que se encuentren, y para las comunicaciones oficiales de esas misiones con el Estado que envía o con sus misiones diplomáticas, oficinas consulares, delegaciones u otras misiones especiales.

##### Artículo II

Para los efectos de los artículos:

a) se entiende asimismo por «misión» una misión especial en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969;

b) se entiende asimismo por «correo diplomático» una persona debidamente autorizada por el Estado que envía como correo de una misión especial en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969, a quien se confía la custodia, el transporte y la entrega de la valija y a quien se emplea para las comunicaciones oficiales mencionadas en el artículo I;

c) se entiende asimismo por «valija diplomática» los bultos que contienen correspondencia oficial y documentos u objetos destinados exclusivamente al uso oficial, acompañados o no por un correo, que se utilizan para las comunicaciones oficiales mencionadas en el artículo I y que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter de valija de una misión especial en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969.

### Artículo III

1. El presente protocolo completará, en las relaciones entre las partes en él y en la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969, las normas relativas al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática contenidas en esa Convención.

2. Las disposiciones del presente protocolo se entenderán sin perjuicio de otros acuerdos internacionales en vigor en las relaciones entre las partes en tales acuerdos.

3. Ninguna disposición del presente protocolo impedirá que las partes celebren acuerdos internacionales concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, con tal que esos acuerdos no den lugar a discriminación en el sentido del artículo 6.

77. Como ya tuvo ocasión de explicar al presentar el artículo 1, relativo al ámbito de aplicación de los presentes artículos (2128.ª sesión), el Comité de Redacción decidió recomendar la supresión del artículo 33 (Declaración facultativa) y la regulación del correo y de la valija de las misiones especiales no en los artículos mismos, sino en un protocolo de firma facultativa. Este protocolo es muy simple. En el artículo I se definen su objeto y fin, esto es, la aplicación de los proyectos de artículos al correo y a la valija empleados para las comunicaciones oficiales de un Estado con sus misiones especiales, en el sentido que se da a esa expresión en la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, y para las comunicaciones oficiales de las misiones con el Estado que envía o con otras misiones especiales, misiones diplomáticas, oficinas consulares o delegaciones de un Estado.

78. El artículo II contiene definiciones que completan el artículo 3 del proyecto de artículos y tiene por objeto hacer extensivo el alcance de los artículos —entre las partes en los artículos y en el protocolo— a las misiones, correos y valijas, en el sentido que se les atribuye en la Convención de 1969.

79. El artículo III, basado en el artículo 32 del proyecto de artículos, completa las normas relativas al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática contenidas en la Convención sobre las misiones especiales, de 1969. En sus párrafos 2 y 3 se establece exactamente la misma relación entre el protocolo y los acuerdos presentes y futuros que en los párrafos 2 y 3 del artículo 32.

80. El PRESIDENTE sugiere que se proceda en relación con el artículo III de la misma manera que con respecto al artículo 32 (véase párr. 75 *supra*).

81. El Sr. EIRIKSSON dice que, para evitar que en el texto francés se confundan el artículo 1 del proyecto de artículos y el artículo I de los proyectos de protocolos, convendría sustituir en éstos «article premier» por «article I».

82. También propone que el final del artículo I se enmiende así: «o con las otras misiones de éste, sus oficinas consulares o sus delegaciones».

83. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) propone la fórmula siguiente: «o con sus otras misiones, oficinas consulares o delegaciones».

84. El Sr. ROUCOUNAS, considerando que la única razón de ser del artículo III de los dos proyectos de protocolo de firma facultativa es que el artículo 32 del proyecto de artículos no remite a todas las convenciones pertinentes, se pregunta si no convendría más bien ampliar el alcance del proyecto de artículos a fin de que el artículo 32 fuera asimismo aplicable a las misiones especiales y a las organizaciones internacionales.

85. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) responde que, a falta de las disposiciones del artículo III, se suscitarían dudas sobre la aplicabilidad del artículo 32 a los tipos de correo y de valija a que se refieren los protocolos.

86. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el artículo I del proyecto de protocolo I en la forma enmendada por el Sr. Eiriksson y el Presidente del Comité de Redacción (párrs. 81 y 83 *supra*), así como el artículo II y los párrafos 1 y 2 del artículo III, aplazando hasta la próxima sesión la cuestión del párrafo 3 de este artículo.

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los artículos I y II y los párrafos 1 y 2 del artículo III del proyecto de protocolo I de firma facultativa.*

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2132.ª SESIÓN

*Jueves 6 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (conclusión)** [A/CN.4/409 y Add.1 a 5<sup>1</sup>, A/CN.4/417<sup>2</sup>, A/CN.4/420<sup>3</sup>, A/CN.4/L.431, secc. E, A/CN.4/L.432, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.1]

[Tema 4 del programa]

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).



PROYECTO DE ARTÍCULOS PROPUESTO POR EL COMITÉ  
DE REDACCIÓN EN SEGUNDA LECTURA<sup>4</sup>  
(conclusión)

ARTÍCULO 32 (Relación entre los presentes artículos y otros  
acuerdos y convenciones)<sup>5</sup> (conclusión) y

PROYECTO DE PROTOCOLO I DE FIRMA FACULTATIVA SOBRE  
EL ESTATUTO DEL CORREO Y DE LA VALIJA DE LAS MISIONES  
ESPECIALES<sup>6</sup> (conclusión)

1. El PRESIDENTE recuerda que, en la sesión anterior, se aplazó la decisión sobre el párrafo 3 del artículo 32 del proyecto de artículos y el párrafo 3 del artículo III del proyecto de protocolo I de firma facultativa hasta que el Presidente del Comité de Redacción, el Relator Especial y miembros de la Comisión hubieran celebrado consultas (véase 2131.ª sesión, párrs. 75 y 86). Invita al Relator Especial a que informe a la Comisión del resultado de esas consultas.

2. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que, en su opinión, el párrafo 3 del artículo 32 propuesto por el Comité de Redacción era satisfactorio. Está convencido de que el triple enfoque adoptado en ese artículo es absolutamente necesario para regular la relación, en primer lugar, entre el proyecto de artículos y las convenciones de codificación; en segundo lugar, entre el proyecto de artículos y los acuerdos en vigor, y en tercer lugar, entre el proyecto de artículos y los acuerdos futuros. Sin embargo, teniendo en cuenta las observaciones formuladas en la sesión anterior, ha tratado de expresar esa relación de una forma más explícita, basándose en la terminología empleada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. Propone, pues, que se modifiquen el párrafo 3 del artículo 32 y, *mutatis mutandis*, el párrafo 3 del artículo III del proyecto de protocolo I de firma facultativa de la manera siguiente:

«3. Ninguna disposición de los presentes artículos impedirá que las Partes celebren acuerdos internacionales concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, que confirmen, completen, extiendan o amplíen las disposiciones de aquéllos, con tal que esas nuevas disposiciones no sean incompatibles con el objeto y el fin de los presentes artículos ni afecten al ejercicio por las demás Partes en los presentes artículos de los derechos que les competan, o al cumplimiento de las obligaciones que les incumban, en virtud de los presentes artículos.»

3. Sugiere asimismo que se introduzca un pequeño cambio de estilo en el título del artículo 32, que diría así: «Relación entre los presentes artículos y otras convenciones y acuerdos». Esta modificación estaría de acuerdo con la estructura general del artículo.

4. El Sr. EIRIKSSON dice que el nuevo texto está en completa consonancia con las sugerencias que hizo en la sesión anterior. Sin embargo, como la materia objeto del proyecto de artículos es absolutamente evidente, no ve

ninguna necesidad de incluir las palabras «concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático» y propone que se supriman. Este cambio tendría además la ventaja de abreviar un poco el texto.

5. El Sr. FRANCIS prefería el enunciado original del Comité de Redacción, aunque con la supresión de toda referencia a la discriminación y la adición de una disposición relativa a la incompatibilidad con el proyecto de artículos. Con todo, el nuevo texto ha sido pactado por las personas interesadas y tiene en cuenta todos los elementos materiales; por lo tanto, puede aceptarlo. Sin embargo, la sugerencia del Sr. Eiriksson merece ser examinada.

6. El Sr. BARBOZA dice que el nuevo texto propuesto está redactado en un estilo excesivamente premioso y podría tener por efecto excluir la posibilidad de hacer algo en virtud de otros tratados que no «confirmen, completen, extiendan o amplíen las disposiciones» del proyecto de artículos. A su juicio, esta fórmula no añade nada al párrafo 3. El aspecto principal es que los nuevos acuerdos no sean incompatibles con el objeto y el fin del proyecto de artículos. Por consiguiente, convendría suprimir las palabras «que confirmen, completen, extiendan o amplíen las disposiciones de aquéllos» y sustituir las palabras «esas nuevas disposiciones» por «las disposiciones de esos acuerdos».

7. El Sr. ARANGIO-RUIZ estima que el párrafo 3 no cumple ningún fin útil y no merece el tiempo y los esfuerzos que se le han dedicado. En particular, ¿a qué se aplican las palabras «extiendan o amplíen»? Todos los tratados enuncian disposiciones —tanto positivas como negativas— que pueden ser extendidas o limitadas, o también ampliadas o restringidas. Lo mejor sería suprimir estas palabras y dejar que las partes actúen, como quieran, en virtud de acuerdos bilaterales, mientras las disposiciones que adopten no sean incompatibles con el objeto y el fin del proyecto de artículos.

8. La expresión «nuevas disposiciones» también es oscura. ¿Por qué se usa el término «nuevas»? De hecho, cabe que tales disposiciones existan desde hace años, como por ejemplo cuando dos Estados han acordado ya anteriormente aplicar normas diferentes de las de la futura convención pero compatibles con ésta.

9. El Sr. BEESLEY puede aceptar el texto propuesto por el Relator Especial siempre que se modifique en el sentido indicado por el Sr. Barboza y el Sr. Arangio-Ruiz. Es preferible mantener las palabras «concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático», y habría que encontrar una expresión adecuada, en sustitución de las palabras «esas nuevas disposiciones», que remita a los acuerdos internacionales mencionados en la primera parte de la disposición. Acepta el razonamiento implícito en las observaciones del Sr. Arangio-Ruiz de que un acuerdo evidentemente no debe ser incompatible con el objeto y el fin del proyecto de artículos. Considera también que la última parte del nuevo texto es una forma más elegante, desde el punto de vista jurídico, de referirse a la no discriminación.

10. Desde un punto de vista más general, señala que, aunque se conviene generalmente en que el objeto del proyecto de artículos es facilitar la comunicación entre Estados y otras entidades por medio de la valija diplomática

<sup>4</sup> El proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura se reproduce en *Anuario...* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 25 y ss. Para los comentarios, *ibid.*, pág. 25, nota 72.

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2131.ª sesión, párr. 21.

<sup>6</sup> Para el texto, *ibid.*, párr. 76.

tica y la valija consular, acompañada o no por un correo, hay ciertas diferencias de opinión en cuanto a si el régimen debe estar sujeto a otras restricciones o hay que hacerlo más liberal. Sin embargo, esta cuestión no plantea ninguna dificultad porque podrá ser resuelta cuando se reúna una conferencia diplomática para adoptar los distintos textos.

11. El Sr. YANKOV (Relator Especial) no tiene ninguna dificultad en aceptar la supresión de las palabras «que confirmen, completen, extiendan o amplíen las disposiciones de aquéllos», aunque aparecen en otras convenciones, en particular la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. Sugiere, asimismo, para atender la observación del Sr. Beesley, que se sustituyan las palabras «esas nuevas disposiciones» por «esos nuevos acuerdos».

12. El Sr. BENNOUNA se declara de acuerdo con el Sr. Arangio-Ruiz y dice que el debate sobre el párrafo 3 le recuerda la famosa obra *Mucho ruido y pocas nueces*. Está seguro de que, si se le pregunta, muy pocos miembros de la Comisión serán partidarios de conservar el párrafo que, a pesar de los loables esfuerzos del Relator Especial, no añade nada a la práctica tradicional en materia de tratados. Por otra parte, no está seguro de lo que se entiende por disposiciones «incompatibles con el objeto y el fin» del proyecto de artículos. Así, la ambigüedad implícita en la remisión original al artículo 6 perdura. Tampoco ve ninguna necesidad de la cláusula según la cual el tratado no debe afectar «al ejercicio por las demás Partes en los presentes artículos de los derechos que les competen», que en realidad es una estipulación a favor de terceros. Por todas esas razones, el párrafo 3 no cumple ningún fin útil. No obstante, no se opondrá a su aprobación.

13. El Sr. ILLUECA puede aceptar el texto propuesto por el Relator Especial.

14. El Sr. BARSEGOV da las gracias al Relator Especial por proponer un texto nada verboso, sino conciso. Cada palabra tiene una base jurídica firme y figura en el lugar que le corresponde.

15. El nacimiento de la convención está resultando un parto difícil, a pesar de que tiene un sólido fundamento jurídico en las normas tanto consuetudinarias como escritas del derecho internacional. Paradójicamente, se están haciendo más objeciones a los presentes artículos que a cualquiera de los otros proyectos, algunos de los cuales contaban con una base menos firme en las normas existentes del derecho internacional.

16. Puede comprender que existan diferencias de planteamiento entre los miembros de la Comisión y entre los Estados; en realidad, ésta es la razón por la cual los miembros del Comité de Redacción han tratado siempre de conciliar los puntos de vista opuestos.

17. En los trabajos del Comité de Redacción se han hecho grandes concesiones; por ejemplo, que en el caso de las valijas diplomáticas y los correos diplomáticos de las misiones especiales y las organizaciones internacionales, el régimen de la futura convención no sea obligatorio, sino facultativo. También es partidario de unificar el régimen aplicable a los correos y las valijas, pero estima que ese resultado debe lograrse elevando el régimen aplicable a las valijas y correos consulares al nivel que corresponde a las valijas y correos diplomáticos.

18. Las concesiones se han hecho para lograr que la convención sea ampliamente ratificada, pero ahora parece

ser que esos esfuerzos destinados a garantizar que el mayor número posible de Estados lleguen a ser partes en ella, y que tenga una vasta influencia, han sido en vano. Parece haber intentos de contraponer un régimen diferente a la convención, incluso antes de que ésta haya entrado en vigor.

19. Agradece al Sr. Arangio-Ruiz que haya señalado que la intención a que obedecen las observaciones que se han hecho sobre el nuevo texto del párrafo 3 propuesto por el Relator Especial es dar la posibilidad no sólo de confirmar, completar, extender o ampliar las disposiciones de la convención, sino también de limitarlas. Esas palabras ponen de manifiesto toda la cuestión de cuál debe ser la relación jurídica entre la convención y las demás convenciones que se adopten ulteriormente. La fórmula utilizada en el texto propuesto ha sido tomada del párrafo 2 del artículo 73 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, que es la única Convención que contiene esas palabras. Ni la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, ni la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975, ni tampoco la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, incluyen tal cláusula. Sin embargo, como parece haber tendencia a incluir esa fórmula, está dispuesto a aceptarla, aunque le inquieta que se presenten enmiendas a lo que ya es una enmienda. La fórmula propuesta permite extender, aunque no limitar, las disposiciones de la futura convención, y está en conformidad con el derecho de los tratados en general y con el objeto y el fin del proyecto de artículos en particular.

20. La propuesta del Sr. Eiriksson (párr. 4 *supra*) sólo introduciría confusión en la relación entre la convención y las convenciones que se adopten posteriormente. La supresión de la referencia al «estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático» equivaldría a no especificar en el texto la materia misma sobre la que versa la convención, y la supresión de la fórmula tomada de la Convención de Viena de 1963 equivaldría a eliminar toda mención de la posibilidad de relaciones recíprocas con convenciones posteriores. Tales supresiones se proponen porque el texto es «demasiado prolijo»; pero si la prolijidad permite una mayor precisión, bienvenida sea la prolijidad.

21. Insta a los miembros de la Comisión a que aprueben el texto propuesto por el Relator Especial si desean evitar que surjan conflictos de régimen con otras convenciones futuras. La Comisión está estudiando el último párrafo del último artículo, y no debería introducir más cambios, porque el texto satisface los requisitos del derecho internacional en la materia.

22. El Sr. ARANGIO-RUIZ desea hacer señalar que su actitud no se inspira en una oposición a la futura convención, sino en razones técnicas. Si dos Estados creen que sus diplomáticos pueden verse envueltos en un tráfico de drogas y deciden abolir entre ellos el uso de la valija diplomática inviolable, comprometiéndose a inspeccionar todas las valijas diplomáticas que intercambien, nada impide que celebren tal acuerdo, tanto antes como después de la entrada en vigor de la convención. Por eso no ve ninguna necesidad de incluir el párrafo 3.

23. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que la propuesta presentada por el Relator Especial es aceptable como texto de transacción

y que algunos de los cambios propuestos durante la sesión constituyen una mejora y también deben ser aprobados. Como el fin de la disposición es impedir la discriminación, lo más importante es que los nuevos acuerdos que conciernen los Estados partes en los presentes artículos no afecten al ejercicio por las demás partes de los derechos que les reconocen los artículos. La disposición está bien fundada, es necesaria e introduce un elemento de claridad.

24. La propuesta del Sr. Barboza de eliminar las palabras «que confirmen, completen, extiendan o amplíen las disposiciones de aquéllos», y de conservar las palabras que el Sr. Eiriksson opina que habría que eliminar, es acertada; los acuerdos futuros no deberían estar limitados a los que «confirmen, completen, extiendan o amplíen» las disposiciones de los artículos. Por consiguiente, apoya el texto propuesto por el Relator Especial, en la forma enmendada por el Sr. Barboza. También sería partidario de eliminar las palabras «no sean incompatibles con el objeto y el fin de los presentes artículos ni», pero no insistirá en ese cambio.

25. Como la idea que expresa el párrafo 3 del artículo III de los dos proyectos de protocolos de firma facultativa es la misma que la expresada en el párrafo 3 del artículo 32, confía en que el mismo texto se aprobará también, *mutatis mutandis*, en relación con los protocolos.

26. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que, como Relator Especial, como miembro de la Comisión y como jurista, no puede por menos de expresar su desacuerdo con la afirmación de que las palabras «no sean incompatibles con el objeto y el fin de los presentes artículos» son confusas. Esas palabras quizás puedan interpretarse diversamente, pero constituyen una fórmula habitual y le sorprende que se manifiesten dudas acerca de ellas especialmente en la Comisión. Figura en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, no sólo en el artículo 19 relativo a las reservas, sino también en el artículo 18, que se refiere a algo mucho más importante que las reservas: la obligación de los Estados, después de haber firmado y antes de ratificar un tratado, de abstenerse de cualquier acto que no sea compatible con el objeto y el fin del tratado. La misma fórmula también se ha utilizado en muchos tratados celebrados recientemente.

27. El texto del párrafo 3 que ahora propone, tras incluir las enmiendas sugeridas por el Sr. Barboza y por él mismo, es el siguiente:

«3. Ninguna disposición de los presentes artículos impedirá que las Partes celebren acuerdos internacionales concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, con tal que esos nuevos acuerdos no sean incompatibles con el objeto y la finalidad de los presentes artículos ni afecten a las demás Partes en los presentes artículos en el disfrute de sus derechos o el desempeño de sus obligaciones en virtud de los presentes artículos.»

28. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el título y el párrafo 3 del artículo 32 en la forma enmendada por el Relator Especial y el Sr. Barboza (párrs. 3 y 27 *supra*). Este último texto sería aprobado, *mutatis mutandis*, para el párrafo 3 del artículo III del proyecto de protocolo I de firma facultativa.

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados el título y el párrafo 3 del artículo 32.*

*Queda aprobado el artículo 32.*

*Queda aprobado el párrafo 3 del artículo III del proyecto de protocolo I de firma facultativa.*

*Queda aprobado el artículo III del proyecto de protocolo I de firma facultativa.*

*Queda aprobado el proyecto de protocolo I de firma facultativa.*

29. El Sr. FRANCIS desea expresar su apoyo a lo que acaba de decir el Relator Especial acerca de la idoneidad de incluir una referencia a la incompatibilidad. El artículo 47 de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, contiene una disposición semejante.

30. Se han hecho muchas observaciones acerca de la necesidad del párrafo 3. En realidad, éste es indispensable porque el correo diplomático y la valija diplomática se rigen por otras convenciones en que figuran disposiciones idénticas, en cuanto al fondo, al contenido del párrafo 3. Omitir la posibilidad que tales disposiciones ofrecen a los Estados no sería manifiestamente conforme al espíritu de otras convenciones de codificación.

#### PROYECTO DE PROTOCOLO II DE FIRMA FACULTATIVA SOBRE EL ESTATUTO DEL CORREO Y DE LA VALIJA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER UNIVERSAL

31. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el proyecto de protocolo II de firma facultativa, que dice:

#### PROYECTO DE PROTOCOLO II DE FIRMA FACULTATIVA SOBRE EL ESTATUTO DEL CORREO Y DE LA VALIJA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER UNIVERSAL

Los Estados Partes en el presente protocolo y en los artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, denominados en lo sucesivo «los artículos»,

Han convenido en lo siguiente:

##### Artículo I

Los artículos también se aplican al correo y a la valija empleados para las comunicaciones oficiales de una organización internacional de carácter universal:

- a) con sus misiones y oficinas, dondequiera que se encuentren, y para las comunicaciones oficiales de estas misiones y oficinas entre sí;
- b) con otras organizaciones internacionales de carácter universal.

##### Artículo II

Para los efectos de los artículos:

a) se entiende asimismo por «correo diplomático» una persona, debidamente autorizada por la organización internacional como correo, a quien se confía la custodia, el transporte y la entrega de la valija y a quien se emplea para las comunicaciones oficiales mencionadas en el artículo I;

b) se entiende asimismo por «valija diplomática» los bultos que contienen correspondencia oficial y documentos u objetos destinados exclusivamente al uso oficial, acompañados o no por un correo, que se utilizan para las comunicaciones oficiales mencionadas en el artículo I y que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter de valija de una organización internacional.

##### Artículo III

1. El presente protocolo completará, en las relaciones entre las partes en él y en la Convención sobre los privilegios e inmunidades

de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, o la Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados, de 21 de noviembre de 1947, las normas relativas al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática contenidas en esas convenciones.

2. Las disposiciones del presente protocolo se entenderán sin perjuicio de otros acuerdos internacionales en vigor en las relaciones entre las partes en tales acuerdos.

3. Ninguna disposición del presente protocolo impedirá que las partes celebren acuerdos internacionales concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, con tal que esos acuerdos no den lugar a discriminación en el sentido del artículo 6.

32. Las organizaciones internacionales utilizan correos y valijas y, en algunos casos, están expresamente autorizadas a hacerlo por convenciones internacionales de carácter general. La Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, establece que las Naciones Unidas tienen derecho a «despachar y recibir su correspondencia, ya sea por estafeta o valija, las cuales gozarán de las mismas inmunidades y privilegios que los concedidos a estafetas y valijas diplomáticas» (art. III, sec. 10). La Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, de 1947, reconoce el derecho de los organismos especializados «a despachar y recibir su correspondencia ya sea por correos o en valijas selladas que gozarán de las mismas inmunidades y los mismos privilegios que se conceden a los correos y valijas diplomáticos» (art. IV, sec. 12). No sólo se admite el derecho a utilizar correos y valijas, sino que también se reconoce que tales correos y valijas deben gozar de las mismas inmunidades y privilegios que los correos y valijas diplomáticos de los Estados.

33. La cuestión de la inclusión de los correos y valijas de las organizaciones internacionales en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos se examinó prácticamente desde el comienzo del estudio del tema. Hubo división de opiniones. Al aprobarse los proyectos de artículos en primera lectura, prevaleció la opinión de que los correos y valijas de las organizaciones internacionales debían quedar fuera del ámbito de los artículos, que debían versar sólo sobre los correos y valijas de los Estados. Teniendo en cuenta las observaciones recibidas de los Estados, el Relator Especial propuso en su octavo informe (A/CN.4/417, párr. 60) que se agregase un párrafo 2 al artículo 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos) redactado como sigue:

«2. Los presentes artículos se aplican al correo diplomático y a la valija diplomática empleados para las comunicaciones oficiales de una organización internacional con un Estado o con otras organizaciones internacionales.»

Si se aprobaba esa propuesta, había que suprimir el artículo 2.

34. La propuesta del Relator Especial obtuvo el apoyo de varios miembros de la Comisión, aunque algunos de ellos señalaron que el texto no abarcaba las comunicaciones entre una organización internacional y sus oficinas o agencias situadas fuera de la sede. El Comité de Redacción consideró que se extralimitaría en sus facultades si recomendaba en la presente etapa un cambio tan fundamental en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Decidió, sin embargo, recomendar que se diera a los Estados la posibilidad de aplicar los artículos a los correos y valijas de las organizaciones internacionales. A tal efecto, ha preparado el proyecto de protocolo II de firma facultativa.

35. Este protocolo es tan sencillo como el Protocolo I de firma facultativa y tiene la misma estructura. El artículo I define su objeto y fin: la aplicación de los proyectos de artículos a los correos y valijas empleados para las comunicaciones oficiales de las organizaciones internacionales de carácter universal. Se ha estimado prudente referirse sólo a las organizaciones internacionales de carácter universal. Esas comunicaciones oficiales son las que tienen lugar, primero, en el ámbito de una organización entre la sede y las misiones y oficinas de la organización o entre esas misiones y oficinas, y segundo, entre la organización y otras organizaciones internacionales del mismo carácter universal.

36. El artículo II define las expresiones «correo diplomático» y «valija diplomática». En el caso del «correo diplomático», completa el artículo 3 del proyecto de artículos al indicar que por esa expresión, empleada en ese artículo y en todo el proyecto, se entiende asimismo una persona debidamente autorizada por una organización internacional como correo, a quien se confía la custodia, el transporte y la entrega de la valija y a quien se emplea para las comunicaciones oficiales de la organización definidas en el artículo I. El artículo II se refiere sólo a «organización internacional», sin agregar «de carácter universal». La omisión de las palabras «de carácter universal» no modifica el fondo y obedece a motivos de estilo que, de lo contrario, habría resultado innecesariamente premioso. En cuanto a la expresión «valija diplomática», los términos empleados se han tomado del número 2 del párrafo 1 del artículo 3 del proyecto de artículos.

37. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el mismo texto, *mutatis mutandis*, para el párrafo 3 del artículo II como para el párrafo 3 del artículo 32 y para el párrafo 3 del artículo III del Protocolo I de firma facultativa (véanse párrs. 27 y 28 *supra*).

*Así queda acordado.*

38. El Sr. MAHIOU señala una discrepancia entre los textos franceses del párrafo 2 del artículo III de los dos protocolos de firma facultativa. En el Protocolo I de firma facultativa figuran las palabras «dans les relations» entre las palabras «en vigueur» y «entre les parties», mientras que en el Protocolo II de firma facultativa esas palabras no aparecen. Como firme partidario de la concisión lingüística, propone que se ajuste el Protocolo II de firma facultativa a la forma del Protocolo I de firma facultativa.

*Así queda acordado.*

39. El Sr. KOROMA pregunta si en el apartado a del artículo II se utiliza la fórmula «la organización internacional» en vez de «una organización internacional» porque se hace referencia no a una organización internacional en abstracto, sino a la organización concreta que ha autorizado a esa persona a desempeñar las funciones de correo.

40. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que, si el Sr. Koroma prefiere «una organización internacional», por su parte no tiene nada que objetar.

41. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que, en relación con una pregunta sobre el párrafo 2 del artículo 28, ya explicó (2130.<sup>a</sup> sesión) que era indispensable utilizar el artículo definido «la» en vez de «una» antes de «valija consular», porque no toda valija consular debía estar sujeta al procedimiento previsto en ese artículo. No

obstante, el proyecto de protocolo II de firma facultativa se refiere a un supuesto diferente y la referencia debería ser lo más general posible. Así pues, estaría de acuerdo en sustituir el artículo definido «la» por el indefinido «una» antes de «organización internacional» en el apartado *a* del artículo II. En cualquier caso, la Secretaría examinará cuidadosamente todos los textos aprobados, a fin de velar por su coherencia terminológica y el uso correcto de los artículos definido e indefinido.

42. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el proyecto de protocolo II de firma facultativa, con el texto enmendado del párrafo 3 del artículo III ya aprobado (párr. 37 *supra*).

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el proyecto de protocolo II de firma facultativa.*

43. El Sr. YANKOV (Relator Especial), en respuesta a preguntas formuladas por el Sr. EIRIKSSON, dice que la parte pertinente del artículo 8, en su forma enmendada (véase 2128.ª sesión, párrs. 92 y ss.), dice así: «... en el que consten su calidad de tal y sus principales datos personales, en particular su nombre y, cuando proceda, su cargo o categoría oficial...»; la última oración del párrafo 2 del artículo 20 en el texto inglés, en su forma enmendada (2130.ª sesión, párrs. 33 y ss.), dice: «An inspection in such a case shall be conducted...». En cuanto al artículo 30 (véase 2131.ª sesión, párrs. 10 y ss.), propone que el comienzo de los párrafos 1 y 2 se enmiende en el texto inglés para que diga: «Where, because of reasons of *force majeure*...».

*Así queda acordado.*

44. El Sr. EIRIKSSON propone que en el párrafo 2 del artículo 28 (véase 2130.ª sesión, párrs. 80 y ss.) se sustituyan las palabras «a que se refiere el artículo 25» por «a que se refiere el párrafo 1 del artículo 25». Señala que el término «objetos» se emplea en el párrafo 2 del artículo 25 (*ibid.*, párrs. 72 y ss.) en un sentido diferente del que se atribuye a la misma palabra en el párrafo 1 del mismo artículo, y sugiere que se modifique el final del párrafo 2 del artículo 25 para que diga: «... distintos de correspondencia, documentos u objetos mencionados en el párrafo 1».

45. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que está dispuesto a aceptar la propuesta relativa al párrafo 2 del artículo 28. En cuanto al párrafo 2 del artículo 25, sería más simple, para tener en cuenta la observación del Sr. Eiriksson, sustituir la palabra «objetos» por «cosas».

46. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) se adhiere a esas observaciones y, en consecuencia, propone que se modifique la parte pertinente del párrafo 2 del artículo 28 para que diga: «... algo que no sea la correspondencia, documentos u objetos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 25...». En el párrafo 2 del artículo 25, propone que la palabra «objetos» se sustituya por «cosas».

*Así queda acordado.*

47. El Sr. PAWLAK dice que, al finalizar el examen del tema, desea volver brevemente a la cuestión de la relación entre los proyectos de artículos y los protocolos de firma facultativa que acaban de aprobarse y el derecho consuetudinario. Aunque el Relator Especial y todos los

miembros de la Comisión han hecho todo lo posible por completar las convenciones existentes, no han conseguido regular todos los aspectos de las cuestiones que se plantean en relación con este tema. Ya suscitó la cuestión durante los trabajos del Comité de Redacción y ahora desea, por motivos de coherencia, que se haga constar en acta que la Comisión examinó el problema y que un miembro recomendó que se abordase en la futura conferencia diplomática y se tuviese en cuenta en el preámbulo de la futura convención sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático.

48. El Sr. SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ dice que, como el presente proyecto es el primer articulado que aprueba la Comisión desde que fue elegido miembro de ella, desea dar testimonio de tan destacada ocasión y, en particular, manifestar su personal admiración al Relator Especial y al Presidente del Comité de Redacción por los incansables esfuerzos que han desplegado para llevar los trabajos de la Comisión sobre el tema a su feliz conclusión.

49. El Sr. HAYES, volviendo a la sugerencia del Sr. Koroma relativa al apartado *a* del artículo II del protocolo II de firma facultativa (párr. 39 *supra*), que ha sido aceptada por el Presidente del Comité de Redacción y el Relator Especial, dice que, sin estar en desacuerdo con la sustitución del artículo definido «la» por el indefinido «una» antes de las palabras «organización internacional», le es forzoso señalar que el mismo problema se plantea en el apartado *b* del artículo II del protocolo I de firma facultativa, en el número 1 del párrafo 1 del artículo 3 del proyecto de artículos y en muchas otras partes del texto. Es partidario de que, por razones de coherencia, no se modifique el artículo II del protocolo II de firma facultativa y, por lo tanto, insta al Sr. Koroma a que retire su propuesta.

50. Antes de concluir sus observaciones, desea aprovechar la oportunidad para sumarse al homenaje que el Sr. Sepúlveda Gutiérrez ha rendido al Relator Especial y al Presidente del Comité de Redacción.

51. El Sr. YANKOV (Relator Especial) subraya que el inglés no es su lengua materna y dice que la cuestión del uso del artículo definido o indefinido puede dejarse sin problema a la Secretaría para que sea resuelta con la ayuda de expertos. Como observación general, señala que los cambios de redacción que son meros retoques con frecuencia no alcanzan su objetivo.

52. El PRESIDENTE sugiere que se deje a la secretaría de la Comisión esta cuestión, con instrucciones de velar por la coherencia de todo el proyecto.

*Así queda acordado.*

53. El Sr. OGISO dice que, en respuesta a una reserva que había formulado (sesiones 2130.ª y 2131.ª) en relación con el artículo 28, el Relator Especial ha explicado que la disposición del párrafo 1 que exime la valija diplomática de inspección «directamente o por medios electrónicos u otros medios técnicos» no impide que dos o más partes en la futura convención utilicen esas técnicas por acuerdo entre ellas. El Relator Especial añadió que daría las aclaraciones necesarias en el comentario. En vista del nuevo texto del párrafo 3 del artículo 32 (párr. 27 *supra*), desea pedir al Relator Especial que indique en la misma parte del comentario que ese acuerdo no se debe considerar incompatible con el objeto y el fin de la futura convención.

El comentario, por supuesto, debe aclarar que se trata de la opinión de un miembro.

54. El Sr. BARSEGOV señala que, por lo menos él, opina que ese acuerdo sería incompatible con la futura convención.

55. El Sr. YANKOV (Relator Especial) reitera las observaciones que había hecho en una sesión anterior en relación con el artículo 28, y dice que incumbe a los Estados interesados establecer entre ellos un régimen basado en la reciprocidad y en el ejercicio de sus derechos soberanos. Existen ya más de 130 acuerdos bilaterales que someten la valija diplomática al régimen de la valija consular o viceversa. La cuestión de los medios electrónicos u otros medios técnicos parece ser una cuestión que se planteará en el futuro más bien que en el presente. Tiene la intención de conformarse al uso consagrado de introducir las opiniones que han de recogerse en el comentario con las palabras «Se expresó la opinión de que...».

#### APROBACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS EN SEGUNDA LECTURA

56. El PRESIDENTE, constatando que se ha concluido el examen en segunda lectura del proyecto de artículos sobre el tema, sugiere que la Comisión apruebe el proyecto de artículos en su totalidad con sus proyectos de protocolos de firma facultativa.

*Queda aprobado por unanimidad en su totalidad en segunda lectura el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, junto con sus proyectos de protocolos de firma facultativa.*

57. El Sr. SOLARI TUDELA dice que, en el Comité de Redacción, sugirió que se incluyera una disposición en el proyecto de artículos relativa al intercambio de valijas consulares entre dos oficinas consulares dirigidas por funcionarios consulares honorarios. El Relator Especial, en su respuesta, citó el párrafo 4 del artículo 58 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, que dice: «El intercambio de valijas consulares entre dos oficinas consulares situadas en diferentes Estados y dirigidas por funcionarios consulares honorarios no se admitirá sino con el consentimiento de los dos Estados receptores». Por consiguiente, retiró su propuesta. No obstante, la observación que había formulado es válida en los casos en que uno o los dos Estados receptores no sean partes en la Convención de Viena de 1963. Por consiguiente, pide al Relator Especial que incluya en el comentario un pasaje que se refiera a la cuestión del intercambio de valijas consulares entre cónsules honorarios.

58. El Sr. EIRIKSSON dice que, con excepción de un artículo, se ha abstenido de discutir el fondo de los distintos artículos del proyecto cuando han sido aprobados. Lo ha hecho para ahorrar tiempo y también porque había tenido la oportunidad de exponer sus propuestas de enmienda en el Comité de Redacción. Tanto el Comité de Redacción como el Relator Especial le han escuchado imparcialmente y está convencido de que no hay mayoría en favor de las enmiendas que propuso, que no han sido aceptadas por el Comité. Por consiguiente, desea hacer constar en acta sus reservas con respecto a algunos de los artículos aprobados definitivamente por la Comisión.

59. Las propuestas que formuló en el anterior período de sesiones tenían por objeto lograr que el proyecto fuera más generalmente aceptable reduciendo al mínimo las disposiciones sobre el estatuto del correo, a fin de evitar asimilar ese estatuto del personal diplomático. En primer lugar, el proyecto debería titularse: «Proyecto de artículos sobre el correo diplomático y la valija diplomática», teniendo presente que los artículos versan no sólo sobre el estatuto de la valija no acompañada, sino también sobre el de la valija acompañada. También puede apoyar la propuesta del Sr. McCaffrey de invertir, tanto en el título como en el cuerpo del articulado, el orden en que se mencionan el correo y la valija.

60. El artículo 2 puede suprimirse. Siente cierta aversión por las cláusulas «no perjudicarán» en general. También puede suprimirse el artículo 7, por enunciar un hecho evidente. El párrafo 1 del artículo 9 está redactado con excesiva imprecisión para ser incluido en un texto jurídico. Hay que reconocer que lo mismo puede decirse de los artículos equivalentes que figuran en las convenciones de codificación, pero es dudoso que, en la práctica, los Estados mantengan un criterio determinado sobre la nacionalidad de los correos. Los que así lo hagan, pueden comunicar esos criterios a los Estados interesados. Los supuestos descritos en los párrafos 2 y 3 son demasiado detallados. En cuanto a los mencionados en el párrafo 3, no se alcanza a ver por qué han sido elegidos entre todas las posibles permutaciones de nacionalidad. Las convenciones de codificación no especifican todas esas categorías. Sencillamente, el artículo 9 puede ser eliminado.

61. Los artículos 10 y 11 no tienen ningún objeto. Habrían sido útiles si se hubieran mantenido los proyectos de artículos anteriores del Relator Especial sobre el comienzo de las funciones. Así como están las cosas, la importante cuestión de los privilegios e inmunidades se regula en el artículo 21. El artículo 13 también puede ser omitido, puesto que en el párrafo 1 no se definen las «facilidades» y el párrafo 2 contiene la reserva «en la medida en que sea posible».

62. El artículo 17 impone una carga innecesaria tanto al Estado receptor como al Estado de tránsito y no debería haberse incluido. En el caso del artículo 18, la inmunidad podría haberse limitado a la inmunidad de la jurisdicción penal, enunciada en los párrafos 1 y 5. El párrafo 2 del artículo 19 es superfluo, pues sólo enuncia una cláusula *de minimis*. Asimismo, el párrafo 1 del artículo 20 es corolario de la inviolabilidad enunciada en el artículo 16 y, por lo tanto, puede prescindirse de él.

63. En cuanto al artículo 28, sólo desea remitirse a la propuesta que formuló en el período de sesiones anterior y que se recoge en el informe correspondiente de la Comisión<sup>7</sup>. En la sesión precedente hizo sus observaciones sobre el artículo 32.

#### PROYECTO DE RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN

64. El PRESIDENTE propone que la Comisión, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomiende a la Asamblea General que convoque a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examine el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplo-

<sup>7</sup> Véase 2130.ª sesión, nota 12.

mático y celebre una convención sobre la materia, con sus protocolos. Como uno de los protocolos de firma facultativa aprobados por la Comisión concierne a los correos y valijas de las organizaciones internacionales de carácter universal, la Asamblea General también habrá de adoptar una decisión acerca de la participación de esas organizaciones en la conferencia. La conferencia tendrá que examinar asimismo las cláusulas finales de la convención, en particular las cláusulas sobre la solución de controversias.

65. Invita a la Comisión a que apruebe el proyecto de recomendación en cuanto al fondo y que encomiende a la secretaría su redacción definitiva.

66. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que la forma que finalmente adopte el proyecto de artículos será objeto de un pasaje que se incluirá en el informe de la Comisión sobre su actual período de sesiones. En la resolución pertinente de la Asamblea General se pedía a la Comisión que elaborase «un instrumento jurídico apropiado». La cuestión fue debatida en varias ocasiones, y especialmente en relación con el examen de su octavo informe (véase A/CN.4/417, párrs. 32 a 38), cuando la Comisión acordó que el proyecto de artículos revistiese la forma de un proyecto de convención.

67. El Sr. TOMUSCHAT señala que, en ciertos casos, como el de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, el proyecto de artículos aprobado por la Comisión sobre un tema concreto no fue remitido a una conferencia diplomática, sino a la Sexta Comisión de la Asamblea General para que adoptase su texto en forma de una convención. Este procedimiento evita a los gobiernos el gasto de tener que enviar representantes a una conferencia. Se trata de una cuestión especialmente importante para los países en desarrollo. Propone que la Asamblea General decida si ha de convocar a una conferencia de plenipotenciarios o si el texto de la futura convención ha de adoptarse en el ámbito de la Sexta Comisión.

68. El PRESIDENTE dice que, de conformidad con el proyecto de recomendación que ha propuesto, incumbirá a la Asamblea General decidir la manera como ha de adoptarse el texto de la futura convención. El aspecto principal de la recomendación es que el proyecto de artículos llegue a ser una convención.

69. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ cita el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 23 del estatuto de la Comisión, en virtud del cual la Comisión podrá recomendar a la Asamblea General: «Que recomiende el proyecto a los Miembros a fin de que concluyan una convención». En virtud del apartado *d* del párrafo 1, la Comisión puede recomendar a la Asamblea General que «convoque a una conferencia para concluir una convención». De conformidad con esas disposiciones, se puede dejar que sea la Asamblea General la que decida qué órgano debe adoptar el texto de la futura convención.

70. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el proyecto de recomendación que ha propuesto.

*Queda aprobado el proyecto de recomendación.*

#### PROYECTO DE RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN

71. El Sr. REUTER, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro más antiguo de la Comisión, dice que, de conformidad con la tradición, es apropiado que la Co-

misión, al concluir sus trabajos sobre un tema, exprese su gratitud y reconocimiento al Relator Especial. Así pues, propone el siguiente proyecto de resolución, en la inteligencia de que su redacción definitiva podrá ser modificada por la secretaría de acuerdo con los precedentes:

*«La Comisión de Derecho Internacional,*

*»Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático,*

*»Desea expresar al Relator Especial, Sr. Alexander Yankov, su profunda satisfacción y felicitarlo efusivamente por la destacada aportación que ha hecho a la preparación del proyecto, a la que ha consagrado sus infatigables esfuerzos y dedicación, y por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático.»*

72. Como miembro más antiguo de la Comisión, se cree autorizado a añadir algunas palabras para expresar la esperanza de que los miembros harán todo lo posible por hallarse presentes en la Comisión y el Comité de Redacción cuando se debata una cuestión que les interese. La Comisión sufre de una sobreabundancia de talento, lo que significa que algunos miembros son llamados frecuentemente a desempeñar otras funciones importantes. De resultados de ello, sus intervenciones no tienen lugar siempre en el momento más apropiado para la Comisión.

73. El Sr. McCAFFREY y el Sr. FRANCIS se asocian sinceramente al homenaje tributado por el Sr. Reuter al Relator Especial.

74. El Sr. THIAM dice que los miembros que no han hecho uso de la palabra también comparten el sentimiento de gratitud y admiración hacia el Relator Especial y expresarán su sentir dando su apoyo al proyecto de resolución propuesto por el Sr. Reuter.

75. El PRESIDENTE dice que el proyecto de resolución propuesto por el Sr. Reuter se examinará juntamente con la parte correspondiente del proyecto de informe de la Comisión. En ese momento, los miembros tendrán la ocasión de rendir un merecido homenaje al Relator Especial.

76. Propone que se levante la sesión para que pueda reunirse el Grupo de Planificación.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 12.10 horas.*

## 2133.ª SESIÓN

*Viernes 7 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindramambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez.



rez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) (A/CN.4/401<sup>1</sup>, A/CN.4/424<sup>2</sup>, A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3<sup>3</sup>, A/CN.4/L.420, secc. E, ST/LEG/17)**

[Tema 8 del programa]

**CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL**

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su cuarto informe sobre el tema (A/CN.4/424), que contiene los proyectos de artículos 1 a 11.

2. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ (Relator Especial) deplora que, por segunda vez, deba presentar un informe que, por falta de tiempo, no dará lugar a debate. Sin embargo, el tema cuyo estudio se le ha confiado tiene una importancia fundamental si se piensa que la segunda mitad del siglo xx se caracteriza por una creciente interdependencia de los grupos humanos. El desarrollo extraordinario de la tecnología y, en particular, de los medios de comunicación y de transporte, al acercar a los pueblos, ha hecho que éstos se sientan solidarios y adquieran conciencia de pertenecer a un solo y único género humano. Esa toma de conciencia se manifiesta en la cooperación entre los Estados para tratar de solucionar juntos toda una serie de problemas —políticos, sociales, económicos, culturales, humanitarios, técnicos o de otro tipo— cuya magnitud desborda las posibilidades de los distintos miembros de la comunidad internacional.

3. Para reglamentar, encauzar y llevar a la práctica esa cooperación, los Estados recurren al instrumento más importante que el derecho internacional pone a su disposición: el tratado. El tratado es el medio por el cual los Estados crean los organismos funcionales permanentes, independientes de ellos, que necesitan para alcanzar los objetivos que persiguen. Así es como los Estados han reconocido lo que el Sr. Reuter denomina el «poder reglamentario» de los organismos internacionales, que permite a éstos actuar con más rapidez y eficacia que las reuniones diplomáticas tradicionales.

4. Después de la segunda guerra mundial, la proliferación de las organizaciones internacionales de carácter universal o regional ha contribuido a la transformación de las relaciones internacionales. La elaboración del nuevo derecho internacional gira en torno a la cooperación multilateral de los Estados. El nuevo derecho económico internacional, el derecho penal internacional, el derecho ambiental, el mismo derecho diplomático evolucionan en función de esas nuevas relaciones multilaterales, de la noción de cooperación interestatal, consecuencia de la creciente interdependencia de los diferentes grupos humanos del planeta. En el mundo de hoy, las relaciones internacionales dejan de ser exclusivamente algo privativo de los Estados.

5. Todo orden jurídico determina lógicamente las entidades titulares de los derechos y deberes sancionados por las reglas que establece. Antes de la aparición de las organizaciones internacionales, los Estados eran los únicos sujetos de derecho internacional a los que ese derecho atribuía la personalidad internacional. Hoy en día, las organizaciones internacionales también poseen una personalidad internacional. Así lo ha reconocido la CIJ en la opinión consultiva de 11 de abril de 1949 en el asunto de la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, al precisar que debe entenderse por personalidad «la capacidad de ser titular de derechos y deberes internacionales»<sup>4</sup>.

6. Las consecuencias prácticas de esta personalidad son numerosas: las organizaciones, por ejemplo, contribuyen al progreso del derecho internacional mediante el reconocimiento de reglas consuetudinarias, la elaboración de acuerdos internacionales, la adopción de normas internacionales. Las organizaciones internacionales pueden incurrir en responsabilidad internacional, pero, en contrapartida, pueden hacer valer sus derechos en el mismo plano y ejercer en provecho de sus funcionarios y agentes una «protección funcional», análoga a la protección diplomática. Pueden igualmente ser partes en un arbitraje internacional. Las disposiciones reglamentarias que les niegan el acceso a ciertos órganos permanentes, como la CIJ, no están en armonía con el estado actual de la comunidad internacional ni con su evolución previsible.

7. Es evidente que la personalidad reconocida a las organizaciones internacionales no puede ser tan amplia como la de los Estados, como indicó la CIJ en la citada opinión consultiva: «Los sujetos de derecho en un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza ni a la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad»<sup>5</sup>. Por otra parte, las disposiciones de los instrumentos constitutivos de esas organizaciones, así como las funciones generales que se les atribuyen, delimitan su competencia. Con todo, la extensión de la competencia y la personalidad internacional de las organizaciones internacionales no sólo ha dado origen a nuevos capítulos del derecho administrativo internacional, sino que ha transformado también la noción misma de derecho internacional positivo, que ya no es solamente un derecho de las relaciones entre Estados, sino asimismo un derecho de las organizaciones internacionales.

8. Cabe decir, en resumen, que los Estados son los sujetos originarios del derecho internacional y siguen constituyendo el núcleo de la vida internacional, donde la noción de soberanía —atributo esencial del Estado— ejerce una influencia determinante, pero que las organizaciones internacionales creadas por la voluntad misma de los Estados poseen la personalidad internacional a título secundario, mientras que los particulares la poseen indirectamente, por medio de los mecanismos creados por las organizaciones internacionales y que son accesibles a los individuos.

9. ¿Qué hay que entender por organización internacional? De una manera general, la doctrina había acogido favorablemente una definición propuesta en 1956 durante los trabajos de la Comisión sobre la codificación del derecho de los tratados, según la cual había que entender por

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte)/Add.1.

<sup>4</sup> *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pág. 178.

«organización internacional» «una colectividad de Estados establecida por tratado, con una constitución y órganos comunes, que tiene una personalidad independiente de la de sus Estados miembros»<sup>6</sup>. Mas esa definición no fue adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados ni por las conferencias de codificación ulteriores. El apartado i) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, que no tiene por objeto sino determinar el campo de aplicación de la Convención, se limita a precisar que «se entiende por “organización internacional” una organización intergubernamental», definición que coincide con la terminología adoptada por las Naciones Unidas según la cual las organizaciones internacionales se designan con el nombre de organizaciones intergubernamentales en oposición a las organizaciones no gubernamentales.

10. En opinión de dos juristas franceses especialistas del derecho internacional, el Sr. Reuter y el Sr. Combacau, la organización internacional es «un ente creado por tratado entre varios Estados para llevar a cabo su cooperación en un campo determinado y dotado de órganos propios encargados de dirigir una acción autónoma»<sup>7</sup>.

11. Es interesante señalar que las definiciones propuestas en las múltiples publicaciones de carácter jurídico o político que tratan de esta cuestión mencionan en todos los casos tres elementos constitutivos de la organización internacional: a) la base, representada por un tratado que sirve de constitución desde el punto de vista jurídico y refleja una voluntad política de cooperación en ciertos campos; b) la estructura institucional, que garantiza cierto grado de permanencia y cierta estabilidad en el funcionamiento de la organización; c) los medios, que están constituidos por las funciones y las competencias de la organización y que traducen cierto grado de autonomía de ésta con respecto a sus miembros. Desde el punto de vista jurídico, esta autonomía se manifiesta por medio de un mecanismo decisorio que expresa una voluntad propia de la organización, que no se identifica necesariamente con la de cada uno de sus miembros, y que justifica así la realidad de su personalidad jurídica.

12. La Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados de 1947 no habla de «organizaciones internacionales». En el artículo I (Definiciones y alcance), la sección 1 se refiere sólo a los «organismos especializados», los cuales enumera y a los que añade «cualquier otro organismo vinculado a las Naciones Unidas conforme a los Artículos 57 y 63 de la Carta».

13. La CDI, desde que se ocupó de la cuestión del derecho de los tratados, ha adoptado una posición pragmática que se recoge en la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975, y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986. Esta misma posición es la que ha adoptado el Relator Especial en su estudio

del presente tema, a fin de evitar todo debate de carácter doctrinal.

14. La primera constatación que ha de hacerse desde este punto de vista es que, además de la capacidad contractual que poseen las organizaciones internacionales intergubernamentales (capacidad para contratar, para adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles y para litigar), las Naciones Unidas y sus organismos especializados gozan de ciertos privilegios e inmunidades reconocidos en las convenciones generales y en los acuerdos de sede, así como en los instrumentos complementarios. Al respecto, el Relator Especial cita un pasaje de su cuarto informe (A/CN.4/424, párrs. 27 a 31) y se refiere al primer tratado que concedió privilegios a funcionarios internacionales, es decir, el Tratado de Panamá de 1826.

15. Las inmunidades y privilegios reconocidos a las organizaciones internacionales y a sus funcionarios y agentes se basan esencialmente en el principio *ne impediatur officia*, cuyo fin es que puedan desempeñar libremente sus funciones y, según Jacques Secretan, encuentran su fundamento en la independencia necesaria de la función desempeñada en interés de la comunidad internacional.

16. Si bien el Pacto de la Sociedad de las Naciones habla de «privilegios e inmunidades diplomáticas» (Art. 7, párr. 4), casi todos los instrumentos relativos a las organizaciones internacionales actuales han desechado esta fórmula para adoptar el principio *ne impediatur officia*. En el párrafo 1 del Artículo 105, la Carta de las Naciones Unidas dispone: «La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos». El párrafo 2 del mismo Artículo consagra dicho principio de la manera siguiente: «Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización». El principio *ne impediatur officia* permite conceder privilegios e inmunidades cuando lo exige el interés de la función y fija el límite más allá del cual es inútil conceder esos privilegios e inmunidades.

17. Después de citar el párrafo 32 de su cuarto informe, el Relator Especial subraya que los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios descansan actualmente en instrumentos jurídicos sólidos que establecen un derecho y no ya una simple regla de cortesía. Como las organizaciones internacionales no pueden disfrutar de la protección que les brindaría la soberanía territorial, como en el caso de los Estados, su única protección reside en las inmunidades que se les otorgan; la amplitud de esa inmunidad general está justificada por el hecho de que los Estados son entes políticos que persiguen sus propios intereses, en tanto que las organizaciones internacionales son organismos de servicio que actúan en nombre de todos sus miembros.

18. Refiriéndose a la estructura general del proyecto de artículos que prepara, dice que, de acuerdo con el esquema propuesto en su tercer informe (A/CN.4/401, párr. 34) y aprobado por la Comisión, la parte I está compuesta por una introducción, con artículos relativos a los términos empleados, el alcance del proyecto de artículos y la relación entre el proyecto de artículos y las reglas pertinentes de las organizaciones internacionales y entre el proyecto de artículos y otros acuerdos internacionales. La parte II

<sup>6</sup> Apartado b del proyecto de artículo 3 presentado por Sir Gerald Fitzmaurice en su primer informe sobre el derecho de los tratados (*Anuario...* 1956, vol. II, pág. 107, documento A/CN.4/101).

<sup>7</sup> Véase el segundo informe del Relator Especial, *Anuario...* 1985, vol. II (primera parte), pág. 110, documento A/CN.4/391 y Add.1, nota 17.

está dedicada a la personalidad jurídica. La parte III, que versa sobre los bienes, fondos y haberes, será completada por una sección relativa a los archivos de las organizaciones internacionales. La parte IV comprenderá disposiciones relativas a las facilidades en materia de comunicaciones. La parte V tratará de los privilegios e inmunidades de los funcionarios internacionales.

19. Finalmente, hace votos por que, si no se debate en el presente período de sesiones, el tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) sea examinado en el próximo período de sesiones de la Comisión.

20. El Sr. ARANGIO-RUIZ pregunta al Relator Especial si le sería posible pedir que se distribuyera el texto de su exposición oral.

21. El PRESIDENTE dice que la secretaría está a disposición del Relator Especial para eso. Le agradece la puntualidad con que ha entregado su informe y la paciencia y comprensión de que ha hecho muestra ante los límites de tiempo que se le habían impuesto.

22. El Sr. ILLUECA, tras felicitar al Relator Especial por la calidad de su cuarto informe (A/CN.4/424), que aporta una contribución importante al estudio del tema y demuestra una profunda reflexión, recuerda que han transcurrido 14 años desde que se aprobó la primera parte del tema en forma de una convención. Este instrumento —la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975— subraya desde el primer párrafo del preámbulo la creciente importancia del papel de la diplomacia multilateral en las relaciones entre los Estados y las responsabilidades que incumben a las organizaciones internacionales de carácter universal en el seno de la comunidad internacional. Estima que esta importancia y esas responsabilidades han aumentado aún más con el tiempo, principalmente en lo que concierne a los países en desarrollo, y que es esencial para el futuro de las Naciones Unidas y las demás organizaciones internacionales de carácter universal que se lleve a buen término el estudio de la segunda parte del tema. Así pues, insiste, como tiene la intención de hacerlo ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, en que la CDI debería dedicar en su próximo período de sesiones todo el tiempo necesario al examen de este tema.

**El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (conclusión\*) [A/CN.4/412 y Add.1 y 2<sup>8</sup>, A/CN.4/421 y Add.1 y 2<sup>9</sup>, A/CN.4/L.431, secc. C, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.4]**

[Tema 6 del programa]

**QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)**

**PARTES VII Y VIII DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS:**

**ARTÍCULO 24 (Relación entre los usos de la navegación y para fines distintos de ella; inexistencia de prioridad entre los usos) y**

**ARTÍCULO 25 (Regulación de los cursos de agua internacionales)<sup>10</sup> (conclusión)**

23. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial), continuando con su presentación de los capítulos II y III de su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2), que contienen los proyectos de artículos 24 y 25, respectivamente, dice que el capítulo II versa sobre una cuestión que se tratará en las cláusulas finales, a saber, la relación entre los usos para fines distintos de la navegación y los usos para la navegación. Figura antes del capítulo III porque es el último de los capítulos dedicados a cuestiones fundamentales. El capítulo III versa sobre la regulación de los cursos de agua internacionales, uno de los «otros asuntos» que, como indicó en el esquema propuesto en su cuarto informe (A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párr. 7), podría ser objeto ya sea del proyecto de artículos mismo o de anexos, puesto que no es una cuestión fundamental.

24. En el próximo período de sesiones, de conformidad con el calendario de presentación de los restantes elementos que figuran en el párrafo 8 de su cuarto informe (A/CN.4/412), presentará las cuestiones relativas a la gestión de los cursos de agua internacionales, a la seguridad de las instalaciones hidráulicas y a la solución de las controversias.

25. En lo que concierne al proyecto de artículo 24 —se trata, por supuesto, de una numeración provisional—, el Relator Especial recuerda que la Comisión ha reconocido ya la relación existente entre los usos para la navegación y los usos para otros fines en el artículo 2, sobre el alcance del proyecto, aprobado provisionalmente, cuyo párrafo 2, citado en su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párr. 121), muestra el camino que hay que seguir en este campo. El elemento fundamental es en este caso que ya no existe actualmente prioridad absoluta entre los usos, cuestión respecto de la cual remite a los miembros a lo expuesto en su informe (*ibid.*, párrs. 122 a 124) sobre la desaparición de la prioridad anteriormente concedida a la navegación.

26. El párrafo 1 del artículo 24 dispone, pues, que ni la navegación ni ningún otro uso tiene en sí prioridad sobre los demás usos. Naturalmente, la Comisión podría establecer en este párrafo, si no un orden de prioridad, por lo menos un orden de preferencia. Todos reconocen a este respecto la urgencia que reviste la protección del medio y la calidad del agua. Se podría indicar en este artículo, por ejemplo, que ninguna utilización debe hacer que el agua resulte impropia para el uso doméstico ni impedir su utilización en la agricultura.

27. En relación con el capítulo III del informe, el Relator Especial explica que la expresión «regulación de los cursos de agua internacionales» tiene en el ámbito del presente tema una significación precisa, a saber, el control de las aguas de un curso de agua mediante obras u otras medidas a fin de evitar sus efectos perjudiciales y aprovechar al máximo las ventajas que puede ofrecer el curso de agua (*ibid.*, párr. 129). Se trata, pues, de una cuestión más vasta que la de los riesgos y peligros relacionados con las aguas tratada en el capítulo I del informe, que concierne sólo a las medidas concebidas para prevenir los efectos nocivos de las aguas. La práctica estatal, tal como se

\* Reanudación de los trabajos de la 2126.ª sesión.

<sup>8</sup> Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>9</sup> Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>10</sup> Para el texto, véase 2126.ª sesión, párr. 81.

describe en el informe (*ibid.*, párrs. 132 a 138), pone claramente de relieve la importancia que atribuyen los Estados a la regulación.

28. El proyecto de artículo 25 es un texto muy modesto, quizás incluso demasiado simple, y el Relator Especial estima a este respecto que la Comisión podría examinar la posibilidad de incluir en su próximo período de sesiones en el párrafo 1 una disposición por la que se impusiera a los Estados del curso de agua la obligación de consultarse a petición de cualquiera de ellos para negociar una regulación.

29. En cuanto al párrafo 2, enuncia una obligación que ya existe en la práctica. Sobre este punto, el Relator Especial remite a los miembros al Tratado entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo al aprovechamiento de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia, de 1961<sup>11</sup>, texto típico de la tendencia que se manifiesta en esta esfera.

30. En conclusión, el Relator Especial dice que sería conveniente que en su próximo período de sesiones la Comisión previese un número de sesiones suficiente para el examen del tema, tanto en el Pleno como en el Comité de Redacción. Este último, en efecto, no ha podido abordar el tema en el actual período de sesiones, aun cuando se le han remitido ya cuatro artículos del proyecto: La Comisión, si no le dedica un tiempo suficiente, no podrá concluir el examen del tema en primera lectura, como había previsto, antes del término del presente mandato de sus miembros en 1991.

*Se levanta la sesión a las 11 horas.*

<sup>11</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 542, pág. 245.

## 2134.ª SESIÓN

*Martes 11 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Cooperación con otros organismos (conclusión\*)

[Tema 10 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR  
DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Leoro Franco, Observador del Comité Jurídico Interamericano, a que dirija la palabra a la Comisión.

\* Reanudación de los trabajos de la 2128.ª sesión

2. El Sr. LEORO FRANCO (Observador del Comité Jurídico Interamericano) dice que es para él una vez más un privilegio dirigir la palabra a la Comisión en nombre del Comité Jurídico Interamericano; las altas tareas de la Comisión en el campo de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional gozan del reconocimiento universal y son, sin duda, fundada base de un encauzamiento jurídico de las relaciones internacionales sobre cimientos más equitativos.

3. El Comité valora mucho el intercambio regular de observadores con la Comisión y hace votos por que ese intercambio continúe, permitiendo a los dos órganos mantenerse al corriente de sus actividades respectivas. A causa de las dificultades financieras de su organismo principal, la Organización de los Estados Americanos, las actividades del Comité se han visto reducidas en un 50%. Ha tenido que renunciar a uno de sus dos períodos de sesiones anuales y celebrar sólo un período de sesiones en agosto. Como consecuencia de esas circunstancias, ajenas a su voluntad, los trabajos del Comité han sufrido inevitablemente ciertas demoras.

4. Además de los estrechos lazos de cooperación entre los dos órganos, se han establecido valiosas relaciones personales entre los miembros de la Comisión y el Comité. De esta manera, el Sr. Díaz González, como antes otros presidentes de la Comisión, fue invitado a pronunciar una conferencia en el curso de derecho internacional que el Comité organiza anualmente para jóvenes profesores de derecho internacional, magistrados y funcionarios del servicio exterior de los países americanos. Hace votos por que el actual Presidente de la Comisión, cuyos trabajos ha tenido ocasión de leer y admirar, accederá a dar una conferencia durante el curso que se organizará en agosto de 1989.

5. En 1988, el Comité examinó siete de los 12 temas de su programa. El primero era el de las directrices relacionadas con la extradición en casos de narcotráfico. En abril de 1986, se celebró en Río de Janeiro una Conferencia Interamericana sobre el Narcotráfico para estudiar el alarmante problema de la producción, el consumo y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. El programa de acción aprobado por la Conferencia contenía numerosas sugerencias y recomendaciones a los distintos órganos de la OEA, entre ellos el Comité Jurídico Interamericano. Por su parte, la Asamblea General de la OEA aprobó el 15 de noviembre de 1986 una declaración por la que se condenaba el narcotráfico como un crimen internacional.

6. El Comité y su Relator, el Sr. Manuel Vieira, habían preparado, para presentarlo a la Asamblea General de la OEA, un proyecto de resolución sobre cooperación judicial en materia de extradición. Teniendo en cuenta la dificultad de elaboración de los instrumentos multilaterales y el tiempo que lleva su ratificación, la resolución propuesta habría servido para lograr una interpretación lo más favorable posible a la pronta concesión de la extradición de conformidad con las disposiciones de las leyes nacionales o las de los tratados interamericanos de extradición pertinentes. La resolución también dejaba a salvo el respeto a los derechos humanos y la observancia de todas las garantías procesales. Asimismo, en los casos en que las leyes nacionales dejan la concesión de extradición al arbitrio del Poder Ejecutivo, la resolución especificaba que, en caso

de negativa de extradición, era preciso publicar las razones en que se fundaba.

7. El Comité, después de considerar las dificultades inherentes a la aplicación de una resolución con respecto a leyes nacionales y tratados de extradición, resolvió preparar dos proyectos, a saber, un proyecto de convención americana sobre la extradición y medidas cautelares en el narcotráfico y un proyecto de declaración sobre la misma materia. Ambos textos califican el narcotráfico de «crimen internacional», expresión que tiene un sentido claro en el ordenamiento jurídico internacional y que proporciona una base jurídica para la más amplia cooperación judicial. A los efectos de la extradición, el artículo 2 del proyecto de convención define el delito de narcotráfico como una serie de actos que son básicamente los mismos que se enumeran en el artículo 36 de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes.

8. El proyecto de convención trata asimismo de facilitar el cumplimiento del requisito de la «doble incriminación», es decir, la regla en virtud de la cual sólo se concede la extradición cuando el acto de que se trate constituya un delito de conformidad tanto con la ley del Estado requirente como con la del Estado requerido. El proyecto de convención establece que, para cumplir ese requisito, basta que los actos de que se trate sean esencialmente semejantes a los enumerados en el artículo 2, que son de hecho los que recoge el artículo 36 de la Convención única de 1961. Si el indicio o prueba del delito se obtuviere con posterioridad a la solicitud de extradición, el Estado requirente podrá notificar al Estado requerido su propósito de procesar a la persona entregada por el delito en cuestión. A falta de respuesta en un plazo de 60 días, el Estado requirente podrá procesar a esa persona. Se toman disposiciones para facilitar la obtención de pruebas de los delitos de narcotráfico y las partes en la futura convención se comprometen asimismo a facilitar la ejecución de las medidas cautelares sobre bienes relacionados con los delitos de narcotráfico que hubieren sido dictadas por las autoridades judiciales de otras partes.

9. El artículo 11 del proyecto de convención dispone que las partes interpretarán su legislación o, llegado el caso, promoverán su modificación a fin de establecer la jurisdicción de sus tribunales para juzgar a cualquier persona presumiblemente responsable de un delito de narcotráfico cuando, por cualquier causa, no puedan entregarla al Estado en cuya jurisdicción se haya cometido el delito. Se trata de una disposición destinada a resolver, entre otras cosas, el problema de los Estados cuya legislación nacional prohíbe la extradición de sus nacionales. El proyecto de convención fue aprobado unánimemente por el Comité, con algunas reservas expresadas por el Relator por no haberse recogido algunas de sus sugerencias.

10. El segundo tema examinado por el Comité se refería a las razones por las cuales un mayor número de Estados no son parte en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, de 1948 (Pacto de Bogotá). La Asamblea General de la OEA, en su período de sesiones de 1987, encomendó al Comité el estudio de la cuestión, y éste designó Relatores al Sr. Luis Herrera y al orador mismo. El tema era de carácter especialmente político. Por otra parte, desde la aprobación del Pacto de Bogotá había aumentado considerablemente el número de Estados miembros de la OEA que no lo habían suscrito. Por eso, el Comité aprobó la sugerencia de los Relatores en el sentido de que la Secre-

taría General de la OEA se dirigiese a los Estados miembros correspondientes para pedirles que expusieran las razones que habían determinado que no llegasen a ser parte en dicho instrumento. No será fácil obtener las respuestas.

11. El tercer tema fue el derecho ambiental. A este respecto, el observador del Comité se había referido, en el período de sesiones anterior de la Comisión, a un proyecto de declaración americana sobre el medio ambiente<sup>1</sup>. El Comité viene trabajando desde hace cinco años en este tema, sobre el que el propio orador ha presentado, en calidad de Relator, tres informes. Hasta ahora, el Comité ha aprobado 12 artículos en primera lectura relativos a diversos aspectos de la protección del medio ambiente, caracterizado como patrimonio común de la humanidad. Se considera la contaminación ambiental transfronteriza como una cuestión de interés internacional. Se prevé la notificación de la realización de obras que puedan producir alteración considerable del medio ambiente, tanto para tomar medidas preventivas como para su futura acción remediadora. Se establece la responsabilidad del Estado causante de la contaminación transfronteriza, con la consiguiente obligación de reparar mediante el restablecimiento del medio ambiente a su condición inmediata previa a la alteración sufrida y la indemnización de daños y perjuicios al Estado o los Estados perjudicados. El Estado responsable podrá a su vez ejercitar el derecho de repetición contra los contaminadores efectivos, incluidas las empresas transnacionales.

12. Se respeta el derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos naturales y producir bienes derivados de la actividad humana de acuerdo con sus propios planes de desarrollo. Se propone asimismo que, cuando se notifique a un Estado que otro Estado proyecta llevar a cabo una obra que puede tener efectos contaminantes transfronterizos y ese Estado no responde en el plazo de tres meses contados desde la notificación, se entenderá que no tiene nada que objetar. Si se formulase una objeción y no se hallase ninguna solución por la vía diplomática, cualquiera de las partes podrá pedir la constitución de una comisión mixta que será un mero organismo de negociación sin funciones mediadoras y menos aún jurisdiccionales. La comisión mixta se esforzará por llegar a una solución basada en los elementos técnicos pertinentes. Sólo el fracaso de ese mecanismo daría lugar al recurso a los métodos de solución pacífica previstos en el derecho internacional.

13. El cuarto tema examinado por el Comité era el del Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos, de 1969 (Pacto de San José). La finalidad del Protocolo es la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, a los que el Pacto de San José sólo dedica un artículo: el artículo 26. El Relator encargado del tema, Sr. Emilio Rabasa, presentó un valioso estudio sobre los derechos sociales, económicos y culturales y sobre los derechos de los pueblos, como el derecho a la solidaridad. En su informe, el Sr. Rabasa propuso los posibles mecanismos destinados a la promoción y protección de esos derechos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con funciones cuasi jurisdiccionales y jurisdiccionales, respectivamente, ya existen para defender los derechos civiles y políticos. Por otra parte, existen también

<sup>1</sup> Véase *Anuario...* 1988, vol. 1, pág. 32, 2047.ª sesión, párr. 55.

los mecanismos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Teniendo esto presente, el Relator sugirió que el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Tecnología fueran los órganos que, por medio de comisiones especiales, recibieran informes de los Estados miembros sobre la aplicación y desarrollo de esos derechos. Además del examen de esos informes, podrían hacerse recomendaciones para una aplicación más efectiva de los derechos humanos de que se trataba. Los dos órganos presentarían a su vez informes a la Asamblea General de la OEA, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los organismos interesados en ciertos aspectos, como la Organización Panamericana de la Salud. El Comité pidió al Relator que prosiguiera sus trabajos sobre el tema.

14. El quinto tema era el perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas. Este tema ha sido estudiado principalmente en reuniones interinstitucionales, que han llevado a la sugerencia de organizar un seminario abierto sobre problemas que son difíciles, y es forzoso que pase mucho tiempo antes de que los resultados de esa labor influyan en las legislaciones nacionales. En esa labor han cooperado activamente instituciones tales como la Federación Interamericana de Abogados, la Secretaría General de la OEA y la *American Society of International Law*. Se ha contado con el apoyo financiero de la Agencia de Desarrollo Internacional de los Estados Unidos. En su período de sesiones de 1988, el Comité decidió mantener el tema en su programa e incluir los subtemas siguientes: intercambio de investigaciones e informaciones, formas alternativas de solución de controversias (conciliación-mediación-arbitraje), la carrera judicial y el acceso a la justicia.

15. El principio de la autodeterminación y su campo de aplicación constituyó el sexto tema examinado por el Comité sobre la base de un informe presentado por el Sr. Policarpo Callejas Bonilla. El informe explicaba que el principio de la libre determinación había sido un instrumento fundamental del proceso de descolonización y que, por lo tanto, parecía tener poca aplicabilidad en las Américas. El Relator expresaba asimismo la opinión de que el derecho a escoger libremente el modelo económico, político y social del Estado tenía una importante limitación, o sea, que el modelo no sólo no estuviera reñido con la democracia, sino que tendiera a establecerla o perfeccionarla. El planteamiento es interesante, pero el Comité no ha podido llegar a ninguna conclusión, especialmente dado que el Relator ha sido nombrado ahora magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

16. El séptimo tema versaba sobre la revisión de las convenciones interamericanas sobre propiedad industrial. Los relatores encargados del tema, teniendo en cuenta los trabajos sobre la protección de la propiedad industrial que vienen llevándose a cabo en la OMPI y en la Ronda Uruguay del GATT, manifestaron que no creían conveniente someter ahora un nuevo proyecto de convención o uno de revisión sobre dichos instrumentos. El Comité aceptó esa recomendación, reservándose el derecho a volver a plantear el tema si la situación posteriormente así lo aconsejaba.

17. El Comité celebró del 12 al 14 de octubre de 1988 un período extraordinario de sesiones a petición del Consejo Permanente de la OEA para estudiar el problema de

los privilegios e inmunidades de las personas a que se refería el artículo 140 de la Carta de la OEA y examinar la petición del Consejo Permanente de emitir un dictamen sobre la cuestión de si las disposiciones contenidas en el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Organización de los Estados Americanos de 1975 eran compatibles con las disposiciones contenidas en los artículos 78, 138 y 140 de la Carta de la OEA. La cuestión era complicada y el Comité sólo dispuso de tres días para examinar los diversos problemas que se derivaban de la falta de armonía entre los textos en cuestión. Con respecto a la petición del Consejo Permanente, el Comité expresó la opinión de que las disposiciones del Acuerdo de 1975 no eran incompatibles con los artículos 78, 138 y 140 de la Carta de la OEA.

18. También se había pedido al Comité que dictaminase si el Acuerdo de 1975 desarrollaba adecuadamente las disposiciones antes mencionadas de la Carta de la OEA, en relación con lo cual expresó la opinión de que el Acuerdo era insuficiente en lo que se refería a determinar el contenido de las «prerrogativas de residencia» o el procedimiento para resolver las controversias a que pudiera dar lugar su aplicación. Asimismo, el artículo 1 del Acuerdo no abarcaba todas las categorías de personas comprendidas en el artículo 140 de la Carta de la OEA. Además, el artículo 2 podría aplicarse de manera tal que dificultase el normal funcionamiento de la representación ante la OEA de un Estado cuyo gobierno no hubiera sido reconocido por el Estado sede. El Comité consideró que el Acuerdo debería contener alguna disposición sobre un procedimiento de consulta entre el Estado acreditante y la propia OEA en aquellos casos en que el Estado sede solicitase la salida del país de un representante ante la OEA basándose en el artículo 3 del Acuerdo. En tal sentido, se podrían utilizar como base de una futura negociación sobre el tema los procedimientos establecidos en el Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América relativo a la sede de las Naciones Unidas. Sea cual fuere el procedimiento que se establezca, el Comité concluyó señalando la necesidad de salvaguardar la independencia de los órganos de la OEA y la de los representantes de los Estados miembros y, por lo que respecta al Estado sede, el imperativo de que se ponga término en el más breve plazo a situaciones que afecten a su seguridad o su orden público.

19. El Comité Jurídico Interamericano ha tenido también que encargarse de la tarea de preparar la próxima Cuarta Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, que ha de celebrarse en Montevideo con ocasión del primer centenario de los tratados de derecho internacional privado suscritos en esa ciudad en 1889.

20. Por último, desea mencionar la posibilidad de que se haga a la Asamblea General de las Naciones Unidas una propuesta de declaración de un Decenio del Derecho Internacional a partir de 1990, a fin de conmemorar el centenario del Convenio de La Haya sobre la solución pacífica de las controversias internacionales, de 1899. Esa propuesta sería el resultado de la Reunión de los Ministros de Relaciones Exteriores del Movimiento de los Países No Alineados celebrada del 26 al 29 de junio de 1989 en La Haya. La declaración, si se aprueba, probablemente implicará a las Naciones Unidas en una serie de actividades en el campo del desarrollo progresivo del derecho internacional en el que la CDI desempeñará su papel acostumbrado.

do, fortaleciendo así la búsqueda de la paz por el derecho y la justicia.

21. El PRESIDENTE da las gracias al Observador del Consejo Jurídico Interamericano por su interesante y completa exposición y por la amable invitación que le ha dirigido para que asista al próximo período de sesiones del Comité. La estrecha cooperación con el Comité ha sido siempre muy valiosa para los miembros de la Comisión. Muchos de los temas del programa de trabajo del Comité están directamente relacionados con la labor de la Comisión. Para señalar sólo un ejemplo, la convención contra el narcotráfico que se está preparando será del máximo interés para la Comisión. A este respecto, los miembros del Comité quizás tengan interés en saber que la Comisión ha tratado el tráfico de estupefacientes como un crimen contra la humanidad, en el contexto de sus trabajos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

22. El Sr. ILLUECA, hablando en nombre de los miembros de la Comisión procedentes de países que son también miembros de la OEA, da las gracias al Observador del Comité Jurídico Interamericano por su valiosa y exhaustiva declaración. La importante labor que realiza el Comité es muy apreciada, como lo son las constantes relaciones con la Comisión. Además de la cuestión del tráfico de estupefacientes, que, como acaba de señalar el Presidente, es objeto de estudio en la Comisión como crimen contra la humanidad, la cuestión ambiental que ahora examina el Comité también es de sumo interés para la Comisión a causa de su semejanza con el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En conclusión, felicita al Observador del Comité Jurídico Interamericano por señalar la importancia de la contribución de las Américas al derecho internacional contemporáneo.

23. El Sr. McCAFFREY también desea hacer hincapié en el paralelismo entre la labor que realiza el Comité Jurídico Interamericano en materia de derecho ambiental internacional y el examen por la Comisión del tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en el que está especialmente interesado como Relator Especial. Le sería muy útil, en relación con la preparación de su informe para el próximo período de sesiones de la Comisión, tener la oportunidad de estudiar el proyecto de declaración que actualmente está examinando el Comité y, en especial, la sección relativa a la solución de las controversias. Sería una lástima que la relación mutua entre los dos órganos se limitara a una sola declaración hecha anualmente en sesión plenaria; también habría que alentar las actividades de colaboración permanentes durante el año. Al haber representado a la Comisión en el período de sesiones del Comité en Río de Janeiro hace dos años, desea recomendar que los futuros representantes de la Comisión tomen por costumbre exponer ante el curso de derecho internacional que organiza el Comité los trabajos actuales de la Comisión, especialmente en las esferas de interés para América Latina. La Comisión ha contraído una deuda de gratitud con el Comité por su labor de exploración de un territorio jurídico desconocido que, por así decirlo, desbroza el camino para sus propias actividades.

24. El Sr. KOROMA, haciendo uso de la palabra en nombre de los miembros de la Comisión procedentes de países africanos, se adhiere a las expresiones de agradeci-

miento que los oradores que le han precedido han dirigido al Observador del Comité Jurídico Interamericano por su declaración. La extensión del campo de actividades del Comité es verdaderamente impresionante. El proceso de fecundación recíproca a que da lugar el continuo y estrecho contacto entre el Comité y la Comisión no sólo es beneficioso para los trabajos de ambos órganos, sino que también fomenta el imperio de la ley en las relaciones internacionales en general. La vieja solidaridad entre América Latina y África abarca muchos campos, incluido el del derecho. África reconoce con orgullo y gratitud haber tomado prestado de América Latina el principio *uti possidetis* y haberlo utilizado ampliamente para desactivar los problemas fronterizos y territoriales que surgieron en los países africanos inmediatamente después de la independencia. Los países africanos esperan con interés los nuevos progresos que realizará el Comité en su labor y le desean toda clase de éxitos en sus actividades futuras.

#### DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ EUROPEO DE COOPERACIÓN JURÍDICA

25. El PRESIDENTE invita al Sr. Harremoës, Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica y Director de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, a que dirija la palabra a la Comisión.

26. El Sr. HARREMOES (Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica), tras recordar que el Consejo de Europa ha conmemorado recientemente el cuadragésimo aniversario de su creación, dice que, con la adhesión de San Marino y Finlandia, en noviembre de 1988 y mayo de 1989, respectivamente, los miembros del Consejo comprenden ahora la totalidad de las 23 democracias parlamentarias pluralistas de Europa. Esto da a la labor del Consejo un nuevo impulso para la creación de un auténtico «espacio jurídico europeo» para todos sus miembros, participen o no en actividades de cooperación en otros contextos europeos.

27. Con ocasión del aniversario del Consejo, el Comité de Ministros aprobó una declaración relativa, entre otras cosas, a las relaciones futuras con los Estados de Europa oriental, en la que acoge con satisfacción la política de reforma iniciada por varios de esos países y se declara dispuesto a entablar un diálogo con ellos sobre la observancia y aplicación práctica, en los ámbitos tanto nacional como internacional, de los principios de los derechos humanos y la democracia. En especial, el Consejo está dispuesto a examinar la posibilidad de organizar reuniones e intercambios de información entre expertos sobre todas las cuestiones relacionadas con sus actividades, de facilitar la adhesión a los convenios del Consejo y de establecer una cooperación más estructurada con algunos de esos países. A este respecto, es de señalar que Hungría ha sido invitada ya a adherirse a tres convenios y que dicho país ha pedido que se le invite a adherirse a otros diez, mientras que se ha invitado a Polonia a que se adhiera a un convenio. El Consejo de Europa se felicita de esta evolución, que tuvo una notable confirmación en la visita que el Sr. Gorbachov hizo a la Asamblea Parlamentaria de Estrasburgo la pasada semana.

28. Los Ministros de Justicia europeos se reunieron en una conferencia oficial en Lisboa en 1988 y celebraron una reunión oficiosa en La Haya en 1989. Uno de los temas examinados en la Conferencia fue el de las cuestio-



nes penales y criminológicas derivadas de la propagación de las enfermedades contagiosas, incluido el SIDA (síndrome de inmunodeficiencia adquirida). Los Ministros de Justicia hicieron hincapié en la investigación y las medidas preventivas, adoptando el criterio de que, en esta esfera, el derecho penal sólo debía intervenir como último recurso. Los principios de una política común, relativa especialmente a las medidas que han de adoptarse en las prisiones, serán elaboradas por el Comité Europeo sobre los Problemas de la Criminalidad. Otros temas examinados fueron el de la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y el tráfico de niños y jóvenes adultos, así como el de la primacía de los intereses del niño en la esfera del derecho privado. En la reunión oficiosa, por otra parte, se examinó la cuestión de los problemas jurídicos derivados del uso de los medios modernos de pago, especialmente el de la responsabilidad y la prueba en caso de transferencia electrónica de fondos y el de la cooperación entre los sectores público y privado en las medidas de lucha contra la delincuencia.

29. En los últimos 12 meses, dos nuevos convenios, uno sobre el tráfico de información confidencial y el otro sobre las emisiones y retransmisiones transfronterizas de televisión, han quedado abiertos a la firma de los Estados miembros y de la Comunidad Europea. Ambos contienen la denominada cláusula de «desconexión», por la que se establece la prelación de las normas de la Comunidad en las relaciones entre los miembros de ésta.

30. Como el año anterior, varios comités de expertos gubernamentales han proseguido sus actividades en el campo del derecho civil y administrativo. El comité de expertos en derecho internacional público examinó diversas cuestiones relativas a los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales, en especial las de carácter técnico o comercial, y elaboró un proyecto de recomendación sobre la materia que ha de ser examinado más tarde durante el año por el Comité de Ministros. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha transmitido al Comité de Ministros un dictamen preparado por el mismo comité de expertos sobre el tema del proyecto de convenio europeo para la protección del patrimonio cultural submarino, cuya aprobación desgraciadamente no ha sido posible por falta de acuerdo acerca de la delimitación de los territorios marítimos en el Egeo. En el campo de la modernización del derecho público y privado, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha examinado el problema de la pluralidad de nacionalidades en las familias. Una reunión especial sobre los problemas de la doble nacionalidad, celebrada en 1988, examinó en particular las cuestiones relacionadas con la aplicación del Convenio sobre la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, de 1963. Tomando como base el informe de la reunión, el Comité de Ministros decidió establecer un comité de expertos encargado de estudiar la pluralidad de nacionalidades. Los expertos se han reunido ya una vez durante el año y se espera que su labor lleve a la aprobación de un nuevo instrumento jurídico en 1990.

31. El Consejo de Europa ha continuado sus actividades en la esfera del medio ambiente, en especial examinando las consecuencias jurídicas de las amenazas para la salud pública y el medio ambiente resultantes de los grandes accidentes o de las descargas relacionadas con las operaciones diarias de determinadas empresas. En la actualidad,

un nuevo comité de expertos en la reparación de los daños causados al medio ambiente tratan de armonizar el derecho de responsabilidad civil mediante la extensión de la responsabilidad sin culpa en el caso de los ejecutores de actividades peligrosas, destinado a ser completado con el establecimiento en cada país de mecanismos de garantía financiera. El comité propone que se aborde después la cuestión de la reparación del daño en los casos en que no se pueda tener por responsable a uno o varios ejecutores de una actividad, como en el caso de la lluvia ácida, en los que hay que prever mecanismos ajenos al ámbito de la responsabilidad civil, como los fondos de indemnización financiados por los posibles contaminadores. No se espera que esas actividades lleven a la aprobación de un convenio, sino más bien a recomendaciones dirigidas a los gobiernos para que incluyan determinados principios en su legislación nacional.

32. En 1988 se presentó al Comité de Ministros un proyecto de acuerdo sobre la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo; sin embargo, hay que resolver todavía problemas importantes antes de que ese instrumento pueda quedar abierto a la firma de los Estados miembros.

33. Por fin, el comité de expertos en investigaciones médicas con seres humanos ha preparado un proyecto de recomendación sobre el tema totalmente nuevo de la bioética, con objeto de invitar a los Estados miembros a que promulguen leyes o adopten otras disposiciones apropiadas para dar fuerza jurídica a los principios anexos a la recomendación.

34. Entre las actividades precursoras del Consejo de Europa en la esfera de los problemas del derecho penal figura la aprobación de una recomendación relativa a la responsabilidad de las empresas por delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades y la publicación de un informe sobre la jurisdicción extraterritorial en materia penal que contiene propuestas destinadas a impedir los conflictos de jurisdicción y a resolver las dificultades conexas.

35. El comité de expertos en delitos informáticos ha proseguido su labor, que implica el análisis de diversos tipos de delitos informáticos (fraude, sabotaje, piratería, etc.), con la elaboración de una lista obligatoria y una lista facultativa de delitos relacionados con los ordenadores que pueden o deben ser incorporados a la legislación nacional para armonizar el derecho europeo en este campo y el examen de la medida en que los convenios europeos sobre los diversos aspectos del derecho penal permiten luchar contra esas nuevas formas de delincuencia en Europa y, de ser necesario, la elaboración de propuestas para completar esos convenios. El comité ha formulado principios destinados a ser incluidos en la legislación penal de los Estados miembros, llenando así una laguna en las leyes existentes y velando por lograr la máxima concordancia.

36. El comité especial de expertos en explotación sexual, pornografía, prostitución y en el tráfico de niños y jóvenes adultos ha continuado reuniendo datos sobre esos problemas basándose en las estadísticas oficiales y en las conclusiones de los trabajos de investigación. Elaborará un proyecto de recomendación y estudiará la conveniencia de formular un convenio europeo sobre la prevención y el castigo de esos fenómenos. Los problemas que se plantean en este campo ofrecen una oportunidad de cooperación entre los países de Europa, así como en otros países.

37. En 1988 comenzó sus trabajos un comité especial de expertos en cooperación internacional para la detección, la aprehensión y el comiso de las ganancias obtenidas de los delitos. Dicho comité estudia los métodos para privar a los delincuentes de las ganancias obtenidas con sus delitos, especialmente el tráfico de estupefacientes, e impedir así que la actividad delictiva sea lucrativa. Se está elaborando un anteproyecto de convenio europeo sobre esta materia, en estrecha cooperación con las Naciones Unidas.

38. El Consejo de Europa, por medio de sus múltiples actividades en el campo jurídico, contribuye así a la evolución del derecho en el ámbito internacional. Aunque realiza su labor en el contexto europeo, casi todas sus realizaciones —sus convenios, recomendaciones, publicaciones, etc.— están a la libre disposición de los Estados, las instituciones y los particulares fuera de los territorios de sus 23 Estados miembros. El Consejo espera de esta manera prestar servicio a todo el mundo, a fin de que pueda llegar a ser un lugar más seguro, más feliz y más democrático, un lugar más respetuoso de los derechos humanos y del imperio del derecho.

39. El PRESIDENTE dice que la experiencia del Comité Europeo de Cooperación Jurídica en la elaboración de una normativa sobre responsabilidad interesa directamente a la labor de la Comisión. Tiene especial interés el planteamiento adoptado por el Comité, que hace hincapié en los aspectos de la responsabilidad que pertenecen al ámbito del derecho civil más bien que al de la responsabilidad de los Estados. La Comisión tiene una larga tradición de cooperación fructífera con el Comité y atribuye gran importancia a esa cooperación.

40. El Sr. REUTER, haciendo uso de la palabra en nombre de los miembros de la Comisión de Europa occidental y otros Estados, dice que la Comisión ha tenido siempre en alta estima la labor del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, tanto más ahora cuando el hecho de que Europa está destinada a convertirse en un continente sin fronteras ha puesto de relieve una serie de acontecimientos recientes, incluidos los profundos cambios y el nuevo espíritu de apertura en Europa oriental. En definitiva, ¿qué son vastas confederaciones como los Estados Unidos de América y la Argentina sino la prueba de cómo puede lograrse que sea una confederación europea?

41. Europa es actualmente una zona demográficamente deprimida que sólo funciona con ayuda de la mano de obra de países extranjeros, trabajadores que en un principio sólo deseaban reunir algún dinero y regresar a su país, pero que luego se han acostumbrado al país de acogida y desean permanecer en él. Están dispuestos con frecuencia a asumir la responsabilidad que entraña la residencia en un país, pero no siempre encuentran una generosidad correspondiente por parte de los ciudadanos de ese país. La exposición que acaba de hacerse sobre las actividades del Comité Europeo guarda estrecha relación con estos problemas, y da las gracias al Observador del Comité por haberla presentado.

42. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, hablando también en nombre de los miembros de la Comisión de los países latinoamericanos, dice que, en su calidad de participante designado por la Comisión en los trabajos del Comité Europeo de Cooperación Jurídica del año en curso, ha escuchado con especial interés la declaración del Observador del Comité. Muchas de las cuestiones mencionadas

están estrechamente relacionadas con materias actualmente estudiadas por la Comisión. Otra semejanza entre ambos órganos estriba en el hecho de que ambos celebrasen su cuadragésimo aniversario en 1989. El Comité, como la Comisión, ha realizado una labor muy meritoria y es de esperar que proseguirá sus esfuerzos.

43. Refiriéndose a las actividades del Comité relativas a los refugiados y emigrados, dice que la situación es actualmente la contraria de la que imperaba en el pasado. Entonces fueron los Estados latinoamericanos los que acogieron a numerosos emigrados de Europa: inmigrantes italianos, por ejemplo, contribuyeron a la prosperidad de la Argentina y Venezuela. En la actualidad, los hijos de los refugiados europeos que se habían asentado en América Latina regresan a la tierra natal de sus padres.

44. Da las gracias al Observador del Comité Europeo y expresa la esperanza de que continuará la coordinación entre los dos órganos, como medio de promover el respeto del derecho y de los principios democráticos en todo el mundo. Una Europa sin fronteras puede conducir finalmente al logro de un mundo sin fronteras.

45. El Sr. BARSEGOV, haciendo uso de la palabra en nombre de los miembros de la Comisión de los países de Europa oriental, da las gracias al Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica por su muy ilustrativo informe sobre los aspectos jurídicos internacionales de la polifacética labor del Comité. Los juristas soviéticos están estudiando con creciente interés los esfuerzos del Consejo de Europa por crear normas jurídicas y consideran que los logros de sus colegas son muy impresionantes. La insistencia del Comité en la reestructuración, los valores humanistas y el imperio del derecho abren nuevas perspectivas de influencia recíproca entre todos los residentes de la gran casa europea. Da las gracias al Observador del Comité por su notable informe y hace votos por la continuación de la cooperación entre los dos órganos.

46. El Sr. KOROMA, hablando en nombre de los miembros de la Comisión de los países africanos, felicita efusivamente al Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica por su brillante exposición. Está de acuerdo en que los esfuerzos realizados en Europa para promover la evolución del derecho más allá de las fronteras nacionales tendrá repercusiones positivas en todo el mundo. África también se beneficiará de esos esfuerzos, aunque las principales tendencias de la tradición jurídica europea están presentes en el continente y a menudo mejor preservadas que en Europa misma. Es de esperar que los principios de confianza en el imperio de la ley, solidaridad internacional y humanismo seguirán acompañando el desarrollo jurídico europeo en beneficio no sólo de Europa, sino también de toda la humanidad. Da las gracias al Observador del Comité Europeo y, por su intermedio, a todos los colegas de la Comisión en ese órgano.

47. El Sr. Sreenivasa RAO, hablando en nombre de los miembros de la Comisión de los países asiáticos, da las gracias a ambos Observadores, que han informado a la Comisión sobre la amplia variedad de temas estudiados en sus organizaciones.

48. Las actividades del Comité Europeo de Cooperación Jurídica en relación con los emigrados, los refugiados y la responsabilidad contribuirá mucho a presentar soluciones adecuadas a los problemas que se plantean en esas esferas y a formular posibles medidas no sólo para Europa,

sino para todos los países. Es especialmente interesante que no sólo se estudian los aspectos del derecho civil de la responsabilidad, sino que el Comité investiga también en campos como los de la prevención, la cooperación, los distintos planteamientos de la indemnización, en particular la responsabilidad de los posibles contaminadores y la financiación pública. Las actividades del Comité no pueden por menos de favorecer el progreso de los trabajos de la Comisión; da las gracias al Observador del Comité por su presentación

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>2</sup> (continuación\*) (A/CN.4/411<sup>3</sup>, A/CN.4/419 y Add.1<sup>4</sup>, A/CN.4/L.433)**

[Tema 5 del programa]

PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS  
POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN

ARTÍCULOS 13, 14 Y 15

49. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a presentar el informe del Comité, así como los proyectos de artículos 13, 14 y 15 aprobados por el Comité (A/CN.4/L.433).

50. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que, en su sexto informe (A/CN.4/411, parte III), el Relator Especial había presentado un proyecto de artículo 11 revisado titulado «Actos que constituyen crímenes contra la paz», que la Comisión remitió al Comité de Redacción en su 40.º período de sesiones, en 1988. Dicho artículo se componía de siete párrafos, cada uno de los cuales se refería a un crimen determinado. Como figura en el informe de la Comisión sobre su 40.º período de sesiones<sup>5</sup>, se llegó a un consenso en la Comisión de que cada uno de esos crímenes debía ser objeto de un artículo separado.

51. Si se aprueban todas las propuestas del Relator Especial, el título I (Crímenes contra la paz) del capítulo II (Actos que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad) del proyecto de código comprenderá siete artículos relativos a la agresión, la amenaza de agresión, la intervención, la violación de las obligaciones que imponen los tratados destinados a garantizar la paz y la seguridad internacionales, la violación de las obligaciones que imponen los tratados que prohíben el emplazamiento o el ensayo de armas en determinados territorios, el sometimiento de un pueblo a la dominación colonial o, en una variante, a la subyugación, dominación o explotación extranjeras, y el mercenarismo.

52. El Comité de Redacción ha intentado en el presente período de sesiones examinar esos artículos y completar así la parte relativa a los crímenes contra la paz. No obstante, a pesar de sus esfuerzos, no lo ha conseguido, y sólo puede proponer tres artículos: el artículo 13 (Amenaza

de agresión), el artículo 14 (Intervención) y el artículo 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera). El Comité de Redacción ha estudiado asimismo la incorporación de un nuevo artículo relativo a la preparación de la agresión, cuestión que ya fue examinada por la Comisión en 1988<sup>6</sup>. El Sr. Shi y el Sr. Barsegov presentaron una propuesta sobre el posible contenido de un artículo relativo a la planificación y preparación de la agresión. Tras un examen muy preliminar, el Comité llegó a la conclusión de que la cuestión requeriría un estudio más a fondo que no era posible llevar a cabo en el presente período de sesiones. Ha decidido, por lo tanto, examinar esa propuesta en el 42.º período de sesiones, en 1990. Con ánimo de cooperación, sus autores no se han opuesto a esa decisión.

53. El Comité ha preparado los artículos 13, 14 y 15 en lo que estima que ha de ser el estilo de redacción normal de todos los artículos del capítulo II del código relativo a crímenes concretos. El título de cada artículo señala el crimen, y el texto describe el acto tipificado como crimen. Por ejemplo, el artículo 15 lleva por título «Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera»: esto es el crimen. El texto dice: «El hecho de establecer o de mantener por la fuerza una dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas». Esto es el acto constitutivo del crimen o tipificado como tal, como ponen de relieve los textos español y francés, que empiezan con las palabras «El hecho de establecer o de mantener...». Lo mismo cabe decir de los artículos 13 y 14.

54. El artículo 12 (Agresión), aprobado provisionalmente por la Comisión en su 40.º período de sesiones, en 1988<sup>7</sup>, tiene una estructura diferente y más complicada, debido en parte al hecho de que los actos tipificados como crimen de agresión fueron ya señalados por la Asamblea General en la Definición de la agresión, de 1974<sup>8</sup>, y la Comisión no deseaba apartarse de ese texto salvo en la medida exigida por motivos relacionados con la naturaleza jurídica del código. Otra razón es que el párrafo 1 se incluyó en el artículo 12 sólo provisionalmente y puede muy bien desaparecer en el futuro, como se indica en el párrafo 1 del comentario a ese artículo. Así pues, no se puede considerar que el artículo 12 establezca normas de redacción para los demás artículos del capítulo II: el Comité de Redacción tendrá que examinar más adelante la cuestión de una presentación formal coherente. Desgraciadamente, en el actual período de sesiones no ha habido tiempo de abordar esta cuestión y el Comité se ha limitado a preparar los artículos 13, 14 y 15 basándose en un modelo que quizás se adopte para todos los artículos de ese capítulo del código.

ARTÍCULO 13 (Amenaza de agresión)

55. El texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 13<sup>9</sup> dice:

\* Reanudación de los trabajos de la 2107ª sesión

<sup>2</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

<sup>4</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

<sup>5</sup> *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 71, párr. 277

<sup>6</sup> *Ibid.*, págs. 63 y ss., párrs. 224 a 228

<sup>7</sup> Para el texto y comentario, *ibid.*, págs. 77 y ss.

<sup>8</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo

<sup>9</sup> Para el texto correspondiente (art. 11, párr. 2) presentado por el Relator Especial y un resumen del debate de la Comisión en su período

### Artículo 13.—Amenaza de agresión

La amenaza de agresión consistente en declaraciones, comunicaciones, demostraciones de fuerza o cualquier otra medida que puedan dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado.

56. El Comité de Redacción ha decidido que la amenaza de agresión, aunque no es fácil de definir, debía figurar en el proyecto de código, como recomendaba el Relator Especial y de conformidad con el precedente del proyecto de código de 1954 (art. 2, párr. 2). En la elaboración del artículo 13, el Comité se ha preocupado, ante todo, de describir lo más concretamente posible las formas que puede adoptar la amenaza de agresión y, después, de distinguir entre las amenazas efectivas de agresión y los meros excesos verbales.

57. El Comité ha destacado, como posibles formas de amenaza de agresión, las declaraciones, en el sentido de mensajes públicos en forma verbal o escrita; las comunicaciones, en el sentido de expresiones de intención no revelada públicamente, sino contenida en la correspondencia o manifestada verbalmente, incluso por teléfono, y las demostraciones de fuerza, como las concentraciones de tropas o los despliegues de fuerza militar. Se trata, sin embargo, de una lista ejemplificativa, como se desprende de las palabras «o cualquier otra medida».

58. Por lo que respecta a la distinción entre una amenaza efectiva de agresión y los meros excesos verbales, se han incluido las palabras «que pueda dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer» con objeto de establecer un criterio objetivo, en la medida de lo posible, para determinar si un comportamiento o manifestación de intención particular equivale a una amenaza de agresión. Esa determinación dependerá, naturalmente, de las circunstancias de cada caso y sólo podrá hacerse *post facto* por el juez a la luz de esas circunstancias. No obstante, el Comité de Redacción opina que el criterio de lo prudential o razonable cumple un fin útil en este contexto.

59. El Sr. ILLUECA dice que el artículo 13 es importantísimo para la región latinoamericana, donde aún hay países que se debaten en la lucha iniciada por Simón Bolívar contra el despotismo interno y la dominación foránea.

60. Aunque está de acuerdo con el propósito del artículo, por cuanto tipifica la amenaza de agresión como crimen separado, estima que las palabras «o cualquier otra medida que pueda dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado» no son satisfactorias. Esas palabras introducen un elemento subjetivo según el cual parece que cuando se trata de medidas distintas de las declaraciones, comunicaciones y demostraciones de fuerza, la amenaza de agresión sólo resulta criminal si el Estado objeto de la amenaza cree que se está preparando una agresión contra él. Sin embargo, la determinación de los elementos constitutivos del crimen es tarea que corresponde al juzgador, con sujeción al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La definición de la amenaza de agresión que se da en el artículo 13 no debe prestarse a confusión con la llamada agresión indirecta ni con la denominada agresión ideológica, que implica ataques de propaganda hostil que por su magnitud ponen en peligro la seguridad del Estado afecta-

do, ni con el concepto de coacción económica enunciado en el artículo 32 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados<sup>10</sup> y que recoge también el artículo 19 de la Carta de la OEA<sup>11</sup>.

61. Además, aunque el proyecto de código está destinado a aplicarse a los individuos, los Estados no deben escapar a la responsabilidad que les corresponde por los actos criminales cometidos por individuos que actúan en su nombre. Baste recordar a este respecto el párrafo 2 del artículo 5 de la Definición de la Agresión de 1974<sup>12</sup> y más especialmente el artículo 52 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969<sup>13</sup>, según el cual:

Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas

62. El Sr. McCAFFREY dice que los tres artículos que se han presentado a la Comisión (arts. 13, 14 y 15) le plantean muchas dificultades, ya que no ponen en absoluto en claro por qué acciones individuales un delincuente puede ser procesado y castigado en virtud del código. Se ha decidido que los sujetos del código son los individuos y no los Estados, pero el artículo 13, por ejemplo, da a entender lo contrario. Se pregunta, por consiguiente, si no sería posible formular para cada uno de los tres artículos, o quizás como cláusula general de encabezamiento del título I (Crímenes contra la paz) del capítulo II del proyecto, una disposición de la índole de la del párrafo 1 del artículo 12 (Agresión), aprobado provisionalmente por la Comisión en 1988<sup>14</sup>.

63. Hay que tener constantemente presente el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que exige que la redacción de las disposiciones de derecho penal sea muy específica. Por ejemplo, el artículo 13, que a su juicio es una disposición vaga, podría, de ser aplicado por los tribunales nacionales en vez de por un tribunal internacional, dar origen a un revoltijo de decisiones contradictorias, al igual que otras disposiciones del código, a menos que se redacten en términos muy precisos. Sin embargo, el problema principal que plantea el artículo 13 es que no exige ninguna intención específica de amenazar con la agresión por parte del presunto agresor, en tanto que en la mayoría de los sistemas de derecho penal se exige tal intención, especialmente para los crímenes más graves como los que recoge el código.

64. Las otras dificultades derivan del enunciado del artículo 13. Prescindiendo totalmente del hecho de que, en su opinión, la amenaza de agresión es una infracción demasiado vaga para ser incluida en el código, ¿qué se entiende exactamente por la expresión «demostraciones de fuerza»? ¿Comprende las maniobras militares o los simulacros de guerra, por ejemplo? No lo sabe, pero le parece que el artículo en general se prestaría —cuando no incitaría realmente— a que unos Estados acusaran a otro Estado o a un funcionario de otro Estado de haber cometido el crimen de amenaza de agresión.

<sup>10</sup> Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974

<sup>11</sup> Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, pág. 3), enmendada por el «Protocolo de Buenos Aires» de 27 de febrero de 1967 (*ibid.*, vol. 721, pág. 266)

<sup>12</sup> Véase nota 8 *supra*

<sup>13</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, pág. 443

<sup>14</sup> Véase nota 7 *supra*

65. Por último, ciertos ordenamientos jurídicos permiten que un individuo sea juzgado en rebeldía, lo que parece aumentar las posibilidades de utilización del artículo 13 con fines políticos o de otra índole y, de ese modo, intensificar el peligro que crea el artículo mismo. Por ejemplo, un funcionario podría ser acusado de haber cometido la amenaza de agresión, ser juzgado en rebeldía y ser condenado, todo ello para lograr algún tipo de ventaja política. No cree que sea esto lo que pretende la Comisión con el código, y por esta y otras razones no puede, por lo tanto, aceptar el artículo 13 en su forma actual. En realidad, abriga serias dudas acerca de la posibilidad de redactar un artículo de esa naturaleza de forma que sea aceptable en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

66. El Sr. FRANCIS conviene con el Sr. McCaffrey en que el artículo 13 es vago y dice que hay que incorporar más cosas no sólo al artículo 13, sino también al artículo 14 para tener en cuenta los elementos pertinentes de la Definición de la agresión de 1974<sup>15</sup> 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<sup>16</sup>. Como se ha señalado ya, un concepto fundamental de ambas disposiciones es el de los actos que constituyen una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales. Como la amenaza de agresión está desde el principio dirigida contra la paz y la seguridad internacionales, sugiere que, para dar más fuerza al artículo 13, se sustituyan las palabras «que pueda dar al gobierno de otro Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado» por «que constituya una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales».

67. El Sr. MAHIU dice que, en comparación con el párrafo 2 del artículo 2 del proyecto de código de 1954, el artículo 13 representa indiscutiblemente un progreso, pues es importante distinguir con precisión los elementos —declaraciones, comunicaciones y demostraciones de fuerza— que permitirán la determinación de la amenaza de agresión. Las palabras «o cualquier otra medida» se han incluido, por supuesto, para evitar una definición demasiado estricta, pero van acompañadas del requisito de que debe haber razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión. Un motivo de preocupación, sin embargo, es que, a tenor de lo dispuesto en el artículo, corresponderá al gobierno del Estado que cree que se contempla una agresión contra él determinar si hay amenaza de agresión. Como ha hecho observar el Sr. McCaffrey, en su forma actual lo importante parece ser la intención del Estado objeto de esa amenaza más bien que la del Estado que la formula. El Presidente del Comité de Redacción quizás desee aclarar ese aspecto.

68. Sea como fuere, se pregunta si es necesario mantener las palabras «al gobierno de un Estado», que no sólo son restrictivas en cuanto que limitan el requisito de la intención al gobierno del Estado que se cree amenazado, sino que también pueden dar lugar por ese motivo a problemas de interpretación. Quizás sea aconsejable buscar algún tipo de enunciado más general que evite toda referencia a la intención del Estado amenazado y prevea simplemente

la determinación objetiva de ciertos actos y medidas. Por consiguiente, propone que se supriman las palabras «al gobierno de un Estado» y que, al final del artículo 13, se sustituyan las palabras «ese Estado» por «un Estado».

69. El Sr. OGISO dice que desea formular una reserva con respecto al artículo 13. No obstante las observaciones preliminares del Presidente del Comité de Redacción, sigue sin estar convencido de que sea apropiado incluir en el proyecto de código una disposición separada sobre la amenaza de agresión, especialmente antes de que la Comisión haya decidido la cuestión de una jurisdicción penal internacional.

70. Cabe considerar dos casos hipotéticos. El primero es el de una amenaza de agresión, seguida de una agresión efectiva. En tal caso, evidentemente, el individuo que haya cometido el crimen de agresión será castigado por ese crimen y se le impondrá la pena más severa. Aunque pueda ser nuevamente castigado por el crimen separado de amenaza de agresión, la pena no será más grave que por la agresión.

71. El segundo caso es aquel en que un individuo comete el crimen de amenaza de agresión, pero no lleva a cabo el acto de agresión. De conformidad con el proyecto de código, tal individuo estará sujeto a una pena aunque no se produzca el acto de agresión. Debe recordarse que el individuo que comete el crimen de amenaza de agresión no anuncia expresamente en declaraciones o comunicaciones que cometerá la agresión. En el segundo caso, por consiguiente, se darán probablemente supuestos en que ciertos actos de un Estado, como maniobras militares o advertencias dirigidas a otro Estado, se consideren como amenaza de agresión. A veces, por supuesto, se efectúan comunicaciones o declaraciones de advertencia o maniobras militares para desalentar a otro Estado de cometer un acto políticamente indeseable, y quizás no sea siempre fácil distinguir entre la amenaza de agresión y un acto legítimo de advertencia. Teóricamente, quizá sea posible castigar a un individuo por un crimen de amenaza de agresión separadamente de un crimen de agresión efectiva. Sin embargo, si el Estado al que está destinada la advertencia interpreta ésta como una amenaza de agresión e insiste en que se castigue ese acto, puede darse una escalada de la controversia política.

72. Por último, estima que corresponde a un tribunal penal internacional decidir si ha habido amenaza de agresión. Los tribunales nacionales no son órganos apropiados para adoptar tal decisión.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2135.ª SESIÓN

*Miércoles 12 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodriguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr.

<sup>15</sup> Véase nota 8 *supra*.

<sup>16</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.433)**

[Tema 5 del programa]

PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS  
POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN  
(continuación)

ARTÍCULO 13 (Amenaza de agresión)<sup>4</sup> (conclusión)

1. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) señala que varios miembros de la Comisión han puesto en tela de juicio la oportunidad del artículo 13 y dice que el Comité de Redacción no se pronuncia sobre este punto y estima que ha cumplido su cometido, que no era el de reflexionar sobre la necesidad de cualquier disposición determinada, sino el de elaborar un texto.

2. El Sr. AL-QAYSI opina que la necesidad del artículo 13 no es dudosa; dicho artículo completa el artículo 12, aprobado provisionalmente por la Comisión en el período de sesiones anterior<sup>5</sup>, y que define la agresión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. El texto propuesto es sin duda la mejor solución a que podía llegar el Comité de Redacción. Es cierto, efectivamente, que el concepto de «amenaza» no se presta fácilmente a ser definido, pero de lo que aquí se trata es de definir la «amenaza de agresión», que es una expresión apreciablemente más concreta.

3. En cuanto a si el artículo 13 es o no aceptable, su respuesta es afirmativa, en cuanto que ese texto establece una relación con el concepto de agresión, ya definido. Sin embargo, el Comité de Redacción ha dejado subsistir un elemento subjetivo, que se desprende de la fórmula «que pueda dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión». Esto encierra un elemento intencional que concierne no al Estado, sino a su gobierno, él mismo compuesto por personas. Pero así es como se llega a la idea de la responsabilidad penal de los individuos, que es la esencia del proyecto de código.

4. El artículo trata de definir una progresión dialéctica que conduce a hechos concretos, y ya se ha dicho de este respecto que se sitúa exclusivamente desde el punto de vista del Estado amenazado y no desde el del Estado que

amenaza. Presenta, pues, una elasticidad que puede ser peligrosa.

5. El Sr. Francis ha propuesto (2134.ª sesión, párr. 66) que se suprima la cláusula calificativa «que puedan dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer...», y las razones que ha aducido merecen reflexión. Mas esa enmienda tendría por efecto la desaparición al mismo tiempo del elemento material que representa la reacción del Estado amenazado. En ese caso, sólo el Consejo de Seguridad estaría facultado para resolver si ha habido o no amenaza de agresión.

6. Por todo eso, estima que lo mejor sería aceptar por ahora el artículo 13 en la forma propuesta por el Comité de Redacción y aclarar todos sus pormenores en el comentario, a fin de no dejar subsistir ninguna duda acerca de su contenido. Habría que insistir, en particular, en el hecho de que ese artículo debe leerse en relación con el artículo 12.

7. El Sr. BENNOUNA dice que considera que el texto propuesto por el Comité de Redacción es en este caso la solución que tiene menos desventajas. Constituye desde luego un progreso con respecto al proyecto de 1954, en cuanto que el Comité de Redacción ha tratado de dar una definición lo más objetiva posible.

8. No se trata, en contra de lo que se ha dicho, de dejar al arbitrio del gobierno de un Estado la cuestión de decidir si se encuentra o no amenazado; el criterio que introduce la fórmula «que pueda dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer...» da a los terceros la posibilidad de juzgar si las «declaraciones, comunicaciones, demostraciones de fuerza...» constituyen o no una amenaza.

9. El Sr. Reuter quisiera ir más lejos y añadir al concepto de intención el de chantaje. La amenaza, efectivamente, siempre trata de obtener alguna cosa: por ejemplo, determinado comportamiento del Estado que es amenazado. El Comité de Redacción no ha querido incluir esa idea, pero quizás se podría hablar de chantaje en el comentario, lo que no haría sino enriquecer el contenido del artículo 13.

10. El Sr. McCaffrey (2134.ª sesión) se ha preguntado si la intención está suficientemente presente en el concepto de amenaza. El texto del artículo 13 no deja que subsista ninguna duda, pero, para más claridad, se podría añadir un calificativo y decir, por ejemplo, «que pueda dar *intencionalmente* al gobierno de un Estado razones suficientes para creer...».

11. El Sr. BEESLEY estima indispensable el artículo 13 y dice que no se puede excluir la amenaza de agresión, ya que ésta puede tener múltiples consecuencias prácticas. Por ejemplo, un Estado poderoso puede realizar sus designios sin tener que cometer realmente una agresión. En tal caso, es decir, si no media una intervención militar efectiva, ese Estado —y, por consiguiente, los individuos que lo dirigen— no puede ser objeto de admonición. Es precisamente lo que se trata de evitar. Es un caso análogo al de la preparación de la agresión. Por otra parte, algunos derechos nacionales también establecen una diferencia entre la amenaza y el acto, por ejemplo, en la distinción entre *assault* y *battery*.

12. La intención está implícita en la amenaza. Pero, si se deja la determinación de esa intención a la víctima, vuelve a darse el problema de los terceros, que también pueden obrar en función de los peligros que perciben. Por

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2134.ª sesión, párr. 55.

<sup>5</sup> *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 71.

eso, convendría añadir al artículo 13 un elemento más objetivo, sustituyendo la frase «que pueda dar... razones suficientes para creer», que parece exageradamente subjetiva.

13. Con todo, opina que ninguna solución es buena: aceptar el texto propuesto por el Comité de Redacción puede ser fuente de incertidumbre, pero rechazarlo también abriría la puerta a interpretaciones erróneas.

14. El Sr. Sreenivasa RAO estima que el problema principal que plantea el artículo 13 es el de su aplicación. Idealmente, ésta debería confiarse a un tribunal internacional, ya que las dificultades empezarán desde que un tribunal nacional tenga que juzgar la realidad de una amenaza de agresión. En ciertos casos, como la preparación del Estado nazi para la guerra, la amenaza es bastante fácil de apreciar. Mas la historia contemporánea presenta situaciones mucho más confusas, que exigen la decisión de un tercero. La amenaza, en efecto, es fundamentalmente subjetiva, y existe toda una variedad de medios para ejercerla —piénsese, por ejemplo, en la «política de la cañonera» de antaño— en los que cada uno advertirá o no una amenaza efectiva. Si se confía la determinación de la amenaza al Consejo de Seguridad, el problema es menor.

15. En fin de cuentas, sea aplicable o no, el artículo 13 responde a la finalidad esencial del código, que es la prevención. Por lo tanto, es partidario de que se deje el texto tal como está y de que se consignen en el comentario las reservas formuladas por los miembros de la Comisión. Hay que reconocer, efectivamente, que la Comisión no ha alcanzado plenamente el fin que perseguía.

16. El Sr. RAZAFINDRALAMBO está de acuerdo en adoptar en principio el texto del Comité de Redacción, cuyas dificultades comprende. Pero la disposición propuesta sigue marcada por la subjetividad, como se ha destacado ya. Por ejemplo, ¿unas meras «declaraciones» son suficientes para constituir una amenaza de agresión? Ese elemento subjetivo adquiriría aún más importancia si el artículo 13 tuviera que ser aplicado por jueces nacionales. Sería preciso, por consiguiente, que los elementos subjetivos de la definición fueran respaldados por elementos más concretos; a las «demostraciones de fuerza», que ya figuran en ella, se podrían añadir otros elementos reales, como los «preparativos militares».

17. Por lo que respecta a la forma, el texto está redactado de tal manera que podría pensarse que la frase «que pueda dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer...» sólo califica «cualquier otra medida». Tendría, pues, que ser modificado en consecuencia.

18. El Sr. BARSEGOV dice que, para poder juzgar si el artículo 13 es necesario o no, hay que partir de la idea de que la amenaza de agresión es un hecho real, que es un acto de Estado reprobable y que, por lo tanto, el futuro código debe establecer sanciones contra los individuos culpables de ese acto.

19. Varios miembros de la Comisión han dicho ya que el texto propuesto es demasiado vago. Esto es el resultado de la manera de proceder propia del Comité de Redacción, que evita mostrarse demasiado concreto y busca soluciones que sean lo más generales posible. Por lo tanto, el texto presenta lagunas, especialmente en cuanto que no hace referencia directamente a la Carta de las Naciones Unidas ni al Consejo de Seguridad, cuya función sería en este caso determinante. La decisión del Consejo de Seguridad

sería aún más importante en caso de amenaza que en caso de agresión real, puesto que ésta es manifiesta.

20. El Sr. Sreenivasa Rao ha dicho que, aunque no se aplicara, el artículo 13 conservaría su carácter disuasorio, lo que sería conforme a la esencia del código. De todos modos cabe imaginar que en la realidad se procedería a juzgar la situación en su conjunto, en sus diversos aspectos: amenaza, preparativos, actos de agresión propiamente dichos.

21. Queda en pie la cuestión de la jurisdicción competente en esta materia. Está dispuesto a examinar la posibilidad de crear un órgano penal internacional, como, por otra parte, ha decidido la Comisión. Por el momento, es partidario de aceptar el texto tal como está, incluso imperfecto, y dedicarse a perfeccionarlo progresivamente, teniendo en cuenta todas las opiniones a que dé lugar.

22. El Sr. THIAM (Relator Especial) se asombra de que ciertos miembros de la Comisión pongan en tela de juicio la necesidad de incluir la amenaza de agresión en el código, cuando se refiere a ella expresamente el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y, por lo tanto, la Comisión está obligada a ocuparse de ella. 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<sup>6</sup>, aprobada por unanimidad, contiene varias disposiciones que proscriben la amenaza de agresión. Además, en su fallo en el asunto de *Nicaragua*<sup>7</sup>, la CIJ estimó que la amenaza de agresión figuraba entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aunque constituyese un crimen de menor gravedad.

23. Recuerda que el problema podía abordarse de dos maneras: bien refiriéndose a la amenaza sin definirla y dejando al arbitrio del juez la apreciación de los hechos, que es el método en derecho interno, o bien, como quisieran los que defienden una concepción restrictiva del proyecto de código, enumerando las diferentes formas posibles de amenaza. El Comité de Redacción y el Relator Especial se han esforzado por dar satisfacción a los defensores de la segunda solución. Ya no es hora de volver a abrir el debate, sino de hacer propuestas concretas, si así se desea.

24. El Sr. KOROMA sugiere que se adopte en relación con el proyecto de código el método seguido en el presente período de sesiones con ocasión del examen en segunda lectura del proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, cuando se invitó al Relator Especial a que hiciera algunas observaciones sobre cada uno de los artículos después de su presentación por el Presidente del Comité de Redacción. Desearía asimismo que el Presidente del Comité de Redacción y el Relator Especial interviniesen más a menudo en el debate para proporcionar las debidas aclaraciones, lo que abreviaría la discusión. Ahora bien, si la definición de la agresión necesitó 20 años de esfuerzos, no es sorprendente que la definición de la amenaza de agresión sea objeto de un largo cambio de impre-

<sup>6</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo

<sup>7</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *fond*, fallo de 27 de junio de 1986, *C I J Recueil 1986*, pag. 14



siones. Se felicita, por otra parte, del análisis minucioso que suscitan los trabajos del Comité de Redacción. Pero invita al Relator Especial a que redacte para el artículo 13 un comentario lo más detallado posible.

25. El artículo 13 no es a todas luces perfecto, pero tal como están las cosas es satisfactorio. Hay que leerlo a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y del contexto histórico, es decir, a la luz del desarrollo del derecho que prohíbe el recurso a la fuerza y del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>8</sup>. La amenaza de agresión, desgraciadamente, es una realidad que ya ha provocado en el pasado los efectos previstos por los Estados y que no debe ser pasada por alto en el proyecto de código.

26. En el caso de crímenes como la amenaza de agresión, es inútil estipular que debe haber habido daño efectivo; basta con demostrar la existencia de una intención objetiva para que la amenaza de agresión constituya un crimen internacional. Dicho de otro modo, basta que el Estado perciba la amenaza de agresión de que es objeto para que ese Estado tenga motivo para denunciarla.

27. La amenaza de agresión puede imputarse a la vez a un individuo y a un Estado, aun cuando por el momento quede entendido que sólo están comprendidos en el ámbito del código los hechos imputables a los individuos. Sin embargo, antes de los artículos 13 y siguientes del proyecto convendría insertar una cláusula preliminar redactada así: «Constituyen amenazas contra la paz los crímenes siguientes:».

28. En respuesta a lo que dijo el Sr. Francis en la sesión anterior, señala que existe una diferencia entre el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, al que ya se ha referido, y el artículo 13 que se examina. El artículo 19 enuncia una norma *erga omnes*, y aplicada aquí, una norma *erga omnes* significaría que no sólo el Estado amenazado, sino cualquier miembro o cualquier órgano colectivo de la comunidad internacional puede denunciar la violación de una obligación internacional. La situación es diferente en el caso del artículo que se examina, en el que corresponde a la posible víctima efectuar la denuncia.

29. En conclusión, el texto que examina la Comisión es, por ahora, el mejor que podía redactar el Comité de Redacción. Sin embargo, dadas las observaciones y críticas que ha suscitado, se impone un largo comentario. La Comisión, cuando examine este artículo en segunda lectura o, incluso, más adelante, podrá dedicarse a mejorarlo.

30. El Sr. TOMUSCHAT dice que el Comité de Redacción ha hecho todo lo posible por presentar un texto razonable, que pueda ser aplicado, pero ese texto requiere algunas mejoras. Por ejemplo, el Comité de Redacción estima que ha introducido un elemento objetivo suficiente en el artículo 13 al utilizar las palabras «que pueda dar... razones suficientes», ya que, según el Comité, esa fórmula no deja al solo arbitrio del Estado amenazado la apreciación de los hechos. Sin embargo, dado el número de oradores que han criticado el carácter subjetivo del texto, aparentemente éste necesita ser consolidado.

31. Es cierto también que habría que establecer un vínculo entre el artículo 12 (Agresión), aprobado provisio-

nalmente en el período de sesiones anterior<sup>9</sup>, y el artículo 13. Más concretamente, la Comisión no puede descuidar el papel del Consejo de Seguridad, cuyas decisiones deberían tener fuerza obligatoria, como se indica en el párrafo 5 del artículo 12. Una disposición de la misma índole no estaría de más en el artículo 13.

32. El artículo 13 forma parte de las disposiciones del proyecto de código que no pueden ser aplicadas por los tribunales nacionales. Es alentador, pues, ver cómo despunta un consenso sobre la idea de crear un tribunal penal internacional para que conozca de los crímenes del tipo de la amenaza de agresión. El proyecto de código, en efecto, versa sobre dos categorías de crímenes: una compuesta de crímenes en el sentido más o menos tradicional del término, como los crímenes de guerra, que son obra de individuos, y la otra que invita al análisis de una situación histórica compleja que conjuga toda una serie de hechos que los tribunales nacionales no están en condiciones de juzgar. De ahí la necesidad de crear a toda costa un tribunal penal internacional.

33. El Sr. BARBOZA comprende las dificultades con que ha tropezado el Comité de Redacción, que no ha hecho más que cumplir la tarea que le había encomendado la Comisión. Un artículo sobre la amenaza de agresión está en su lugar en el proyecto de código, por las razones que ha dado el Relator Especial. Aún hay más: si la agresión propiamente dicha es el más grave de los crímenes contra la paz, no es menos cierto que, generalmente, al elaborarse un código penal se suele encerrar un bien jurídico dentro de toda una serie de círculos de protección. En este caso, el bien jurídico es la paz. La agresión y la amenaza de agresión son los males contra los que hay que defenderla. En general, los códigos penales nacionales prohíben el mero hecho de tenencia de armas, aunque éstas no sirvan para cometer un crimen; de ese modo, refuerzan la protección contra el crimen mismo. En el presente caso, la amenaza de agresión es uno de los elementos que se suman al crimen más grave aún contra el que la comunidad internacional trata de protegerse.

34. Por lo que hace a la intención, hay casos en que evidentemente es más difícil sacarla a la luz que en otros. Mas el problema sigue siendo el mismo: la intención de cometer un crimen debe deducirse de los hechos. La fórmula que ha encontrado el Comité de Redacción para el artículo 13 no es mala. Tal vez se preste a ciertas modificaciones de carácter secundario, pero está impregnada de objetividad suficiente. La realidad de la amenaza de agresión deberá deducirse del contexto general en que se presente, es decir, de una constelación de circunstancias que den al tribunal competente una idea de la intención perseguida.

35. Opina también que la amenaza de agresión, como además otros crímenes a que se refiere el proyecto de código —la agresión misma, el genocidio—, no puede ser juzgada por tribunales nacionales. Pero el hecho de que no se haya resuelto todavía esta cuestión no es motivo para no incluir un artículo sobre la amenaza de agresión. La presencia de ese artículo reforzará el papel instructivo y ejemplificativo del código.

36. En cuanto al texto propiamente dicho, es partidario de darle un estilo más «dramático», hablando, por ejem-

<sup>8</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 19.

<sup>9</sup> Véase nota 5 *supra*.

plo, de razones «graves» en vez de «suficientes» y de «inminencia» de la agresión.

37. El Sr. ARANGIO-RUIZ estima convincentes los argumentos aducidos en favor del artículo 13, que responde perfectamente a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, la cual no prohíbe sólo el recurso a la fuerza, sino también la amenaza del uso de la fuerza. Sin embargo, la aprobación de un texto de esa índole es un motivo más para elaborar cuanto antes el estatuto de un tribunal penal internacional. El proyecto de código sólo tendrá una existencia real en derecho internacional si existe un medio de hacerlo efectivo distinto de las jurisdicciones nacionales. Estas sólo pueden aportar una solución en relación con los crímenes de guerra, en el sentido restringido de la expresión, es decir, en caso de violación del derecho de la guerra terrestre, aérea o marítima. En lo que concierne a todos los demás crímenes incluidos en el código, ya sean crímenes contra la paz —entre ellos la amenaza de agresión— o crímenes contra la humanidad, se impone la necesidad de un tribunal internacional. Insiste tanto más sobre este punto cuanto que tiene la impresión de que muchos miembros de la Comisión comparten ese punto de vista.

38. Aunque no sea fácil mejorar la redacción del artículo 13, vale la pena revisar ciertas expresiones que son defectuosas. Así ocurre en los textos francés e inglés con las palabras «bonnes raisons» y «good reason», que quizás convendría sustituir por el equivalente de «razones suficientes», que tiene carácter más objetivo. Asimismo, ¿qué hay que entender por la expresión «que se contempla seriamente»? Sería mejor hablar de amenaza «organizada», lo que permitiría poner más de relieve la realidad de la amenaza.

39. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice, para calmar las preocupaciones de los miembros de la Comisión que han mencionado de nuevo la cuestión de la jurisdicción competente, que efectivamente tiene el propósito de someter a la Comisión un proyecto de estatuto de tribunal penal internacional, pero que primero debe ocuparse de los crímenes. Es precisamente para evitar los posibles extravíos de los tribunales nacionales por lo que ha intentado, con ayuda del Comité de Redacción, determinar lo más exactamente posible los diversos elementos constitutivos de la amenaza de agresión; de este modo, si incumbe finalmente a los tribunales nacionales la aplicación del código, éstos sabrán cuáles son los elementos concretos que hay que tener en cuenta para la comprobación de si hay amenaza.

40. Dirigiéndose a los miembros de la Comisión que se preocupan de la cuestión del autor del acto, añade que ha empezado por definir los actos, pero que después se dedicará a establecer el vínculo entre el acto así definido y el autor. Sea como fuere, sólo puede tratarse aquí de individuos, puesto que la responsabilidad penal del Estado no cae dentro del ámbito del tema. Esos individuos, desde el momento en que cometen crímenes contra la paz, son generalmente, si no exclusivamente, personas que ejercen un poder político. La Comisión estudiará más tarde cómo ese aspecto de la cuestión debe expresarse en el proyecto de código. El proyecto de código de 1954 se refería a las autoridades de un Estado, expresión que atrajo las críticas de muchos miembros de la Comisión. Baste por ahora decir que el código se aplicará a individuos que, en el caso de crímenes contra la paz, sólo pueden ser individuos titulares de un poder público.

41. El Sr. McCAFFREY comprueba que el argumento principal que han aducido el Relator Especial y otros miembros de la Comisión a favor del artículo 13 estriba en que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>10</sup>, en particular, prohíben la amenaza de agresión. Ahora bien, la Comisión no puede sin más ni más recoger en el código todos los elementos que figuran en los instrumentos internacionales, sino que debe proceder a una selección en función de la gravedad de los actos y con miras a la aplicación del código. Dejando a un lado la gravedad de los actos —y la amenaza de agresión es indudablemente un acto grave— y ateniéndose al problema de la aplicación del código, resulta difícilmente concebible que los Estados puedan confiar a tribunales nacionales el cometido de determinar la realidad de una amenaza de agresión, a menos que ese crimen se defina con mucha más precisión y objetividad. No está así definido en el texto propuesto por el Comité de Redacción, se trata de una definición general, suficiente quizá para el Consejo de Seguridad o para un tribunal penal internacional, pero que ciertamente no lo es para unos tribunales nacionales. En realidad, estaría de acuerdo en referirse explícitamente en el artículo 13 al papel del Consejo de Seguridad, aunque ese papel no pueda ser siempre determinante.

42. Advierte que son varios los miembros de la Comisión que, sin oponerse a la inclusión en el proyecto de código de un artículo sobre la amenaza de agresión, abrigan en su mayoría vivas reservas con respecto al texto del artículo 13 propuesto por el Comité de Redacción. Siendo así, ¿cómo presentar a la Asamblea General ese texto como si fuera un texto de la Comisión? Lo mejor sería probablemente indicar en el informe de la Comisión, y no sólo en las actas de la sesión, que el Comité de Redacción ha propuesto a la Comisión un artículo sobre la amenaza de agresión —cuyo texto se reproduciría en nota de pie de página—, que el debate en la Comisión no ha sido concluyente y que se reanudará en el próximo período de sesiones.

43. El Sr. REUTER estima necesario un artículo sobre la amenaza de agresión y aprueba el texto del artículo 13 propuesto por el Comité de Redacción, en la inteligencia de que por la expresión «gobierno de un Estado» se entienden «todo gobierno responsable de un Estado», es decir, consciente de la gravedad de su tarea.

44. El Sr. JACOVIDES cree que, puestas así las cosas, lo mejor sería dejar tal como está el artículo 13 propuesto por el Comité de Redacción, sin perjuicio de volver a él en relación con el conjunto del proyecto de código. Sean cuales sean las controversias sobre la necesidad y el enunciado de ese texto, el hecho es que la Carta de las Naciones Unidas menciona explícitamente la amenaza de agresión.

45. Por su parte, estima importante la expresión «razones suficientes» —que, en su interpretación, no sólo remite a la opinión del Estado amenazado, sino también a criterios objetivos— y desea que sea un tribunal penal internacional el que constate la realidad de la amenaza de agresión.

46. El Sr. EIRIKSSON también estima necesario un artículo sobre la amenaza de agresión, pero opina que el texto propuesto por el Comité de Redacción se presta a

<sup>10</sup> Véase nota 6 *supra*.

confusión. ¿Se trata de una tentativa de definición de la amenaza de agresión o de la determinación —por orden creciente, al parecer— de los umbrales más allá de los cuales la amenaza de agresión correspondería al ámbito del proyecto de código? En realidad, distingue dos umbrales en el artículo 13: el primero, constituido por el criterio pretendidamente objetivo de las «razones suficientes», y el segundo, el que traducen las palabras «que se contempla seriamente». Y, al igual que otros miembros de la Comisión, abriga reservas con respecto de esas dos expresiones.

47. A su juicio, el artículo sobre la amenaza de agresión debería inscribirse en el marco de las medidas apropiadas para fomentar la confianza, tan del gusto de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, y tender a evitar toda posibilidad de legítima defensa preventiva. Por eso, y para disipar cualquier impresión de gradación en los actos constitutivos de la amenaza de agresión, el artículo 13 podría redactarse así:

«El hecho de recurrir a una amenaza de agresión consistente en cualquier medida, sea cual fuere, incluidas las declaraciones, comunicaciones o demostraciones de fuerza, que pueda dar a un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra él.»

48. El Sr. THIAM (Relator Especial) opina que la Comisión ha examinado todos los aspectos de la cuestión. Se han hecho interesantes propuestas para mejorar el texto del artículo 13 propuesto por el Comité de Redacción, pero la casi totalidad de los miembros de la Comisión parecen estar de acuerdo en la necesidad de un artículo sobre la amenaza de la agresión. Tiene el propósito de recoger en el comentario relativo al artículo todas las propuestas de forma, lo que ayudará a la Comisión cuando llegue a la fase de la segunda lectura.

49. Sin embargo, le preocupa la actitud de ciertos miembros de la Comisión para el conjunto del proyecto de código y señala, en primer lugar, que la Comisión ha reanudado sus trabajos sobre este tema a petición de la Asamblea General, y que conviene respetar esa decisión; en segundo lugar, que si es suficiente que un miembro de la Comisión se oponga a tal o cual texto para que éste no se remita a la Sexta Comisión de la Asamblea General, la Comisión acabará por no remitirle ninguno más. El código es lo que es; guste o no, la Comisión debe cumplir el mandato que le ha encomendado la Asamblea General.

50. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) destaca que el presente debate gira en torno a dos grandes cuestiones: la de la competencia (tribunales nacionales o tribunal internacional) y la de la relación entre los actos del Estado y la responsabilidad de los individuos. Mas esas dos cuestiones se plantean en relación con otros artículos del proyecto de código y no es ciertamente en el marco del artículo 13 que ahora se examina que el Comité de Redacción podía responder a ellas.

51. En respuesta al Sr. Barsegov, puntualiza que la cuestión de la necesidad del artículo 13 es de la competencia de la Comisión y no del Comité de Redacción, que sólo es un órgano subsidiario. El Comité de Redacción ha trabajado sobre un artículo relativo a la amenaza de agresión porque estimaba que tal era el deseo de la Comisión.

52. En respuesta al Sr. Razafindralambo, aclara que no sólo «cualquier otra medida», sino también las declaracio-

nes, comunicaciones o demostraciones de fuerza deben ser de tal índole «que puedan dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado». El texto del artículo es claro sobre este punto, pero no sería inútil que el Relator Especial lo confirmase en el comentario.

53. En resumen, las modificaciones del texto que se proponen son bastante poco numerosas. La sugerencia del Sr. Eiriksson (párr. 47 *supra*) habría podido ser útil en la fase del examen del artículo en el Comité de Redacción, pero en cualquier caso no es indispensable y quizá presente más inconvenientes que ventajas. Al Sr. Mahiou (2134.ª sesión), que teme que el gobierno del Estado víctima en potencia tenga un papel determinante en la comprobación de la realidad de la amenaza de agresión, contesta que la lógica exige que sea el Estado que se estima amenazado el que denuncie la amenaza de agresión, y que corresponderá después al tribunal competente pronunciarse sobre la realidad de la amenaza. Si el Estado interesado mismo no se siente amenazado, parece difícil considerar que exista un crimen de amenaza de agresión. En cuanto a la sugerencia del Sr. McCaffrey, sólo retrasaría aún más los trabajos de la Comisión. Por otra parte, es poco probable que el Comité de Redacción pueda presentar en el próximo período de la Comisión un texto muy diferente del texto que ahora se examina. Ese texto del artículo 13 dista sin duda de ser perfecto y deberá ser minuciosamente revisado —tal vez con ocasión de una tercera lectura, que parece imponerse en el caso concreto del código—, pero la Comisión podría adoptarlo en su forma actual por el momento.

54. El Sr. BEESLEY, teniendo en cuenta las diversas propuestas que acaban de formularse, sugiere que, en primer lugar, se indique en una nota de pie de página el papel del Consejo de Seguridad —aunque el Relator Especial probablemente ya piense en ello—, y en segundo lugar, aunque sin insistir, que se modifique el artículo 13 de la manera siguiente:

«El hecho de recurrir a una amenaza de agresión, incluidas las declaraciones, comunicaciones, demostraciones de fuerza o cualquier otra medida con que se amenace de agresión.»

55. El PRESIDENTE cree que este debate era imprescindible. Demuestra que la Comisión es perfectamente consciente de los inevitables problemas y dificultades de forma y de fondo, que el artículo 13 debe leerse en relación con los demás artículos del proyecto de código y que queda por resolver la cuestión de la cláusula preliminar. Por lo tanto, recomienda a la Comisión que apruebe el artículo propuesto por el Comité de Redacción en la inteligencia de que se indique en el comentario que ese artículo será reexaminado a la luz de las observaciones que se hagan en la Sexta Comisión de la Asamblea General y de los artículos pendientes del mismo capítulo.

56. El Sr. ARANGIO-RUIZ repite que sólo puede aceptar el artículo 13 a condición de que se prevea elaborar un estatuto de tribunal penal internacional.

57. El Sr. FRANCIS subraya que la amenaza de agresión pone en peligro la paz y la seguridad internacionales y propone que, por ahora, se incluya entre corchetes la frase: «que pueda dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado». Esta propuesta no es algo insólito en la Comisión, y en el período de sesiones siguiente some-

terá a la Comisión propuestas de modificación del artículo 13.

58. El Sr. McCAFFREY no se opone a la propuesta del Presidente, a condición de que se aclare en el comentario que el artículo 13 ha suscitado vivas reservas por parte de muchos miembros de la Comisión.

59. El PRESIDENTE contesta que el Relator Especial ha indicado ya que se mencionarán esas reservas en el comentario sobre el artículo.

60. El Sr. BENNOUNA subraya que existe una diferencia entre el informe de la Comisión, que expone la opinión de los diversos miembros de ésta, y los comentarios sobre los artículos, que son una interpretación colectiva de los textos aprobados. Mencionar las reservas en un comentario sólo podría ser fuente de confusión.

61. El PRESIDENTE, comprobando que el Sr. Francis no insiste en su propuesta, dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba provisionalmente el artículo 13 tal como ha sido propuesto por el Comité de Redacción, en la inteligencia de que se indicará en el comentario que el artículo se examinará más tarde a la luz de las observaciones que hagan los gobiernos en la Sexta Comisión de la Asamblea General y de los artículos pendientes del mismo capítulo.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el artículo 13.*

#### ARTÍCULO 14 (Intervención)

62. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 14<sup>11</sup>, que dice:

##### *Artículo 14.—Intervención*

1. La intervención en los asuntos internos o externos de un Estado mediante el fomento de actividades [armadas] subversivas o terroristas, o la organización, ayuda o financiación de tales actividades o el suministro de armas para tales actividades, atentando así [gravemente] contra el libre ejercicio por ese Estado de sus derechos soberanos.

2. Ninguna de las disposiciones de este artículo podrá en modo alguno redundar en perjuicio del derecho a la libre determinación de los pueblos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

63. El texto del párrafo 1 del artículo 14 que propone el Comité de Redacción combina elementos sacados de cada una de las dos variantes presentadas por el Relator Especial. Como la primera variante, ese texto menciona el ataque a los derechos soberanos del Estado, en los que la CIJ, en su fallo en el asunto de *Nicaragua*<sup>12</sup>, ha visto un elemento esencial de la intervención, y como la segunda, especifica cuáles son los actos concretos constitutivos de intervención. La fórmula «la intervención en los asuntos internos o externos de un Estado» ya figuraba en las dos variantes mencionadas, así como en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>13</sup> (tercer principio).

<sup>11</sup> Para el texto correspondiente (art. 11, párr. 3) presentado por el Relator Especial y un resumen del debate de la Comisión en su período de sesiones anterior, véase *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), págs. 64 y ss., nota 276 y párrs. 231 a 255.

<sup>12</sup> Véase nota 7 *supra*.

<sup>13</sup> Véase nota 6 *supra*.

64. Como sin duda recordarán los miembros de la Comisión, el Relator Especial establecía en su segunda variante, como se había hecho en el proyecto de código de 1954, una distinción entre los diversos actos de intervención, abordando en dos apartados distintos «la guerra civil... o cualesquiera formas de desórdenes o sublevaciones...», por una parte, y las actividades terroristas, por otra. El texto propuesto por el Comité de Redacción engloba en una sola frase las actividades armadas subversivas y terroristas. El Comité de Redacción se ha inspirado a este respecto en el tercer principio (segundo párrafo) de la Declaración de 1970, que dispone que todos los Estados deberán también «abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas, encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en las luchas interiores de otro Estado». No obstante, el Comité de Redacción ha estimado preferible referirse a «actividades subversivas» más bien que a «guerra civil... o cualesquiera formas de desórdenes o sublevaciones...», ya que la noción de subversión es a su juicio más amplia y se adapta mejor al contexto del artículo 14.

65. El Comité de Redacción ha procurado mantener sólo los actos cuya gravedad justifica que sean declarados punibles en el código como crímenes contra la paz. Por eso, algunos miembros del Comité de Redacción fueron partidarios de incluir, antes de las palabras «subversivas o terroristas», la palabra «armadas». Otros, por el contrario, estimaban que toda actividad subversiva que tenga por efecto atentar contra los derechos soberanos de los Estados puede considerarse como un crimen contra la paz, medie o no el uso de la fuerza armada. Esta es la razón de que el término «armadas» figure entre corchetes. También se ha incluido entre corchetes la palabra «gravemente», a causa de otra divergencia de opiniones.

66. En cuanto al párrafo 2, que se asemeja a una cláusula de reserva, se inspira en el artículo 7 de la Definición de la agresión de 1974<sup>14</sup>, y sin duda no necesita explicación. Se ha incluido provisionalmente en el artículo 14, ya que puede ocurrir que una cláusula similar resulte necesaria en otros crímenes contra la paz. Por último, los miembros de la Comisión habrán advertido la diferencia entre la última parte del párrafo 2 y las palabras que a los mismos efectos figuran al final del artículo 15. Tal vez sea necesario armonizar ambos textos, pero el Relator Especial opina que hay que esperar para ello a que se haya examinado el artículo 15.

67. El Sr. MAHIOU dice que es partidario de suprimir la palabra «armadas», a fin de que el párrafo 1 no constituya una duplicación del apartado g del párrafo 4 del artículo 12 (Agresión), que la Comisión ya ha aprobado provisionalmente<sup>15</sup>, pero de conservar la palabra «gravemente», que es necesaria para calificar la intervención.

68. El Sr. McCAFFREY dice que, cuando el Comité de Redacción examinó el artículo 14, ya expresó serias reservas con respecto a esta disposición, sobre la que se pregunta si tiene cabida en el código. A su juicio, aunque el Comité de Redacción haya mejorado el texto, el crimen de intervención sigue sin estar definido con suficiente pre-

<sup>14</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

<sup>15</sup> Véase nota 5 *supra*.

cisión para que el artículo sea aplicable por tribunales nacionales, ni tampoco por un tribunal internacional.

69. Además, no comprende lo que se entiende por «intervención en los asuntos externos». Aun suponiendo que ese tipo de intervención exista, se pregunta cómo podría ser bastante grave para formar parte de los crímenes «más graves entre los más graves». Es también porque el código debe declarar punibles los crímenes más graves por lo que hay que conservar la palabra «armadas», ya que el concepto de actividades subversivas es demasiado subjetivo si no incluye una calificación; por ejemplo, un Estado podría muy bien considerar que el hecho de aportar una contribución a un partido político de oposición constituye una intervención.

70. Por lo que respecta a la observación del Sr. Mahiou, no cree que el párrafo 1 del artículo 14 sea duplicación del apartado g del párrafo 4 del artículo 12, ya que éste se refiere a una situación diferente, es decir, el envío por un Estado de bandas o grupos armados. En cuanto al término «gravemente», conviene conservarlo, sobre todo porque se trata de las intervenciones más graves, y también porque «undermining» («atentar contra») no es una expresión propiamente jurídica y, por lo tanto, debe ser precisada.

71. En cuanto al párrafo 2, se felicita de que se haya introducido una cláusula de reserva, aunque hubiese preferido una referencia a los derechos humanos. A este respecto, Lori Fisler Damrosch, en un reciente artículo, llegaba, tras haber estudiado la práctica de los Estados en esta esfera, a la conclusión de que

[ ] un Estado viola el principio de la no intervención cuando sus actividades políticas sin recurso a la fuerza impiden a la población de otro Estado ejercer las libertades y derechos políticos que forman parte de las normas incipientes del derecho internacional relativo a los derechos humanos<sup>16</sup>

Si eso es cierto, también debe serlo lo contrario, y unas actividades políticas sin recurso a la fuerza que permitan a un pueblo ejercer esas libertades y esos derechos no deben ser consideradas constitutivas de intervención.

72. El Sr. HAYES opina que hay que suprimir el término «armadas» porque las actividades subversivas —en el sentido de inconstitucionales— pueden no ser armadas y la palabra «gravemente» porque no existen grados en los atentados contra el libre ejercicio de los derechos soberanos de un Estado y porque esa palabra puede proporcionar una escapatoria a los autores del crimen de intervención. Estima asimismo que, al final del párrafo 1, sería preferible emplear la fórmula «a fin de atacar contra» en vez de «atentando así contra», ya que, tal como está redactado, el texto induce a pensar que las actividades a que se refiere sólo son condenables si han tenido como resultado un menoscabo efectivo del libre ejercicio de los derechos soberanos del Estado. Sin embargo, esas actividades deben ser reprimidas aunque no produzcan el efecto previsto. En cuanto a la objeción de que esa referencia al fin proporcionaría una escapatoria a los autores del crimen de intervención, le parece infundada, ya que corresponderá en cada caso al tribunal pronunciarse al respecto y el juez podrá tener en cuenta la intención. En principio, en efecto, el

que comete un acto tiende normalmente a lograr las consecuencias normales de ese acto.

73. El Sr. ARANGIO-RUIZ reconoce la importancia del concepto de intervención y aprecia la labor realizada por el Relator Especial y el Comité de Redacción, pero dice que el texto del artículo 14 lo deja aún demasiado perplejo para poder pronunciarse al respecto. Se reserva su posición hasta la segunda lectura del artículo.

74. El Sr. BENNOUNA dice que la práctica de los Estados ofrece ejemplos de intervención en los asuntos externos, aunque sólo algunos países estén en condiciones de practicar ese tipo de intervención; se trata de las intervenciones destinadas a obligar a un Estado a modificar su política internacional. Piensa, por ejemplo, en lo que ocurrió en el Mediterráneo en relación con la delimitación de la zona marítima de un Estado o en las actividades realizadas contra los diplomáticos y representantes de un Estado para obligar a éste a modificar su política.

75. Por otra parte, es partidario de suprimir los corchetes del párrafo 1 del artículo 14.

76. El Sr. AL-QAYSI se inclina por la supresión de las palabras «armadas» y «gravemente» en el párrafo 1, y aprueba la sugerencia del Sr. Hayes de sustituir «atentando así contra» por «a fin de atacar contra». Por último, para limitar los riesgos de abuso, quizás sería oportuno aclarar en el comentario que el «libre» ejercicio de los derechos soberanos de un Estado se entiende «de conformidad con el derecho internacional».

77. El Sr. Sreenivasa RAO es partidario de la supresión de las palabras «armadas» y «gravemente» por las razones ya expuestas. Apoya además la sugerencia del Sr. Al-Qaysi relativa al término «libre».

78. El Sr. TOMUSCHAT opina que hay que conservar el término «armadas», porque la palabra «subversivas» no tiene sentido jurídico. La libertad de expresión, por ejemplo, se considera a veces subversiva, y suprimir la palabra «armadas» abriría la puerta a violaciones de los principios más elementales de los derechos humanos. Por lo que hace a la palabra «gravemente», estima que también es necesaria, por lo menos en el texto francés; la expresión «atentar contra» no es suficiente, ya que el «ataque» puede ser de diferentes grados.

79. El Sr. FRANCIS opina, por el contrario, que hay que eliminar las dos palabras colocadas entre corchetes. El libre ejercicio de los derechos soberanos del Estado participa de la esencia misma de un Estado y todo lo que atenta contra él debe ser considerado grave. No hay que fijar condición alguna ni en lo que concierne a los medios («armadas») ni en lo que se refiere al resultado («gravemente») de los atentados contra ese libre ejercicio.

80. Recuerda que, en la sesión anterior (párr. 66), dijo que faltaba un elemento —mencionado por el Sr. Reuter durante el debate general— en el artículo 13, y a este respecto opina que, independientemente de la posición adoptada por el Sr. Reuter, la Comisión debería examinar la posibilidad de añadir al final del párrafo 1 del artículo 14 las palabras «y amenazando la paz y la seguridad internacionales». En efecto, todo acto de origen exterior que de hecho menoscaba el libre ejercicio de los derechos soberanos de los Estados amenaza la paz y la seguridad internacionales. Si a eso se añade que también pueden resultar afectadas las relaciones exteriores, la amenaza

<sup>16</sup> L. Fisler Damrosch, «Politics across borders. Non-intervention and non-forcible influence over domestic affairs», *American Journal of International Law*, Washington (D C), vol. 83, N.º 1, enero de 1989, pág. 6

contra la paz y la seguridad internacionales aparece como un elemento esencial del artículo 14.

81. El Sr. THIAM (Relator Especial), en respuesta al Sr. Francis, señala que todos los crímenes a que se refiere el código lo son precisamente porque amenazan la paz y la seguridad internacionales. Parece superfluo recordarlo en el artículo 14.

82. Por lo que respecta a la palabra «armadas», dice que la ha empleado porque figura en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>17</sup>, pero que no se opone a que se suprima, pues sabe a ciencia cierta que las actividades no necesitan ser «armadas» para ser «subversivas». En Africa, por ejemplo, ha podido verse a un Estado utilizar la radio nacional para incitar a la población de un Estado vecino a sublevarse. Lo mejor sería, al parecer, dejar esa palabra entre corchetes para que la Sexta Comisión de la Asamblea General se pronuncie al respecto.

83. En lo que concierne a la palabra «gravemente», recuerda que la CIJ, en su fallo en el asunto de *Nicaragua*<sup>18</sup>, se basó en la coacción como criterio para determinar la realidad de la intervención. ¿Se trata de cualquier coacción, sea cual sea, o hay que tener en cuenta su gravedad? El Relator Especial no tiene un criterio definido a este respecto.

84. El Sr. RAZAFINDRALAMBO es partidario también de la supresión de las palabras «armadas» y «gravemente». Sin embargo, como algunos miembros prefieren conservarlas, parece que lo mejor sería, en efecto, dejarlas entre corchetes. Por otra parte, convendría armonizar la última parte del párrafo 2 con el final del artículo 15.

85. El Sr. AL-BAHARNA estima, por el contrario, que hay que conservar las palabras «armadas» y «gravemente» y que lo que hay que suprimir son los corchetes. El concepto de subversión adolece de falta de precisión jurídica y hay que tener en cuenta también la diferencia de naturaleza entre la Declaración sobre los principios de derecho internacional, de 1970, y el proyecto de código. Además, como ya dijo en el Comité de Redacción, opina que la expresión «asuntos externos» debería ser precisada, por ejemplo, en el comentario, ya que expresa un concepto que no es muy claro. Por último, estima también que convendría armonizar el final del párrafo 2 del artículo 14 con el del artículo 15.

86. El Sr. ILLUECA se suma a los miembros de la Comisión que desean suprimir el término «armadas».

87. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) concluye que, según se desprende del debate, no existe una oposición decidida al texto del artículo 14 propuesto por el Comité de Redacción. Por su parte, habría deseado suprimir, bien los corchetes, bien las palabras colocadas entre corchetes, pero parece que las posiciones sobre ese punto no han variado. En cuanto al final del párrafo 2, la decisión de modificarlo o no podría adoptarse al examinar el artículo 15.

88. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar provisional-

mente el artículo 14 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 14<sup>19</sup>.*

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

<sup>19</sup> Véase 2136.ª sesión, párrs. 28 a 41.

## 2136.ª SESIÓN

*Jueves 13 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

### Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (*conclusión*) (A/CN.4/411<sup>2</sup>, A/CN.4/419 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.433)

[Tema 5 del programa]

#### PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN (*conclusión*)

#### ARTÍCULO 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera)

1. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto propuesto por el Comité de Redacción para el artículo 15<sup>4</sup>, que dice:

#### *Artículo 15.—Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera*

**El hecho de establecer o de mantener por la fuerza una dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas.**

<sup>1</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto correspondiente (art. 11, párr. 6) presentado por el Relator Especial y un resumen del debate de la Comisión en su período de sesiones anterior, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 69 y ss., nota 294 y párrs. 262 a 267.

<sup>17</sup> Véase nota 6 *supra*.

<sup>18</sup> Véase nota 7 *supra*.

2. La dominación colonial constituía el objeto de la primera variante presentada por el Relator Especial, y la subyugación, dominación o explotación extranjeras el de la segunda. El Comité de Redacción, sin embargo, ha acordado que el artículo 15 debe versar no sólo sobre la dominación colonial, sino también sobre otras formas de dominación en el mundo moderno.

3. El primer miembro de este artículo es el «hecho de establecer o de mantener por la fuerza una dominación colonial», elemento que figura en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>5</sup> (párr. 3 b). En opinión del Comité de Redacción, el concepto del «establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial» ha adquirido en la práctica de las Naciones Unidas un contenido jurídico suficientemente preciso para justificar su inclusión como crimen en el código.

4. El segundo miembro de esta disposición es «cualquier otra forma de dominación extranjera», expresión que tiene la ventaja de ser omnicomprendiva y de excluir las interpretaciones restrictivas a *contrario*. Se aclarará en el comentario que abarca el concepto de «ocupación extranjera» en la medida en que ese concepto no esté comprendido ya en el apartado a del párrafo 4 del artículo 12 (Agresión), aprobado provisionalmente por la Comisión en el anterior período de sesiones<sup>6</sup>.

5. El Comité de Redacción ha estimado además que el alcance del concepto de dominación extranjera, que es un tanto sutil, debe restringirse, en primer lugar, relacionándolo con la denegación del derecho a la libre determinación de los pueblos —basándose nuevamente en el apartado b del párrafo 3 del artículo 19 sobre la responsabilidad de los Estados—, y en segundo lugar, definiendo el contenido de ese derecho por remisión a la Carta de las Naciones Unidas. Las palabras «tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas» dejan bien sentado que el derecho a la libre determinación de los pueblos es anterior a la Carta y puede incluso existir al margen de ésta.

6. Finalmente, sugiere que la Comisión, si decide aprobar el artículo 15, adopte la misma forma de expresión —«tal como está consagrado en»— en el párrafo 2 del artículo 14, aprobado provisionalmente en el anterior período de sesiones.

7. El Sr. ILLUECA dice que está de acuerdo con el contenido del artículo 15, que enuncia un principio jurídico esencial, pero advierte cierta incongruencia entre el texto inglés, que emplea la expresión «contrary to» (en contra de) en relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos, y los textos español y francés, que utilizan las expresiones «en violación» y «en violation», respectivamente. Por otra parte, el Relator Especial explicó que el término «colonialismo» era un término político carente de pertinencia jurídica, razón por la cual lo sustituyó por la expresión «dominación colonial», que figura ahora en el artículo 15. Al comienzo del debate sobre el proyecto de código, sin embargo, algunos miembros propusieron también que se sustituyera el término «colonialismo» por «violación del derecho a la libre determinación». Esa propuesta no fue aceptada, utilizándose en el artículo en lugar del término «colonialismo» las palabras «mante-

ner por la fuerza una dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera». No obstante, en el mismo artículo reaparece a continuación la fórmula «la violación del derecho a la libre determinación» junto a la expresión «dominación colonial». Le preocupa que la yuxtaposición de esas dos expresiones, que en su opinión son sinónimas, dé lugar a que el artículo pueda ser interpretado absurdamente en el sentido de que el crimen de dominación colonial es punible solamente si se comete en violación del derecho a la libre determinación. Por esos motivos, estima que sería preferible sustituir la preposición «en» por las palabras «por ser una». De ese modo, la dominación colonial en todas sus formas y manifestaciones sería punible en virtud del artículo 15 siempre que tal dominación constituyese una denegación de los derechos humanos, fuera contraria a la Carta de las Naciones Unidas y comprometiera la causa de la paz y la cooperación mundiales.

8. Son muchas las declaraciones de las Naciones Unidas y otros organismos que reconocen el derecho a la libre determinación de los pueblos y la correspondiente obligación de los Estados de respetar ese derecho, pero señala particularmente a la atención de la Comisión el Principio VIII (Igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos) contenido en el Acta Final de Helsinki de 1.º de agosto de 1975<sup>7</sup>, que dice:

[ ]

En virtud del principio de la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, todos los pueblos tienen siempre el derecho, con plena libertad, a determinar cuando y como lo deseen su condición política interna y externa, sin injerencia exterior, y a proseguir, como estimen oportuno, su desarrollo político, económico, social y cultural

[ ]

9. Es una afortunada coincidencia que el examen del artículo 15 se efectúe en la víspera del segundo centenario de la Revolución francesa. El que la Comisión acuerde en la víspera de esa gran efeméride de la humanidad que la dominación colonial debe considerarse como un crimen internacional constituye un homenaje al pueblo francés y a los valores franceses. La Revolución francesa, que tan honda huella ha dejado en los pueblos amantes de la libertad, influyó tanto en la gesta emancipadora latinoamericana como en la revolución anticolonialista del siglo xx. En lo que concierne a la Comisión, puede considerarse como una contribución a la labor de la Comisión por promover el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

10. El Sr. McCAFFREY dice que, como alguien que ha expresado constantemente sus reservas acerca del empleo del término «colonialismo», estima que sería más juicioso que la Comisión se centrara en las manifestaciones contemporáneas de ese fenómeno en vez de utilizar un término cargado de emoción y que guarda escasa relación con lo que está sucediendo en el mundo moderno. Esas manifestaciones contemporáneas pueden adoptar la forma, por ejemplo, del sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, como se indica en el párrafo 1 de la Declaración sobre la concesión de

<sup>5</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 19

<sup>6</sup> Anuario 1988, vol. II (segunda parte), pág. 71

<sup>7</sup> Véase la Declaración sobre los principios que rigen las relaciones entre los Estados participantes, que figura en el capítulo sobre «Cuestiones relativas a la seguridad en Europa» [Acta Final de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa (impresa en Suiza, Imprimeries Réunies, Lausana), págs. 77 y ss., secc. 1 a)]



la independencia a los países y pueblos coloniales, de 1960<sup>8</sup>, o también del 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, como se indica 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, de 1970<sup>9</sup> (tercer principio, segundo párrafo). A diferencia de las disposiciones de esas Declaraciones, el párrafo 15 parece estar redactado en términos muy poco enérgicos y no atreverse a reconocer los verdaderos problemas que existen en el mundo contemporáneo.

11. Opina asimismo que el artículo 15 debería referirse a los derechos humanos, como hace la Declaración de 1960, puesto que son tan importantes en el mundo moderno como la denegación del derecho a la libre determinación. Tal referencia podría añadirse fácilmente insertando las palabras «de los derechos humanos fundamentales y» después de las palabras «en violación».

12. Conviene con el Presidente del Comité de Redacción (párr. 6 *supra*) en que las palabras «tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas» también deberían figurar en el párrafo 2 del artículo 14.

13. El Sr. TOMUSCHAT dice que, a su juicio, el artículo 15 es una buena disposición. Siempre ha mantenido el criterio de que el alcance del proyecto de artículos debería ser restringido, y hay que hacer todo lo posible por conseguir ese objetivo. Considera también que las palabras «dominación extranjera» son apropiadas, pues entiende que constituyen simplemente una forma abreviada de la expresión «subyugación, dominación y explotación extranjeras» que figura en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. El abundante número de resoluciones que la Asamblea General ha aprobado en los últimos cinco años y en las que se menciona la prohibición del uso de la fuerza junto con la violación del derecho a la libre determinación de los pueblos bastan para indicar la frecuencia con que en el futuro se aplicará el artículo 15.

14. No comparte la opinión de los miembros de la Comisión que prefieren las palabras «tal como está consagrado en» en lugar de «de conformidad con». El principio de la libre determinación enunciado originalmente en la Carta de las Naciones Unidas es muy débil y sólo ha sido reforzado con el correr del tiempo, en primer lugar por la Declaración de 1960 de la Asamblea General, mencionada anteriormente, y por la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de 1970, y después por la CIJ, que ha afirmado la existencia de un verdadero derecho a la libre determinación en sus opiniones consultivas en el asunto de *Namibia*<sup>10</sup> y en el asunto

del *Sáhara occidental*<sup>11</sup>. Por consiguiente, sería preferible hablar del derecho de libre determinación «de conformidad con» la Carta, puesto que esto refleja el estado actual del derecho.

15. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que, como miembro del Comité de Redacción, está de acuerdo naturalmente con el contenido del artículo 15. Sin embargo, se han hecho algunas observaciones que no puede dejar pasar en silencio.

16. En primer lugar, se ha dicho que el colonialismo ya no es un verdadero problema en el mundo moderno. Nada más lejos de la verdad. El siglo xx ha sido recientemente testigo de una guerra colonial librada por una de las principales Potencias mundiales, con todos los recursos tecnológicos a su disposición, contra un pueblo latinoamericano en lucha por recuperar su territorio. En América Latina, por consiguiente, como en otras partes del mundo, el colonialismo es muy real y no sólo un concepto emocional.

17. Por otra parte, no está de acuerdo en prescindir de las palabras «tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas». La libre determinación no es un principio, sino un derecho, y un derecho enunciado no sólo en la Carta, sino también en una serie de resoluciones de la Asamblea General, en particular la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. El texto del artículo 15, que fue objeto de un largo debate del Comité de Redacción, debe dejarse como está.

18. El Sr. REUTER dice que el artículo 15 es un texto de transacción acordado por el Comité de Redacción y, por lo tanto, no tiene ninguna nueva observación que hacer.

19. Sin embargo, el Sr. Illueca ha rendido tributo, en la víspera del 14 de julio, a la Revolución francesa, que fue un importantísimo acontecimiento de la historia de Francia y también del mundo. No puede menos de agradecer al Sr. Illueca sus palabras, pero, como francés, se siente obligado a añadir una apostilla, pues si bien Francia puede enorgullecerse de la Revolución, hay que señalar que las revoluciones también engendran tiranos. Es especialmente deplorable que la esclavitud, aunque abolida bajo la Revolución francesa, fuera muy rápidamente restaurada por un tirano y no fuese abolida definitivamente en Francia hasta 1848, 11 años después de su abolición por Inglaterra.

20. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) dice que el artículo 15 recoge en pocas palabras conceptos que son más o menos universalmente aceptados y opina que, tal como está redactado, constituye un buen artículo. La introducción del concepto de explotación en vez del de dominación extranjera, por ejemplo, hubiera podido causar dificultades, ya que el término «explotación» a veces se utiliza en un sentido muy amplio.

21. Aunque el Sr. Illueca ciertamente ha planteado una cuestión válida con la que todos los miembros estarán de acuerdo, no cree que pueda encontrarse una fórmula que exprese más claramente ese aspecto que las palabras «o cualquier otra forma de dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos». Por consiguiente, sugiere que esa cuestión se aclare en el comentario.

<sup>8</sup> Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

<sup>9</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

<sup>10</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, opinión consultiva de 21 de junio de 1971, C I J Recueil 1971, pag. 16.

<sup>11</sup> Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975, C I J Recueil 1975, pag. 12.

22. El Sr. McCaffrey ha sugerido que el artículo se refiere a los derechos humanos. Sin embargo, es una cuestión de derecho humanitario positivo que la violación de los derechos humanos de los distintos miembros de un pueblo está implícita en la violación del derecho colectivo de ese pueblo a la libre determinación. Ahora bien, aquélla es una violación indirecta y, como tal, no necesita ser mencionada en el artículo.

23. El Sr. ILLUECA considera aceptable la propuesta del Presidente del Comité de Redacción de aclarar en el comentario la cuestión que ha planteado.

24. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que el artículo 15 recoge los dos elementos que constituían anteriormente el objeto de las disposiciones de las dos variantes que había presentado. El primero de esos elementos es la condena de la dominación colonial en su forma tradicional, que, en contra de lo que se ha dicho, no ha desaparecido aún. Además, hay que recordar que la expresión «el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial» se ha empleado en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>12</sup>. La Comisión no puede aprobar una expresión determinada para rechazarla algunos años después aduciendo que ese fenómeno ha desaparecido.

25. El segundo elemento del artículo 15 es la condena de lo que algunos miembros en el Comité de Redacción calificaron de «neocolonialismo». Ahora bien, ese término no puede utilizarse en un texto jurídico y, por eso, se ha recurrido al enunciado de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, que abarca no sólo la forma tradicional del colonialismo, sino también otras formas de dominación extranjera.

26. El Sr. EIRIKSSON apoya el artículo 15 y su concisión lingüística tan digna de elogio. A su juicio, el vínculo entre la dominación extranjera y el derecho a la libre determinación de los pueblos es esencial, dada la vaguedad de la expresión «dominación extranjera». También conviene en que la expresión «dominación colonial», aunque quizá se trate de un concepto superado, es apropiada.

27. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión acuerda provisionalmente el artículo 15 propuesto por el Comité de Redacción.

*Queda aprobado el artículo 15.*

28. El PRESIDENTE pregunta si la Comisión también desea, como ha sugerido el Presidente del Comité de Redacción (párr. 6 *supra*), sustituir las palabras «de conformidad con» del párrafo 2 del artículo 14 aprobado provisionalmente en el anterior período de sesiones por «tal como está consagrado en».

29. El Sr. KOROMA dice que apoya esa propuesta, pero considera también que quizá convendría examinar más a fondo en el momento oportuno la interesantísima observación del Sr. Tomuschat.

30. El Sr. EIRIKSSON dice que también está de acuerdo con la propuesta del Presidente del Comité de Redacción. Cree, no obstante, que la observación del Sr. Tomuschat no se refería tanto a la diferencia entre las expresiones «de conformidad con» y «tal como está consagrado en» como a la necesidad de ampliar el alcance de ciertos términos de la Carta de las Naciones Unidas.

31. El Sr. McCAFFREY sugiere que el Relator Especial explique en el comentario que las palabras «tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas» no se utilizan en el sentido en que se utilizaban originalmente en ese instrumento, sino en el sentido en que el derecho a la libre determinación se interpreta actualmente y como ha evolucionado desde la aprobación de la Carta. Para citar un ejemplo, la cláusula de la Constitución de los Estados Unidos de América relativa a las garantías procesales regulares quizá no tuvo al principio la importancia que ha adquirido después.

32. El Sr. FRANCIS apoya la propuesta del Presidente del Comité de Redacción. El Sr. Tomuschat ha planteado una cuestión importante, pero no todos atribuyen la misma autoridad a las resoluciones de la Asamblea General. El artículo 15 debe interpretarse, como ha sugerido el Sr. McCaffrey, desde el punto de vista del estado actual del derecho internacional en el sistema de las Naciones Unidas. Es partidario de la fórmula «tal como está consagrado en» porque da la idea de «intangibilidad» conferida por el desarrollo del derecho.

33. El Sr. AL-QAYSI dice que no apoya la propuesta del Presidente del Comité de Redacción. Como el fondo del artículo 14 es fundamentalmente dinámico, las palabras «de conformidad con» son en ese contexto totalmente apropiadas, pero las palabras «tal como está consagrado en» son más idóneas en el artículo 15, que es principalmente de naturaleza conceptual. No obstante, se guiará por la voluntad de la Comisión.

34. El Sr. Sreenivasa RAO está de acuerdo con la propuesta del Presidente del Comité de Redacción y también con la sugerencia del Sr. Koroma de que se examine más a fondo la cuestión planteada por el Sr. Tomuschat.

35. El Sr. TOMUSCHAT dice que debería incluirse en el comentario una frase para indicar que esa fórmula se refiere al estado actual del derecho y no debe interpretarse según el sentido que en un período histórico anterior se atribuía al derecho a la libre determinación. El Presidente del Comité de Redacción tiene razón en proponer que se armonice el enunciado de los artículos 14 y 15.

36. El Sr. THIAM (Relator Especial), en respuesta a la petición del Sr. McCaffrey de que se incluya en el comentario una frase que explique el uso de la fórmula «tal como está consagrado en», señala que la libre determinación se menciona en relación con los propósitos de las Naciones Unidas que se definen en el párrafo 2 del Artículo 1 de la Carta. En cuanto a la elección entre «de conformidad con» y «tal como está consagrado en», no cree que haya una diferencia de fondo, sino que se trata sólo de una cuestión de matiz. No tiene nada que objetar a la sugerencia de que el texto del artículo 14 se ponga en consonancia con el del artículo 15, pero ese tipo de armonizaciones no son siempre deseables y la Comisión no debería convertirlo en una práctica habitual. Por último, se compromete a recoger en el comentario la observación del Sr. Tomuschat.

37. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que se opondrá a que se incluya en el comentario la observación del Sr. Tomuschat. Si bien es cierto que la esclavitud prácticamente ha sido abolida, el colonialismo sigue existiendo en el mundo de hoy.

38. El Sr. BARSEGOV dice que no apoya la propuesta del Presidente del Comité de Redacción y no cree que deba recogerse en el comentario la observación del Sr.

<sup>12</sup> Véase 2096.ª sesión, nota 19.

Tomuschat. El derecho a la libre determinación sigue siendo fundamentalmente ahora el mismo que en sus orígenes; presenta dos aspectos, externo e interno, que se han recogido en muchos instrumentos, incluida el Acta Final de Helsinki. Nadie niega que el derecho ha pasado con el tiempo a estar mejor definido, pero la complicada contraposición de la interpretación histórica y los conceptos contemporáneos crearía más problemas de los que resuelve.

39 El Sr. HAYES dice que apoya la propuesta del Presidente del Comité de Redacción. Al ponerse de acuerdo sobre el texto del artículo 15, los miembros del Comité de Redacción procuraron sobre todo evitar que el derecho a la libre determinación apareciese exclusivamente relacionado con su inclusión en la Carta de las Naciones Unidas: es importante no pasar por alto su evolución posterior ni dar a entender que ese derecho no existía antes de la aprobación de la Carta.

40. También desea felicitar al Sr. Reuter con ocasión de la conmemoración que Francia se dispone a celebrar del aniversario de su revolución. La Revolución francesa probablemente no afectó a ningún otro país más profundamente que a Irlanda, cuya lucha por la independencia se inspiró y apoyó en el ejemplo francés.

41. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda enmendar el párrafo 2 del artículo 14 aprobado provisionalmente en la 2135.ª sesión (párr. 88), a sugerencia del Presidente del Comité de Redacción (párr. 6 *supra*), reemplazando las palabras «de conformidad con» por «tal como está consagrado en», en la inteligencia de que la expresión «tal como está consagrado en» se refiere al derecho de los pueblos tal como existe en el derecho internacional actual.

*Así queda acordado.*

#### PROYECTO DE ARTÍCULO 16

42. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a informar sobre el examen que ha realizado el Comité del proyecto de artículo 16, examen que no ha podido ser completado.

43. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 11 revisado remitido al Comité de Redacción en 1988 (véase 2134.ª sesión, párr. 50)<sup>13</sup>, consideraban la violación de determinadas obligaciones convencionales como constitutivas de crímenes según el código.

44. El párrafo 4 se refería a la violación de las obligaciones que incumbían a un Estado en virtud de un tratado «destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales, en particular mediante: i) prohibiciones respecto de armamentos, medidas de desarme, restricciones o limitaciones respecto de armamentos; ii) restricciones con respecto a adiestramiento militar o a construcciones estratégicas u otras restricciones del mismo carácter». La fuente de ese párrafo era el párrafo 7 del artículo 2 del proyecto de código de 1954. Se habían añadido las «prohibiciones respecto de armamentos» y las «medidas de desarme» a las «restricciones o limitaciones respecto de armamentos»

y se había sustituido la palabra «fortificaciones» por «construcciones estratégicas». El párrafo 5 se refería a la violación de las obligaciones contraídas en virtud de un tratado «por el que se prohíbe el emplazamiento o el ensayo de armas en determinados territorios o en el espacio».

45. Desde el principio, el Comité de Redacción llegó a la conclusión de que los párrafos 4 y 5, si se mantenían, debían refundirse en un artículo único, como se había propuesto en el período de sesiones anterior. Tras largos debates, pareció que el Comité estaba dispuesto, a pesar de las reservas de algunos miembros, a aceptar que se incluyera en el proyecto de código un artículo de esta índole a fin de tener en cuenta las violaciones de las obligaciones derivadas de ciertos tratados, a condición de que: la violación fuera una violación grave; la obligación violada fuera de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; fuera una obligación en materia de desarme, control de armamentos o prohibición de armamentos, y mencionara todas las restricciones a la preparación o las instalaciones militares, la prohibición del emplazamiento o del ensayo de armas y la prohibición de la fabricación de determinados tipos de armas.

46. No se le ocultaba al Comité de Redacción que toda violación de cualquier obligación de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales podía tipificarse en el código como crimen contra la paz. No obstante, el proyecto de artículo 16 tenía un objeto limitado. El artículo debía versar sólo sobre las violaciones de obligaciones convencionales, y sólo en materia de desarme, es decir, las relativas al «desarme, el control de armamentos y la prohibición de armamentos», dándose algunos ejemplos para subrayar las materias que, a los efectos del código, debían considerarse incluidas en ese campo. Las violaciones de otras obligaciones, basadas o no en un tratado, no quedarían comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo y se incluirían en otras disposiciones, de las que era un ejemplo principal la agresión.

47. Piensa que habría sido posible que el Comité de Redacción llegase a un acuerdo sobre un texto redactado en el sentido que acaba de mencionar. No obstante, el artículo plantea algunas cuestiones muy fundamentales, que surgirían por precisa que fuera la indicación acerca de las obligaciones cuya violación constituía un crimen en virtud del código. En el período de sesiones anterior ya se hizo referencia a esas cuestiones. Como indica la Comisión en su informe sobre ese período de sesiones:

Algunos miembros destacaron que habría que evitar que los Estados que no participaban en un tratado relativo al mantenimiento de la paz y la seguridad quedasen colocados en una posición ventajosa con respecto a los que lo habían firmado. Un miembro, en particular, indicó que si un Estado había adoptado medidas de desarme muy amplias, que iban más lejos de lo que los otros Estados estaban dispuestos a aceptar, los funcionarios de ese Estado no deberían ser responsables en el plano internacional de la violación de los compromisos contraídos por ese Estado. Según otra opinión, el párrafo 4 no debía dar alientos a un agresor potencial ni dar la impresión de que se vulneraba el derecho inmanente de legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>14</sup>.

48. El Comité de Redacción estimó que había que examinar estas cuestiones y que, a tal efecto, era necesario un segundo párrafo. El Relator Especial y los miembros

<sup>13</sup> Para el texto de los párrafos 4 y 5 y un resumen del debate de la Comisión en el período de sesiones anterior, véase *Anuario* 1988, vol. II (segunda parte), págs. 68 y 69, nota 289 y párrs. 256 a 261.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pág. 68, párr. 259.

del Comité, bien individualmente o bien en pequeños grupos de redacción especiales, habían trabajado sobre una serie de propuestas que fueron estudiadas a fondo por el Comité. Esas propuestas versaban esencialmente sobre la situación que surgiría si un Estado, obligado por un tratado, consideraba que tenía que adoptar medidas que pudieran considerarse violaciones del tratado como preparación a la legítima defensa contra otro Estado no obligado por el tratado, lo que planteaba cuestiones relacionadas con el derecho de los tratados y la responsabilidad internacional. Llegado casi al término de sus trabajos, el Comité de Redacción examinó un texto para un segundo párrafo que trataba de ser una síntesis de los elementos incluidos en varias propuestas. Ese texto decía:

«Las disposiciones del párrafo 1 se entenderán sin perjuicio de cualquier medida de legítima defensa que adopte un Estado obligado por los tratados a que se refiere dicho párrafo contra un Estado no obligado por esos tratados y se interpretarán con las normas generales del derecho de los tratados y de la responsabilidad de los Estados.»

49. Se reconoció que el texto no era totalmente satisfactorio y que necesitaba mayores aclaraciones. El Comité de Redacción, apremiado por la falta de tiempo, concluyó que el proyecto de artículo 16 no debía presentarse por ahora a la Comisión y que las cuestiones que planteaba debían volverse a examinar en el próximo período de sesiones. Se señaló que quizá la Comisión misma desearía reexaminar las cuestiones en el Pleno antes de que el Comité de Redacción volviera a estudiarlas.

50. Se presentó también al Comité de Redacción una propuesta sobre un tercer párrafo del artículo 16, que decía:

«Ningún Estado parte en el presente Código podrá invocar la violación por otro Estado de obligaciones derivadas de un tratado en el que aquel Estado no sea parte.»

Sólo fue posible proceder a un examen preliminar de esa propuesta, que también debería ser estudiada a fondo en el próximo período de sesiones.

51. El Sr. BENNOUNA se declara completamente de acuerdo con la idea de que, en su próximo período de sesiones, la Comisión celebre en el Pleno un debate serio y minucioso sobre el proyecto de artículo 16, que figura entre los más difíciles de todo el proyecto, así como sobre la conveniencia de incluir un artículo de esta índole en el código.

52. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que hubo amplio acuerdo en el Comité de Redacción acerca de la conveniencia de incluir tal artículo. No cree que un debate en el Pleno sea fructuoso y opina que sería mejor que el Comité de Redacción siguiera tratando de resolver los problemas pendientes, que son principalmente de forma.

53. El Sr. McCAFFREY dice que está en desacuerdo con la afirmación del Relator Especial de que el artículo 16 obtuvo el apoyo de la mayoría en el Comité de Redacción. Como el Sr. Bennouna, cree que es necesario celebrar en el Pleno un debate a fondo sobre el artículo antes de que el Comité de Redacción pueda reanudar sus trabajos al respecto.

54. El Sr. KOROMA dice que la Comisión está iniciando un debate de fondo que sería mejor celebrar cuando examine la cuestión en el próximo período de sesiones.

Propone que se suprima en el acta resumida la reseña del debate.

55. El Sr. BARSEGOV conviene con el Relator Especial en que el Comité de Redacción debería proseguir su labor sobre el artículo en el próximo período de sesiones; un debate en el Pleno sólo frenaría la labor sobre ese tema.

56. El Sr. BARBOZA dice que es partidario de que el Comité de Redacción decida si un debate en el Pleno puede o no permitirle avanzar en su labor.

57. El Sr. BEESLEY dice que desearía que el Presidente del Comité de Redacción dijera si había sido sólo la falta de tiempo, y no la oposición activa de diversos miembros, lo que había impedido al Comité de Redacción llegar a un acuerdo sobre el artículo 16.

58. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que, en su introducción, ha dicho que «tras largos debates, pareció que el Comité estaba dispuesto, a pesar de las reservas de algunos miembros, a aceptar que se incluyera en el proyecto de código un artículo de esta índole» (párr. 45 *supra*).

59. El Sr. TOMUSCHAT dice que el presente debate es muy útil y que se opondrá a la propuesta del Sr. Koroma de que no conste en el acta resumida.

60. El Sr. REUTER dice que apoya sin reservas las observaciones del Sr. Barsegov y el Relator Especial.

61. El Sr. AL-QAYSI dice que no puede aceptar la propuesta del Sr. Koroma.

62. El PRESIDENTE propone que la Comisión tome nota del informe del Presidente del Comité de Redacción sobre el examen que el Comité ha realizado del proyecto de artículo 16 y que sólo se incluya en el acta resumida de esta sesión una breve reseña del debate a que ha dado lugar.

*Así queda acordado.*

63. El PRESIDENTE dice que hay que dar las más sinceras gracias al Presidente del Comité de Redacción, a los miembros del Comité y a la secretaría por la intensa y fructífera labor que han realizado durante el período de sesiones.

64. El Sr. KOROMA dice que él también se suma al homenaje tributado al Presidente del Comité de Redacción, así como a la secretaría, sin cuyo apoyo no se hubiera conseguido, ni mucho menos, llevar a cabo el trabajo realizado.

*Se levanta la sesión a las 11.30 horas.*

## 2137.ª SESIÓN

*Viernes 14 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr.

Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

### Bicentenario de la Revolución francesa

1. El PRESIDENTE dice que el bicentenario de la Revolución francesa de 1789 es una efeméride importante no sólo para Francia, sino para el mundo entero, incluida la comunidad internacional de juristas, de la que la Comisión debe ser vanguardia. Etapa decisiva en la historia del mundo, la Revolución francesa ha acelerado también el proceso de emancipación del ser humano y nadie discute actualmente la influencia que ha ejercido en el desarrollo progresivo del derecho internacional. La Comisión disfruta del privilegio de tener en la persona del Sr. Reuter—su decano y el más experimentado de sus miembros— la encarnación perfecta de las virtudes y el espíritu de esa revolución.

2. El Sr. REUTER da las gracias al Presidente y recuerda que, en una sesión anterior, subrayó los límites de la Revolución francesa, señalando que fue en América, en lo que entonces era una colonia inglesa, adonde la Francia revolucionaria fue a buscar la doctrina de los derechos del hombre y el ideal de un mundo más justo y más pacífico. A semejanza de todos los países, Francia no siempre ha obrado muy bien durante su historia, y por eso el patriotismo debe ser humilde y englobar también la patria de otros. Afirma el orador que las terribles pruebas por las que ha pasado el mundo no han dejado en su corazón ningún vestigio de odio y que con ese ánimo cada cual puede celebrar el 14 de julio en una perfecta igualdad, una perfecta libertad y una perfecta fraternidad.

### Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones

3. El PRESIDENTE invita a la Comisión a abordar el examen de su proyecto de informe empezando por el capítulo VI y procediendo, como es habitual, párrafo por párrafo.

### CAPÍTULO VI.—Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (A/CN.4/L.439 y Add.1 y 2)

#### A.—Introducción (A/CN.4/L.439)

Párrafos 1 a 3

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.*

Párrafo 4

*Queda aprobado el párrafo 4, sujeto a una corrección en la nota 2 bis.*

Párrafo 5

4. El Sr. McCAFFREY propone que, en el texto inglés de este párrafo, se sustituyan en la tercera oración la palabra «presented» por «introduced» y en la cuarta oración las palabras «on their basis» por «on the basis thereof».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma modificada en el texto inglés.*

*Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.*

#### B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.439 y Add 1 y 2)

Párrafos 6 a 80 (A/CN.4/L.439)

Párrafos 6 y 7

*Quedan aprobados los párrafos 6 y 7.*

Párrafo 8

5. El Sr. McCAFFREY sugiere que se sustituyan en la tercera oración las palabras «para que los examinara en segunda lectura» por «para que los examinara a la luz de las observaciones formuladas durante el debate en el Pleno», ya que no es el Comité de Redacción sino la Comisión la que examinará los textos en segunda lectura.

6. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que, en ese caso, la oración podría terminar después de las palabras «artículos 1 a 11 bis del proyecto».

7. El PRESIDENTE propone que se supriman también las dos últimas oraciones de ese párrafo, la segunda de las cuales, por otra parte, le atribuye una opinión que en realidad es de la Comisión.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.*

Párrafo 9

8. El Sr. EIRIKSSON señala que, en los textos francés e inglés, el comienzo de la segunda oración es ambiguo y podría inducir a pensar que los «projets d'articles» o los «draft articles» a que respectivamente se refieren son los artículos 12 a 28 mencionados en la primera oración.

9. El Sr. MAHIOU se adhiere a esa opinión y propone que la primera oración del párrafo 9 se incluya al final del párrafo 8.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.*

Párrafo 10

*Queda aprobado el párrafo 10.*

Párrafo 11

10. El Sr. McCAFFREY propone que, en la segunda oración del texto inglés, se sustituya la palabra «entity» por «status».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 11, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafo 12

*Queda aprobado el párrafo 12.*

Párrafo 13

11. El Sr. BARSEGOV teme que las palabras «basándose en un breve análisis de la práctica de los Estados desde el siglo XIX hasta el presente», que figuran entre comas al comienzo de este párrafo, puedan dar la impresión de que la conclusión a que ha llegado el Relator Especial es la única fundada y que la de los miembros que no la aprueban no lo es. Así pues, propone que se supriman esas palabras.

12. El Sr. McCAFFREY considera que más adelante en el párrafo se expone adecuadamente la opinión de los miembros que no aprueban la conclusión del Relator Especial, así como las razones en que se basa esa opinión. No se opone a que se modifique el texto, pero opina que la supresión propuesta por el Sr. Barsegov crearía un desequilibrio que no existe en el presente texto.

13. El Sr. OGISO (Relator Especial) subraya que ha procurado recoger lo más fielmente posible las observaciones hechas por los miembros de la Comisión durante el debate. Aunque ha dicho que, a su juicio, la práctica reciente de los Estados mostraba una tendencia a limitar la inmunidad, ha indicado también que algunos opinaban lo contrario y ha explicado por qué razones. Así pues, estima haber presentado los dos puntos de vista de manera equilibrada y duda de que sea oportuno modificar el texto del informe a este respecto.

14. El Sr. AL-QAYSI se suma a las observaciones del Sr. McCaffrey y el Relator Especial. El párrafo 13 recoge debidamente el debate y la supresión propuesta introduciría en él un desequilibrio.

15. El Sr. MAHIOU dice que la solución sería quizá sustituir las palabras «de los Estados» por «de ciertos Estados».

16. El Sr. BARSEGOV deduce de las precedentes intervenciones que ha interpretado mal el texto del párrafo 13 y retira su propuesta.

17. El Sr. KOROMA apoya la propuesta del Sr. Mahiou. Por otra parte, y sin pedir por ello que se modifique ahora el párrafo 13, deplora que ese texto induzca a pensar que la Comisión sigue sin haber cerrado el viejo debate —puramente teórico— que opone la inmunidad absoluta y la inmunidad limitada. Propone además que, en la segunda oración del párrafo, se supriman las palabras «de Europa occidental», ya que las decisiones mencionadas no emanan en su totalidad de los tribunales nacionales de esa parte del mundo.

18. El Sr. CALERO RODRIGUES apoya la última propuesta del Sr. Koroma.

19. El Sr. BENNOUNA (Relator) aprueba las observaciones del Relator Especial y cree que el proyecto de informe describe de manera totalmente adecuada el debate.

20. El Sr. BARSEGOV aceptaría que el párrafo 13 se dejara como está si se sustituyeran las palabras «basándose en un breve análisis de» por «a la luz del análisis de».

21. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el párrafo 13 en la forma enmendada por el Sr. Mahiou, el Sr. Koroma y el Sr. Barsegov (párrs. 15, 17 y 20 *supra*).

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.*

Párrafo 14

*Queda aprobado el párrafo 14.*

Párrafo 15

22. El Sr. THIAM propone que, por razones de estilo, se sustituyan en la primera oración las palabras «tendía a poner de relieve que» por «era la de que».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.*

Párrafo 16

23. El Sr. AL-QAYSI se pregunta si es oportuno indicar que la Comisión sólo ha podido examinar una parte del proyecto de artículos, ya que se le habían presentado dos documentos sobre esta cuestión.

24. El Sr. BARSEGOV recuerda que la Comisión había decidido examinar sólo los artículos 1 a 11 y aplazar el estudio de los artículos 12 a 28 hasta su período de sesiones siguiente. Por eso, como muchos de sus colegas, se abstuvo de hacer uso de la palabra sobre los artículos 12 a 28. Sin embargo, el proyecto de informe recapitula lo que han dicho los miembros de la Comisión que optaron por hablar también sobre esos artículos. Así pues, tal como aparece resumido, ese debate es incompleto. Desea que esto se señale claramente y propone que se añada la oración siguiente al párrafo 16: «El informe no expone la posición de los miembros de la Comisión que no hicieron uso de la palabra en relación con los artículos 12 a 28 del proyecto».

25. El PRESIDENTE opina que sería más objetivo decir «El informe sólo expone la posición de los miembros que tuvieron ocasión de hacer uso de la palabra sobre los artículos 12 a 28 del proyecto».

26. El Sr. McCAFFREY aprueba el punto de vista del Sr. Barsegov, tanto más cuanto que él también se ha abstenido de referirse a los artículos 12 a 28. Quizá sería posible, en lo que se refiere a esos artículos, mencionar en el informe sólo los comentarios que haya hecho el Relator Especial acerca de las observaciones recibidas de los gobiernos.

27. El Sr. FRANCIS, que se adhiere también a la observación del Sr. Barsegov, propone añadir la oración siguiente al párrafo 16: «Muchos miembros de la Comisión optaron deliberadamente por no referirse a los artículos 12 a 28 del proyecto». Las palabras «Por falta de tiempo», que figuran al comienzo de la segunda oración de este párrafo, no corresponden a la realidad.

28. El Sr. KOROMA opina que, si se conserva la expresión «Por falta de tiempo», habría que colocarla al comienzo de la última oración.

29. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ expresa su preocupación por el hecho de que, en el proyecto de informe, la Comisión parece remitir a la Asamblea General los comentarios que sobre los proyectos de artículos han formulado los Estados Miembros.

30. El Sr. BENNOUNA (Relator) contesta que el informe indica claramente que el examen de los artículos 12 a 28 no ha concluido y que éste no se somete a la Asamblea General en su totalidad. Se ha decidido volver a examinar los artículos 12 a 28 en el próximo período de sesiones y, por ahora, el informe se limita a describir los debates de la Comisión sobre las conclusiones que el Relator Especial deduce de los comentarios y observaciones de los gobiernos.

31. El Sr. OGISO (Relator Especial) propone que se modifique la segunda oración del párrafo 16 de la manera siguiente: «Por falta de tiempo, algunos miembros de la Comisión no pudieron expresar plenamente su opinión y, por lo tanto, los artículos 12 a 28 no se remitieron al Comité de Redacción».

32. El Sr. Sreenivasa RAO opina que, para atender la preocupación del Sr. Barsegov, sería suficiente decir al

final de la última oración del párrafo 16 que los artículos 12 a 28 «[...] tienen, pues, que volverse a examinar».

33. El Sr. THIAM considera inoportuno insistir en el hecho de que algunos miembros de la Comisión no pudieron hacer uso de la palabra «por falta de tiempo». Esto parece querer decir que todos los miembros de la Comisión están obligados, en todos los casos, a hacer uso de la palabra sobre todos los temas. Ahora bien, muchos de ellos se abstienen de hacerlo porque sus colegas expresan a su manera lo que habrían declarado ellos mismos. La Comisión es mucho más numerosa que antes y hay que eliminar del párrafo 16 todo lo que podría dar al lector la impresión de que cada uno de sus miembros debe expresar su opinión sobre todo.

34. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que, si la idea que se trata de expresar es que el informe no expone la opinión de todos los miembros sobre los artículos 12 a 28, la última oración del párrafo 16 podría redactarse así: «Los artículos 12 a 28, así como las propuestas [...] no fueron examinados en todos sus detalles, como se indica en el párrafo 8, y el presente informe no expone la opinión de todos los miembros de la Comisión».

35. El Sr. EIRIKSSON se declara dispuesto a aceptar esta fórmula, a condición de que en la segunda oración se supriman las palabras «Por falta de tiempo», que hace superfluo lo que se dice en el párrafo 8.

36. El Sr. AL-QAYSI señala que el párrafo 16 parece repetir inútilmente la decisión que ya se menciona al final del párrafo 8, en su forma enmendada (véase párr. 9 *supra*).

37. El Sr. BENNOUNA (Relator), tras citar el párrafo 8, aprobado anteriormente, propone que se sustituyan las dos últimas oraciones del párrafo 16 por lo siguiente: «Puesto que la Comisión no pudo examinar en todos sus detalles los artículos 12 a 28, en el presente informe no se recogen las opiniones de todos los miembros de la Comisión sobre esos artículos».

38. El Sr. BARSEGOV, apoyado por el Sr. KOROMA y el Sr. AL-BAHARNA, se pregunta por qué la Comisión no podría decir simplemente que no ha tenido ocasión de concluir el examen de los artículos propuestos, pues es un hecho que ciertos miembros no han tenido tiempo de pronunciarse al respecto. Sugiere que, en la oración propuesta por el Relator, se supriman las palabras «en todos sus detalles», en vista de que la Comisión ha puesto pura y simplemente término por ahora a sus trabajos sobre la cuestión.

39. El Sr. McCAFFREY sugiere que en la oración propuesta por el Relator se sustituyan las palabras «examinar en todos sus detalles los artículos 12 a 28» por «concluir su examen de los artículos 12 a 28».

40. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el párrafo 16 en la forma enmendada por el Relator y el Sr. McCaffrey (párrs. 37 y 39 *supra*).

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 16, en su forma enmendada.*

41. El Sr. EIRIKSSON opina que la Comisión, antes de proseguir el examen de su proyecto de informe, debe plantearse la cuestión de su presentación general. Por ejemplo, le parece inútil reproducir el texto de los proyectos de

artículos. Por otra parte, el subtítulo «Resumen de los comentarios y observaciones de los gobiernos», que figura en relación con cada artículo, no es apropiado, ya que parece indicar que la CDI reitera a las delegaciones en la Sexta Comisión de la Asamblea General lo que le han dicho sus gobiernos.

42. El Sr. FRANCIS comparte esa opinión, aunque en el presente caso la repetición de los comentarios y observaciones de los gobiernos tenga la ventaja de informar al lector del objeto exacto de los debates. Pero no es un uso que haya que alentar, aunque sea para abreviar la documentación. Se podría prescindir de él en adelante.

43. El Sr. OGISO (Relator Especial) recuerda que su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1) estaba dedicado fundamentalmente a los comentarios y observaciones de los gobiernos y que la Comisión ha debatido el tema partiendo de esa base. Le parece importante, pues, que la Sexta Comisión conozca esos comentarios, el análisis que de ellos ha hecho el Relator Especial y las opiniones emitidas a este respecto en la Comisión. Indudablemente habrá en la Sexta Comisión delegaciones que estarán al corriente de lo que los gobiernos tenían que decir sobre los artículos del proyecto y sería más sencillo proceder mediante una simple remisión a los documentos donde figuran esas observaciones. Mas la presentación adoptada tiene la ventaja, para el lector, de ofrecer una visión de síntesis de los diferentes puntos examinados.

44. El Sr. McCAFFREY, comprobando que los párrafos del proyecto de informe que figuran bajo el epígrafe «Resumen de los comentarios y observaciones de los gobiernos» no recogen exactamente lo que los gobiernos han dicho, sino más bien lo que de ello piensa el Relator Especial, propone que ese subtítulo se enmiende así: «Respuesta del Relator Especial a los comentarios y observaciones de los gobiernos».

45. El Sr. BENNOUNA (Relator) opina que la forma adoptada es muy clara y que, de todas maneras, es demasiado tarde para modificarla. Quizá convenga en adelante que los relatores especiales y el Relator de la Comisión se pongan de acuerdo al comienzo del período de sesiones sobre un esquema uniforme.

46. En respuesta al Sr. McCaffrey, el Sr. Bennouna dice que no se trata tanto del análisis de los comentarios y observaciones de los gobiernos por el Relator Especial como del examen de ese análisis por la Comisión. Quizá sería mejor decir simplemente: «Comentarios y observaciones de los gobiernos».

47. El Sr. EIRIKSSON dice que el informe le parece estar bien concebido, pero que es preciso establecer en él una neta distinción entre lo que han dicho los miembros de la Comisión, lo que ha dicho el Relator Especial y lo que han dicho los gobiernos.

48. El Sr. RAZAFINDRALAMBO estima que se habría podido adoptar una presentación más concisa. El texto de los artículos habría podido incluirse en notas de pie de página. También se habrían podido evitar los subtítulos, dejando así sentado que todo el texto emana de la Comisión. Si bien es útil, efectivamente, recordar los comentarios de los gobiernos, hay que dejar bien claro que sólo son la materia examinada por la Comisión y que su resumen no constituye más que una especie de introducción a los párrafos dedicados a su análisis. Por consiguiente, se podrían suprimir simplemente los subtítulos.



49. El Sr. CALERO RODRIGUES opina que hay varias maneras de presentar los debates de la Comisión y que la que se ha adoptado no es la peor. Ofrece la ventaja de presentar la materia de manera completa. Es partidario de no modificarla más. Sólo los títulos deberían cambiarse en el sentido indicado por el Sr. McCaffrey.

50. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba como subtítulo, en todo el capítulo VI del proyecto de informe, la fórmula «Respuesta del Relator Especial a los comentarios y observaciones de los gobiernos».

*Así queda acordado.*

Párrafo 17

*Queda aprobado el párrafo 17.*

Párrafo 18

51. El Sr. McCAFFREY propone que en la primera oración del texto inglés se sustituya el imperfecto por el pluscuamperfecto y que se haga lo mismo siempre que se trate de comentarios dimanantes de los gobiernos.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 18, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafo 18 bis

52. El Sr. OGISO (Relator Especial) sugiere que se añada al final del párrafo la oración siguiente: «Un miembro hizo otra propuesta en materia de redacción, consistente en sustituir la expresión “un Estado” por “un Estado extranjero” y “de otro Estado” por “del Estado del foro”».

*Queda aprobado el párrafo 18 bis, en su forma enmendada.*

53. El Sr. FRANCIS abriga serias reservas con respecto al párrafo 18. Sigue pensando que las conclusiones que la Comisión deduce de las observaciones de los gobiernos son un elemento del examen del tema. La Comisión presta demasiada atención a cuestiones de interés secundario, deteniéndose en problemas de presentación. El lugar correspondiente a las dos oraciones del párrafo 18 era en realidad el párrafo 18 bis.

54. El Sr. KOROMA comparte el punto de vista del Sr. Francis. Desde el momento en que la Comisión se suma a la opinión del Relator Especial, ésta se convierte en la opinión de la Comisión, y sería peligroso distinguir entre las opiniones del Relator Especial y las de la Comisión. Al adherirse al punto de vista del Relator Especial, la Comisión le otorga en efecto una especie de protección. No sería diplomáticamente oportuno, por ejemplo, dar la impresión de que la opinión del Relator Especial prevalece sobre la de un gobierno determinado.

55. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ aprueba lo dicho por los dos oradores precedentes. La opinión del Relator Especial sobre las observaciones de los gobiernos —formuladas a petición de la Comisión— tiene, naturalmente, la mayor importancia, pero lo que la Comisión remite a la Sexta Comisión de la Asamblea General no son los informes de los relatores especiales, sino sus propias decisiones. No habría que dar la impresión en el informe de transmitir a la Sexta Comisión el punto de vista del Relator Especial para que ésta lo someta a debate a la luz de las observaciones hechas por los miembros de la CDI.

56. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que el Relator Especial ha querido presentar con la máxima minuciosidad y exactitud posibles el debate celebrado en la Comisión. Como la Comisión parece resistirse a la idea de mantener el subtítulo «Respuesta del Relator Especial a los comentarios y observaciones de los gobiernos», parece que sea mejor suprimir todos los subtítulos, que no son indispensables.

57. El Sr. AL-BAHARNA opina que sería mejor conservar los subtítulos, en la forma enmendada (párr. 50 *supra*).

58. El Sr. OGISO (Relator Especial) no tiene nada que objetar a la supresión de los subtítulos.

59. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide suprimir los subtítulos en la sección B del capítulo VI.

*Así queda acordado.*

Párrafos 19 a 21

*Quedan aprobados los párrafos 19 a 21.*

Párrafo 22

60. El Sr. McCAFFREY dice que, en la segunda oración del texto inglés, habría que sustituir la palabra «constituents» por las palabras «the constituent parts», y que la coma y la palabra «and», después de la letra «(c)», se sustituyan por un punto y coma.

*Así queda acordado.*

61. El Sr. KOROMA opina que la expresión «bienes de Estados separados» debería figurar entre comillas.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 22, en su forma enmendada.*

Párrafos 23 a 26

*Quedan aprobados los párrafos 23 a 26.*

Párrafo 27

62. El Sr. RAZAFINDRALAMBO propone que en la segunda oración se sustituyan las palabras «al artículo 3 de la *State Immunity Act* de Australia, que podía servir de útil guía» por «a que el artículo 3 de la *State Immunity Act* de Australia podía servir útilmente de guía».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.*

Párrafo 28

63. El Sr. OGISO (Relator Especial) propone que se ponga fin a la segunda oración después de las palabras «disposición específica» y que se redacte el resto así: «Un miembro, tras señalar que los Estados que componían un Estado federal... inciso ii) del apartado b, manifestó su preferencia...».

64. El Sr. BARSEGOV dice que, si no ha entendido mal, la propuesta del Relator Especial tiende a rectificar una inexactitud, e insiste en el hecho de que, en la intervención que hizo con ocasión del examen de esta cuestión, se sumó a las observaciones de varios gobiernos, entre otros el Gobierno australiano. En cuanto a las razones de conceder a todas las partes de los Estados federales la misma inmunidad que al Estado central, otros miembros de la Comisión opinaban también que, habida cuenta de la definición del término «Estado», sería oportuno incluir

en el artículo 2 disposiciones destinadas a proteger a esas partes componentes confiriéndoles la calidad de Estado. La solución de estas cuestiones depende naturalmente de la constitución de cada Estado federal, pero, para un Estado como la Unión Soviética, la cuestión es muy importante, ya que las repúblicas que la componen desempeñan un papel en el ámbito internacional.

65. El Sr. MAHIU estima que las modificaciones propuestas por el Sr. Ogiso oscurecen el texto francés y que ya no se sabe muy bien quién declaró preferir que se modificase el texto del apartado *b*. Quizá bastaría volver a formular la propuesta de forma que su sentido fuera claro en todos los idiomas.

66. El Sr. AL-BAHARNA dice que el nuevo texto propuesto por el Relator Especial es demasiado largo y que sería preferible dividir esa nueva oración en dos, colocando un punto después de las palabras «ámbito de aplicación del inciso ii) del apartado *b*». La oración siguiente comenzaría con las palabras: «Ese miembro manifestó, pues, su preferencia...».

67. El Sr. OGISO acepta la modificación propuesta por el Sr. Al-Baharna. Hace observar al Sr. Barsegov que su posición aparece reflejada en la primera parte de la segunda oración del párrafo, donde se dice que «varios miembros apoyaron la propuesta hecha por un gobierno». La segunda parte responde a lo que dijo el Sr. Tomuschat; por eso le parecía preferible dividir en dos esta oración.

68. El Sr. BARSEGOV dice que, no obstante, se podría aclarar que varios miembros apoyaron la propuesta formulada por un gobierno acerca de la protección de las partes componentes de los Estados federales.

69. El Sr. OGISO señala a la atención del Sr. Barsegov la primera oración del párrafo 28, en la que se dice que muchos miembros consideraron que la definición del término «Estado» del apartado *b* del párrafo 1 del texto refundido del artículo 2 requería un examen detallado. Para evitar que el debate se prolongue, se declara dispuesto a estudiar con la secretaría cualquier nueva modificación de forma que el Sr. Barsegov desee introducir en el párrafo 28 para aclarar su punto de vista.

70. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el párrafo 28 en la forma enmendada por el Relator Especial y el Sr. Al-Baharna (párrs. 63 y 66 *supra*), en esa inteligencia.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 28, en su forma enmendada.*

Párrafos 29 a 33

*Quedan aprobados los párrafos 29 a 33.*

Párrafo 34

71. El Sr. SHI propone que, en la tercera oración, se incluyan a continuación de las palabras «de los Estados» las palabras «después de la segunda guerra mundial», que reflejan más fielmente lo que dijo y que le parecen importantes.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.*

Párrafo 35

*Queda aprobado el párrafo 35.*

Párrafo 36

72. El Sr. McCAFFREY dice que la mayor parte del párrafo 36 está dedicada a las opiniones de los miembros que se declararon contrarios a la propuesta del Relator Especial, mientras que sólo se reservan algunas líneas a los que insistieron en la primacía del criterio de la naturaleza de un contrato para determinar su carácter comercial. Por consiguiente, propone que ese párrafo se divida en dos. El segundo párrafo empezaría después de las palabras «algunos otros miembros opinaron que debía atribuirse la misma importancia a los dos criterios de la naturaleza y la finalidad», y estaría redactado de la manera siguiente:

«Otros miembros insistieron en la primacía del criterio de la “naturaleza”, que era objetivo. A juicio de algunos de esos miembros, el criterio de la “finalidad” sólo podía tener carácter subsidiario y debía aplicarse únicamente en el caso de que la aplicación del criterio de la “naturaleza” no permitiera una interpretación clara del contrato. En opinión de otros miembros, el criterio de la “finalidad” no era practicable y no tenía cabida en el proyecto de artículos.»

Puntualiza que el objeto de esa enmienda es exponer claramente, en dos párrafos distintos, los diferentes puntos de vista expresados.

73. El Sr. BARSEGOV acepta que se recoja en el informe el punto de vista de los miembros que se opusieron al criterio de la «finalidad», a condición de que se recoja también el punto de vista opuesto, es decir, el de los miembros que opinan que hay que aplicar en primer lugar el criterio de la «finalidad». A su juicio, por otra parte, habría que otorgar igual importancia a ambos criterios.

74. El Sr. OGISO dice que, si no recuerda mal, la mayoría de los miembros de la Comisión aceptaron la propuesta del Relator Especial, con algunas enmiendas o mejoras. Desearía que se le aclarase si algunos se declararon opuestos a todo criterio que no fuera el de la finalidad de un contrato.

75. El Sr. BENNOUNA (Relator) cree que nadie ha propuesto que sólo se tenga en cuenta el criterio de la «finalidad».

76. El Sr. MAHIU dice que de las actas resumidas de las sesiones se desprende que el Sr. Al-Khasawneh propuso que se adoptara como único criterio el de la finalidad.

77. El Sr. BARSEGOV recuerda que, si bien la doctrina soviética atribuye gran importancia al criterio de la «finalidad», por su parte se ha declarado favorable a que los dos criterios sean tratados del mismo modo. Varios otros miembros de la Comisión compartieron esa opinión.

78. El PRESIDENTE señala que tal es el sentido que hay que dar a la primera oración del párrafo 36, en el que se dice que el párrafo 3 del nuevo proyecto de artículo 2, que contiene la propuesta del Relator Especial, recibió el apoyo de varios miembros de la Comisión.

79. El Sr. McCAFFREY propone que, en los textos francés e inglés, se sustituyan en la quinta oración del párrafo 36 los verbos «pourrait» y «could» por «devait» y «should», respectivamente.

*Así queda acordado.*

80. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el párrafo 36 en la forma enmendada por el Sr. McCaffrey (párr. 72 *supra*).

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 36, en su forma enmendada.*

Párrafos 37 y 38

*Quedan aprobados los párrafos 37 y 38.*

Párrafo 39

81. El Sr. OGISO propone que, en la primera oración del párrafo, se sustituyan las palabras «del inciso iii)» por «de los incisos ii) y iii)».

*Queda aprobado el párrafo 39, en su forma enmendada.*

Párrafos 40 y 41

*Quedan aprobados los párrafos 40 y 41.*

Párrafo 42

82. El Sr. McCAFFREY dice que, como el párrafo 42 trata de dos cuestiones distintas, sería mejor dividirlo en dos. El segundo párrafo empezaría a continuación de la oración que termina con las palabras «al Comité de Redacción».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 42, en su forma enmendada.*

Párrafos 43 a 51

*Quedan aprobados los párrafos 43 a 51.*

Párrafos 52 y 53

83. El Sr. BENNOUNA dice que, si se suprimen los subtítulos, el párrafo 53 ya no es necesario y puede formar parte del párrafo 52.

84. El Sr. KOROMA aprueba esa sugerencia. Por otra parte, se pregunta si no es contrario al uso aclarar el número de miembros que han apoyado las opiniones de los gobiernos mencionados.

85. El PRESIDENTE dice que, efectivamente, sería preferible decir «Algunos miembros». Sugiere que la oración en cuestión se inserte al final del párrafo 52 y que termine con las palabras «de los gobiernos mencionados».

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 52 y 53, en su forma enmendada.*

Párrafo 54

*Queda aprobado el párrafo 54.*

Párrafo 55

86. El Sr. McCAFFREY sugiere que, conforme al uso, en la primera oración del párrafo 55 se sustituyan las palabras «de la futura convención» por «del proyecto de artículos» o «del proyecto».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 55, en su forma enmendada.*

Párrafos 56 y 57

*Quedan aprobados los párrafos 56 y 57.*

Párrafo 58

87. El Sr. McCAFFREY propone que se sustituyan también en la primera oración las palabras «el proyecto de convención» por «el proyecto de artículos».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 58, en su forma enmendada.*

Párrafo 59

*Queda aprobado el párrafo 59.*

Párrafo 60

88. El Sr. MAHIOU propone que se sustituya la última oración por la siguiente:

«Un miembro señaló también que sería cuestionable interpretar que esas palabras se referían sólo a la doctrina restrictiva, pues en la mayoría de los Estados regían todavía las normas del derecho internacional general, basadas más bien en la doctrina absoluta de la inmunidad del Estado.»

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 60, en su forma enmendada.*

Párrafo 61

*Queda aprobado el párrafo 61.*

Párrafo 62

89. El Sr. TOMUSCHAT propone que se modifique la primera parte de la segunda oración de la manera siguiente: «Un miembro señaló que la consecuencia jurídica de una reserva era restringir la obligación que de lo contrario asumiría un Estado de conformidad con un tratado...».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 62, en su forma enmendada.*

Párrafos 63 a 68

*Quedan aprobados los párrafos 63 a 68.*

Párrafo 69

90. El Sr. McCAFFREY propone que se sustituya la palabra «requisito» por «efecto».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 69, en su forma enmendada.*

Párrafos 70 a 73

*Quedan aprobados los párrafos 70 a 73.*

Párrafo 74

91. El Sr. McCAFFREY propone que, en la primera oración, se sustituyan las palabras «fuerza mayor» por «*rebus sic stantibus*».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 74, en su forma enmendada.*

Párrafos 75 a 79

*Quedan aprobados los párrafos 75 a 79*

Párrafo 80

92. El Sr. BARSEGOV cree recordar que se había formulado la idea de que el representante de un Estado podía comparecer ante un tribunal de otro Estado no sólo como testigo, como se dice en el párrafo 3 del artículo 9, sino también en ejecución de sus obligaciones consulares. Desearía conocer la opinión del Relator Especial sobre ese punto.

93. El PRESIDENTE dice que esta cuestión fue objeto de un debate que podría resumirse en el párrafo 81. Sugiere

que el Sr. Barsegov le presente una propuesta escrita en ese sentido.

*Queda aprobado el párrafo 80.*

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2138.ª SESIÓN

*Viernes 14 de julio de 1989, a las 15 horas*

*Presidente. Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

### **Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)**

#### **CAPÍTULO VI.—Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (continuación) (A/CN.4/L.439 y Add.1 y 2)**

#### **B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación) (A/CN.4/L.439 y Add.1 y 2)**

Párrafos 81 a 87 (A/CN.4/L.439)

Párrafo 81

1. El Sr. BARSEGOV propone que se incluya al final del párrafo 81 la siguiente oración: «Se expresó asimismo la opinión de que el nuevo párrafo 3 debía abarcar también el caso del cumplimiento de las relaciones consulares». El nuevo párrafo 3 sólo recogía el supuesto en que un cónsul tenía que comparecer ante un tribunal de otro Estado en calidad de testigo. En realidad, los cónsules muchas veces tenían que participar en un proceso judicial, de otro modo que como testigo, para cumplir las obligaciones de su cargo.

*Queda aprobada la enmienda del Sr. Barsegov.*

*Queda aprobado el párrafo 81, en su forma enmendada.*

Párrafos 82 a 87

*Quedan aprobados los párrafos 82 a 87.*

Párrafos 88 a 167 (A/CN.4/L.439/Add.1)

Párrafos 88 a 92

*Quedan aprobados los párrafos 88 a 92.*

Párrafo 93

2. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que, con las modificaciones de forma que procedan, se traslade el párrafo 93 al lugar que le corresponde inmediatamente antes del párrafo 100, puesto que se refiere al proyecto de artículo 11 bis.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 93, en su forma enmendada.*

Párrafos 94 a 99

*Quedan aprobados los párrafos 94 a 99.*

Párrafo 100

3. El Sr. AL-BAHARNA propone que se incluya al final del párrafo 100 la oración siguiente: «Un miembro sugirió que la cuestión de las empresas estatales no acogidas a la inmunidad del Estado debía tratarse en un apartado separado».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 100, en su forma enmendada.*

Párrafo 101

4. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se suprima en la primera oración la palabra «soberanos», que figura después de la palabra «Estados». El adjetivo es superfluo, puesto que todos los Estados son soberanos.

*Así queda acordado.*

5. El Sr. FRANCIS desea proponer un nuevo enunciado de la segunda oración para aclarar lo que manifestó acerca de los países en desarrollo. Presentará por escrito su propuesta.

6. El PRESIDENTE dice que la Comisión volverá a considerar el párrafo 101 en la próxima sesión.

Párrafo 102

*Queda aprobado el párrafo 102.*

Párrafo 103

7. El Sr. BARSEGOV propone que se modifique la primera oración del párrafo 103 para eliminar, en el texto ruso, la palabra «nuevo» que califica las palabras «proyecto de artículo 11 bis». En el texto inglés, la modificación consistiría en sustituir la palabra «reformulation» por «formulation». El texto del artículo 11 bis que ha propuesto y que figura en el párrafo 103 no constituye un nuevo enunciado ni una modificación de la propuesta formulada por otro miembro y consignada en el párrafo 102. Se trata de una propuesta separada.

*Queda aprobada la enmienda del Sr. Barsegov.*

*Queda aprobado el párrafo 103, en su forma enmendada.*

Párrafos 104 a 106

*Quedan aprobados los párrafos 104 a 106.*

8. El Sr. Sreenivasa RAO desea hacer una propuesta de procedimiento, a saber, que se prescinda del resto del capítulo VI del proyecto de informe, contenido en los documentos A/CN.4/L.439/Add.1 y 2, que consiste en 35 páginas relativas al debate sobre los artículos 12 a 28. Ese debate, sin embargo, no fue concluyente y se ha convenido en que la Comisión volverá a examinar esos artículos en el próximo período de sesiones. La Comisión debería limitar el capítulo VI a una reseña del debate relativo a los

artículos 1 a 10. Podría añadirse una nota para explicar que se celebró un cambio de impresiones sobre los artículos 12 a 28.

9. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que se opone firmemente a esa propuesta. La Comisión debatió largamente los artículos 12 a 28 y en el capítulo VI han de recogerse fielmente las deliberaciones sobre el tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. No hay razón válida para dejar a un lado ninguna parte del debate.

10. El PRESIDENTE dice que, habida cuenta de la objeción que se ha formulado, la Comisión procederá al examen del capítulo VI.

Párrafos 107 a 109

*Quedan aprobados los párrafos 107 a 109.*

Párrafo 110

11. El Sr. BENNOUNA (Relator) señala que la segunda oración del párrafo 110 versa sobre dos cuestiones diferentes. Propone, por consiguiente, que se divida en dos oraciones, la segunda de las cuales empezaría con las palabras «Las decisiones judiciales o ejemplos de práctica estatal».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 110, en su forma enmendada.*

Párrafo 111

*Queda aprobado el párrafo 111.*

Párrafo 112

12. El Sr. McCAFFREY propone, como mejora de estilo, que se sustituya en el texto inglés la penúltima palabra «it» por las palabras «the condition».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 112, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafo 113

13. El Sr. McCAFFREY propone que en la última oración del texto inglés se sustituya la ambigua expresión «concerned with the deletion» por «concerned about the deletion».

*Así queda acordado.*

14. El Sr. BENNOUNA (Relator) señala que el problema de la armonización de las diversas expresiones utilizadas en inglés proviene en gran parte de la dificultad de traducir la expresión francesa «puissance publique» («poder público»). Propone un texto francés del párrafo 113 que aclare ese punto.

15. El Sr. BARBOZA señala que el texto español del párrafo 113 es perfectamente claro. El problema es armonizar los términos empleados en el texto inglés, lo que no afecta a ningún otro idioma.

16. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda que, de ser necesario, el texto francés del párrafo 113 se ajustará al español.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 113, en su forma enmendada.*

Párrafo 114

17. El Sr. TOMUSCHAT, apoyado por el Sr. OGISO (Relator Especial), propone que, en la última oración del texto inglés, se sustituya «EC» por «Commission of the European Communities». Por otra parte, en la segunda oración del mismo texto habría que insertar la palabra «regulations» entre las palabras «labour» y «to protect».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 114, con las modificaciones introducidas en el texto inglés.*

Párrafo 115

18. El Sr. McCAFFREY propone que se supriman las palabras «resultantes de un acto o una omisión atribuible a un Estado extranjero y producido en el territorio del Estado del foro».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 115, en su forma enmendada.*

Párrafo 116

*Queda aprobado el párrafo 116.*

Párrafos 117 y 118

19. El Sr. BENNOUNA (Relator) señala que la tercera oración del párrafo 116 se refiere al «derecho internacional público». Por consiguiente, la palabra «público» debería insertarse después de las palabras «derecho internacional» en la última oración del párrafo 117 y en la primera oración del párrafo 118.

20. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que la armonización terminológica de los tres párrafos podría lograrse de forma más sencilla suprimiendo en el párrafo 116 la palabra «público» después de las palabras «derecho internacional».

21. El PRESIDENTE sugiere que en la última oración del párrafo 117 se sustituyan las palabras «de derecho internacional» por «relativas a la responsabilidad de los Estados» y que se suprima el resto de la oración.

22. Tras un debate en el que participan el Sr. AL-QAYSI, el Sr. EIRIKSSON, el Sr. RAZAFINDRALAMBO, el Sr. AL-BAHARNA y el Sr. BENNOUNA (Relator), el PRESIDENTE propone que se aprueben sin cambios los párrafos 117 y 118.

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 117 y 118.*

Párrafo 119

*Queda aprobado el párrafo 119.*

Párrafo 120

23. El Sr. McCAFFREY propone que en el texto inglés se sustituya al final de la primera oración la palabra «solicit» por «command» y que en la segunda oración de todos los textos se incluyan las palabras «de tráfico» después de la palabra «accidentes».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 120, en su forma enmendada.*

Párrafo 121

24. El Sr. RAZAFINDRALAMBO propone que, al final de la última oración del texto francés, se sustituyan las palabras «les actes souverains» por «les actes de puissance publique».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 121, con la enmienda introducida en el texto francés.*

Párrafo 122

*Queda aprobado el párrafo 122.*

Párrafo 123

25. El Sr. McCAFFREY propone que el párrafo se dedique integralmente a las opiniones de los miembros que apoyaron el mantenimiento del artículo 13. Habría que modificar ligeramente la redacción del comienzo del párrafo y añadir una nueva oración, de manera que el párrafo dijese:

«Otros miembros de la Comisión eran partidarios de mantener el artículo 13. Señalaron que los litigios de esta naturaleza no eran infrecuentes y opinaron que la disposición era una salvaguardia necesaria para la protección de víctimas individuales. A su juicio, la protección diplomática no constituía en la práctica una alternativa viable.»

El resto del párrafo 123, a partir de las palabras «Algunos otros miembros, aunque no se oponían firmemente...», figuraría en un párrafo separado.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 123, en su forma enmendada.*

Párrafo 124

*Queda aprobado el párrafo 124.*

Párrafo 125

26. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que habría que modificar la segunda oración del texto francés para ponerlo en consonancia con el texto inglés mediante la sustitución de las palabras «en y renvoyant» por «en faisant référence».

27. El PRESIDENTE propone, en respuesta a una observación del Sr. MAHIOU, que se sustituyan las palabras «a un vasto cuerpo de normas convencionales relativas» por «a disposiciones del derecho convencional».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 125, en su forma enmendada.*

Párrafo 126

28. El Sr. TOMUSCHAT propone que se divida este párrafo en dos oraciones claramente diferenciadas después de las palabras «criterio territorial»; suprimiendo las palabras «añadió que», la segunda oración empezaría con las palabras «En cualquier caso».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 126, en su forma enmendada.*

Párrafos 127 a 129

*Quedan aprobados los párrafos 127 a 129.*

Párrafo 130

29. El Sr. EIRIKSSON dice que habría que sustituir, al final del párrafo, «tres» por «cuatro».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 130, en su forma enmendada.*

Párrafos 131 a 138

*Quedan aprobados los párrafos 131 a 138.*

Párrafo 138 bis

30. El Sr. McCAFFREY dice que, en el texto inglés, habría que sustituir la palabra «is» por «was» en la tercera oración y por «were» en la cuarta oración.

*Así queda acordado.*

31. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que se supriman en la primera oración las palabras «con todo».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 138 bis, en su forma enmendada.*

Párrafo 139

32. El Sr. SHI dice que el párrafo 139 no recoge enteramente todas las opiniones expresadas durante el debate de la Comisión. Propone, pues, que se incluya al final del párrafo una nueva oración que diga: «En opinión de un miembro, el artículo debería suprimirse enteramente por suponer un menoscabo de la soberanía y la igualdad soberana de los Estados».

33. El Sr. AL-BAHARNA dice que, si se aprueba la enmienda del Sr. Shi, las palabras «mientras que otros pusieron en duda su necesidad» serán redundantes y podrán suprimirse.

34. El Sr. McCAFFREY dice que hay que mantener esas palabras porque trazan una distinción entre la posición de algunos miembros que no creen que el artículo 16 sea especialmente necesario y la posición del Sr. Shi, que se opone firmemente a ese artículo. Si se mantienen tales palabras, se podría modificar la enmienda del Sr. Shi insertando la expresión «en particular» después de «En opinión de un miembro».

*Queda aprobada la enmienda del Sr. Shi, modificada por el Sr. McCaffrey.*

*Queda aprobado el párrafo 139, en su forma enmendada.*

Párrafos 140 a 142

*Quedan aprobados los párrafos 140 a 142.*

Párrafo 143

35. El Sr. OGISO (Relator Especial) dice que al final del texto inglés del párrafo la palabra «language» debería sustituirse por «terms».

*Queda aprobado el párrafo 143, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafo 144

*Queda aprobado el párrafo 144.*

Párrafo 145

36. El Sr. AL-BAHARNA propone que en la segunda oración se sustituyan las palabras «para fines comerciales

y al mismo tiempo gubernamentales» por «no sólo para fines comerciales, sino también gubernamentales». No pretende con ello modificar el sentido del párrafo, sino sólo mejorar su redacción.

37. El Sr. MAHIOU dice que esas palabras expresan la posición de un gobierno determinado, tal como se recogen en el informe preliminar del Relator Especial y, por lo tanto, deben dejarse como están.

38. Tras un breve debate en el que participan el Sr. BENNOUNA (Relator), el Sr. AL-QAYSI, el Sr. BARSEGOV, el Sr. EIRIKSSON, el Sr. KOTLIAR (Secretario de la Comisión), el Sr. McCAFFREY, el Sr. OGISO (Relator Especial) y el Sr. TOMUSCHAT, el PRESIDENTE propone que no se modifique el párrafo 145.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 145.*

#### Párrafo 146

39. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que, en la última oración, las palabras «disuadir a los particulares de los países desarrollados y de otros países en desarrollo de contratar un servicio comercial con tales buques» no están muy claras. Sería mejor decir «recurrir a los servicios comerciales de tales buques» o «entablar relaciones comerciales con tales buques».

40. El Sr. OGISO (Relator Especial) dice que la idea que es necesario expresar es la de que los particulares, tanto de los países desarrollados como de los países en desarrollo, pueden verse disuadidos de recurrir a tales buques para servicios comerciales. Si el texto francés no está claro, es preciso armonizarlo con el texto inglés.

41. El PRESIDENTE sugiere la conveniencia de suprimir la palabra «otros», que parece ser redundante.

42. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que toda la serie de palabras «de los países desarrollados y de otros países en desarrollo» son redundantes y deberían suprimirse.

43. El Sr. MAHIOU apoya la propuesta del Relator de sustituir las palabras «contratar un servicio comercial con» por «recurrir a los servicios comerciales de».

44. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la idea es que incluso en los países en desarrollo existen particulares que pueden haber entablado cierto tipo de relaciones comerciales y que puede redundar en su interés no insistir en la inmunidad.

45. El Sr. OGISO (Relator Especial) dice que lo que desea expresar en el párrafo 146 es simple: se ha manifestado la opinión de que la explotación por el Estado de buques destinados a un servicio comercial contribuiría al desarrollo de los países en desarrollo. En su opinión, sin embargo, los particulares en los países en desarrollo no acogerían necesariamente con satisfacción ese tipo de actividad, por lo que tal explotación no contribuiría por fuerza al desarrollo de los países en desarrollo. Preferiría que no se modificase el texto del párrafo.

46. El Sr. AL-QAYSI dice que el Relator Especial tiene toda la razón. Los partidarios de la inclusión del término «no gubernamental» en el texto del artículo 18 habían aducido como motivo la preocupación por proteger los intereses de los países en desarrollo. El Relator Especial había opinado que había que suprimir el término «no gu-

bernamental»; de lo contrario, los intereses de los países en desarrollo no quedarían necesariamente protegidos. Al comprobar que se invocase la inmunidad para los buques de propiedad de un Estado destinados a un servicio público no gubernamental, quizá renunciaran a contratar los servicios de tales buques. Conviene en que no hay que modificar el texto del párrafo 146, si bien piensa, como el Relator, que las palabras «contratar un servicio comercial» son poco atinadas; quizá convendría sustituir «contratar un servicio» por «realizar una operación».

47. El Sr. CALERO RODRIGUES conviene en que las palabras «de contratar un servicio comercial con tales buques» no son muy claras. Tal vez podrían sustituirse por «de utilizar los servicios de esos buques».

48. El Sr. OGISO (Relator Especial) señala que en el título y en los párrafos 1 y 4 del artículo 18 se emplean palabras similares. Probablemente, pues, son fácilmente comprensibles.

49. El Sr. AL-QAYSI dice que existe con todo una diferencia entre un buque destinado a un servicio comercial y un particular que contrata el servicio comercial de un buque. Quizá proceda sustituir esas palabras por «de utilizar los servicios de esos buques».

50. El Sr. McCAFFREY dice que apoya la propuesta del Sr. Calero Rodrigues y el Sr. Al-Qaysi.

51. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda sustituir las palabras «de contratar un servicio comercial con tales buques» por «de utilizar los servicios de esos buques», al final del párrafo 146.

*Así queda acordado.*

52. El Sr. EIRIKSSON dice que, para más claridad, el párrafo debería recurrir a la terminología empleada en el segundo informe del Relator Especial sobre el tema (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 25). De ese modo, la última oración del párrafo concluiría después de las palabras «intereses de los países en desarrollo». La última parte de esa oración, con las enmiendas ya introducidas y los nuevos términos que propone, pasaría a constituir una nueva oración, que diría: «A su juicio, si no pudieran ser objeto de demandas respecto de la explotación de buques y de sus cargas, los particulares de los países desarrollados y de los países en desarrollo serían reacios a utilizar los servicios de esos buques».

53. El Sr. OGISO (Relator Especial) dice que, para no prolongar el debate, aceptará esa enmienda.

*Queda aprobada la enmienda del Sr. Eiriksson.*

*Queda aprobado el párrafo 146, en su forma enmendada.*

#### Párrafos 147 a 149

*Quedan aprobados los párrafos 147 a 149.*

#### Párrafo 150

54. El Sr. MAHIOU propone que se modifique la primera oración para que diga: «Durante el debate de la Comisión, muchos miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial de que se suprimieran los términos “no gubernamental” y “no gubernamentales” en los párrafos 1 y 4, pero algunos otros expresaron la opinión contraria».



55. El Sr. BARSEGOV dice que no cabe hablar, como se hace en la primera oración, de «todos» los miembros; por ejemplo, él no intervino en el debate sobre el tema.

56. El Sr. McCAFFREY propone que, para tener en cuenta la observación del Sr. Barsegov, se modifique la primera parte de la oración de la manera siguiente: «Durante el debate de la Comisión muchos de los miembros que abordaron la cuestión apoyaron...».

*Queda aprobada la enmienda del Sr. Mahiou, modificada por el Sr. McCaffrey.*

57. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, propone que se incluya al final del párrafo 150 lo siguiente:

«Otro miembro destacó que el artículo 18 planteaba dificultades similares a las tratadas en relación con la definición del término Estado en el nuevo proyecto de artículo 2 y de los “bienes de Estados separados” en el proyecto de artículo 11 *bis*. No se trataba de establecer ventajas para los Estados con un extenso sector de bienes de Estado, sino de protegerlos contra la discriminación.»

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 150, en su forma enmendada.*

Párrafo 151

58. El Sr. CALERO RODRIGUES propone, de acuerdo con la anterior propuesta del Sr. McCaffrey para el párrafo 150, que al comienzo del párrafo se incluyan, después de las palabras «Los miembros de la Comisión», las palabras «que hicieron uso de la palabra».

59. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que no ve ninguna necesidad de incluir esas palabras que, si se repitieran constantemente, podrían hacer premioso el texto. En cualquier caso, el capítulo VI del proyecto de informe señala al comienzo que varios miembros no tuvieron ocasión de intervenir en relación con el tema y de esa declaración se deduce implícitamente que sólo se recogen las opiniones de los miembros que hicieron uso de la palabra.

60. El PRESIDENTE dice que, en un informe tan largo, el lector puede tener dificultades para recordar exactamente lo que se ha dicho al principio. Además, en los casos en que ha habido acuerdos sobre aspectos determinados, sería conveniente dejar bien sentado que se ha llegado a tal acuerdo sólo entre los miembros que intervinieron realmente en el debate. Para evitar todo equívoco, pues, sugiere que se apruebe la propuesta del Sr. Calero Rodrigues.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 151, en su forma enmendada.*

Párrafos 152 a 156

*Quedan aprobados los párrafos 152 a 156.*

Párrafos 157 y 158

61. El Sr. McCAFFREY señala que en la segunda oración del párrafo 157 y en la primera y segunda oración del párrafo 158 del texto inglés debe sustituirse la palabra «arbitrary» por «arbitral».

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 157 y 158, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafos 159 a 167

*Quedan aprobados los párrafos 159 a 167.*

Párrafos 168 a 178 (A/CN.4/L.439/Add.2)

Párrafo 168

*Queda aprobado el párrafo 168.*

Párrafo 169

62. El Sr. OGISO (Relator Especial) dice que, en el texto inglés, habría que sustituir las palabras «intended use» por «intended for use» en la tercera oración.

63. El Sr. EIRIKSSON propone que se suprima al comienzo de la segunda oración el adverbio «sólo».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 169, en su forma enmendada.*

Párrafos 170 a 170 *ter*

*Quedan aprobados los párrafos 170 a 170 *ter*.*

Párrafo 171

*Queda aprobado el párrafo 171.*

Párrafo 172

64. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que, para recoger con más precisión los términos del debate, se sustituya la última oración por lo siguiente: «Algunos miembros propusieron sustituir el concepto de “derecho jurídicamente protegido” por la expresión, equivalente, de “derecho efectivo”, de conformidad con el fallo pronunciado en el asunto de la *Barcelona Traction*».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 172, en su forma enmendada.*

Párrafos 173 y 174

*Quedan aprobados los párrafos 173 y 174.*

Párrafo 175

65. El Sr. OGISO (Relator Especial) propone que en la primera oración se sustituyan las palabras «el texto existente del artículo 21, y en particular su apartado *a*, establecía una limitación importante» por «el artículo 21 debía enunciar en su apartado *a* una limitación».

*Queda aprobado el párrafo 175, en su forma enmendada.*

Párrafo 176

*Queda aprobado el párrafo 176.*

Párrafo 177

66. El PRESIDENTE propone que se suprima el párrafo 177.

*Así queda acordado.*

Párrafo 178

*Queda aprobado el párrafo 178.*

*Se levanta la sesión a las 18 horas.*

## 2139.ª SESIÓN

*Lunes 17 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucou-nas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

### Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)

#### CAPÍTULO VI.—*Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* (conclusión) (A/CN.4/L.439 y Add 1 y 2)

#### B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión) (A/CN.4/L.439 y Add.1 y 2)

Párrafo 101 (conclusión) (A/CN.4/L.439/Add.1)

1. El Sr. FRANCIS dice que, como la segunda oración del párrafo 101 pretende exponer una opinión expresada por él mismo y por el Sr. Njenga, propone, con el acuerdo de este último, que se sustituya por lo siguiente:

«Otros miembros de la Comisión consideraban que esa exención también era importante para los países en desarrollo. A ese respecto, se señaló que se habían dado muchos casos de procedimientos judiciales entablados contra un Estado en relación con contratos comerciales de una empresa estatal que tenía, en la legislación nacional, entidad jurídica separada y distinta para el desempeño de sus funciones. En opinión de esos miembros, tales procedimientos debían limitarse a esas empresas no sólo en virtud de principios jurídicos, sino también teniendo en cuenta los limitados recursos económicos de los países en desarrollo y los costos muy elevados de los litigios en algunos otros países.»

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 101, en su forma enmendada.*

Párrafo 175 (conclusión) (A/CN.4/L.439/Add.2)

2. El Sr. SHI, volviendo al párrafo 175, que ha sido enmendado por el Relator Especial en la sesión anterior (párr. 65), propone que, para recoger más fielmente sus propias observaciones sobre el artículo 21, la primera oración se modifique como sigue:

«Un miembro opinó que debería enunciarse explícitamente el principio de la inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas contra sus bienes, de conformidad con el artículo 23 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, incorporando algunos de los elementos del artículo 22 del presente proyecto.»

*Así queda acordado.*

Párrafos 179 a 211 (A/CN.4/L.439/Add.2)

Párrafo 179

*Queda aprobado el párrafo 179, con una corrección en el texto inglés.*

Párrafos 180 a 186

*Quedan aprobados los párrafos 180 a 186.*

Párrafo 187

3. El Sr. SHI propone, para que la reseña del debate sea más exacta, incluir al final del párrafo lo siguiente: «Otros miembros se manifestaron partidarios de su supresión».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 187, en su forma enmendada.*

Párrafos 188 y 189

*Quedan aprobados los párrafos 188 y 189.*

Párrafo 190

4. El Sr. OGISO (Relator Especial) señala que en la segunda oración del texto inglés hay que suprimir las palabras «he said».

*Queda aprobado el párrafo 190, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafo 191

*Queda aprobado el párrafo 191.*

Párrafo 192

5. El Sr. McCAFFREY propone que, al final de la primera oración del texto francés, se sustituyan las palabras «la proposition du Rapporteur spécial» por «cette proposition». Propone asimismo que, en la segunda oración del texto inglés, se suprima la palabra «as» antes de las palabras «in paragraph 3».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 192, con las modificaciones introducidas en los textos francés e inglés.*

Párrafo 193

*Queda aprobado el párrafo 193.*

Párrafo 194

6. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que en la primera oración del texto inglés hay que sustituir las palabras «due process» por «due service of process».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 194, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafo 195

*Queda aprobado el párrafo 195.*

Párrafo 196

7. El Sr. McCAFFREY, teniendo en cuenta que normalmente la recepción de los actos de incoación de un proceso se presume desde que han sido notificados en la forma debida, propone que en la segunda oración del texto inglés se elimine la palabra «due» antes de las palabras «service of process».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 196, en su forma enmendada.*

Párrafo 197

8. Tras un cambio de impresiones en el que participan el Sr. McCAFFREY y el Sr. AL-QAYSI, el PRESIDENTE propone que, en el texto inglés, se sustituyan las palabras «as they did» por «a change which they had also proposed».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 197, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafos 198 a 203

*Quedan aprobados los párrafos 198 a 203.*

Párrafo 204

9. El Sr. McCAFFREY se interroga sobre el sentido de la segunda oración: ¿se trata de una observación hecha por otros miembros distintos de los que «expresaron dudas sobre el nuevo texto del párrafo 2 propuesto»?

10. El Sr. OGISO (Relator Especial) contesta que esa oración pretende exponer las razones de esas dudas. Para que sea más inteligible, propone que se suprima la palabra «indiscriminadamente».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 204, en su forma enmendada.*

Párrafos 205 y 206

*Quedan aprobados los párrafos 205 y 206.*

Párrafo 207

11. El Sr. BENNOUNA señala que la tercera oración resume las observaciones que hizo, por lo que propone que se modifique el final de la manera siguiente: «... los tribunales nacionales a acatar los mandatos del ejecutivo para respetar el principio de reciprocidad».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 207, en su forma enmendada.*

Párrafo 208

*Queda aprobado el párrafo 208.*

Epígrafe que precede al párrafo 209

*Queda aprobado el epígrafe que precede al párrafo 209.*

Párrafo 209

12. El PRESIDENTE propone que se supriman las palabras «ni aprobados en primera lectura»; es evidente que si los textos de los artículos y el anexo de que se trata no han sido examinados aún, tampoco han podido ser aprobados.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 209, en su forma enmendada.*

13. El PRESIDENTE dice que la secretaría verificará si los textos de la parte VI del proyecto de artículos y del anexo sobre arreglo de controversias, reproducidos en el informe, son los que corresponden.

Párrafo 210

14. El PRESIDENTE señala que dos miembros de la Comisión hicieron uso de la palabra sobre las propuestas en cuestión y sugiere que se supriman en la primera oración las palabras «a fondo».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 210, en su forma enmendada.*

Párrafo 211

15. El Sr. BENNOUNA (Relator) opina que convendría preguntar a la Asamblea General si las disposiciones relativas a la solución de las controversias deberían formar parte integrante del proyecto de artículos o ser objeto de un protocolo de firma facultativa separado, o incluso si la cuestión debería dejarse a la decisión de la conferencia diplomática.

16. Tras un cambio de impresiones en el que participan el Sr. NJENGA, el Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. BARBOZA, el Sr. FRANCIS, el Sr. BARSEGOV, el Sr. McCAFFREY, el Sr. JACOVIDES y el Sr. OGISO (Relator Especial), el PRESIDENTE propone que se incluya al final del párrafo 211 la oración siguiente: «Resultaría útil para la Comisión disponer, antes de examinar ulteriormente el tema, de una indicación de las preferencias de la Asamblea General».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 211, en su forma enmendada.*

*Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el capítulo VI del proyecto de informe, en su forma enmendada.*

#### **CAPÍTULO V.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (A/CN.4/L.438)**

##### **A.—Introducción**

Párrafos 1 a 4

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.*

*Queda aprobada la sección A.*

##### **B.—Examen del tema en el actual período de sesiones**

Párrafos 5 a 7

*Quedan aprobados los párrafos 5 a 7.*

Párrafo 8

17. El Sr. McCAFFREY se pregunta si el término «areas», utilizado dos veces en la penúltima oración del texto inglés, es el que corresponde, y si no sería preferible la palabra «issues», que figura en la oración siguiente.

18. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que en el primer caso es preferible, efectivamente, emplear el término «issues» («cuestiones»), pero que en el segundo hay que mantener «areas» («zonas»), ya que con ese término se designan las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional.

19. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide sustituir la palabra

«areas», al comienzo de la penúltima oración del párrafo 8, por «issues».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.*

Párrafo 9

20. El Sr. BARSEGOV estima que las palabras «aconsejaban firmemente», al comienzo de la segunda oración, no reflejan los debates de la CDI ni los de la Sexta Comisión de la Asamblea General, en la que muchos Estados —entre otros la URSS, a la que representaba en esa ocasión— expresaron la opinión contraria. Añade que insistirá sobre esta cuestión más adelante durante el examen del capítulo V del proyecto de informe.

*Queda aprobado el párrafo 9.*

Párrafos 10 a 12

*Quedan aprobados los párrafos 10 a 12.*

Párrafo 13

21. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que, para mayor precisión, convendría sustituir en la segunda oración del párrafo las palabras «las actividades causantes de daños» por «actividades tales como las causantes de daños».

*Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.*

Párrafo 14

*Queda aprobado el párrafo 14.*

Párrafo 15

22. El Sr. MAHIOU y el Sr. BENNOUNA dicen que no están satisfechos de como se han traducido al francés los conceptos de «liability» y «responsibility».

23. El Sr. McCAFFREY dice que considera oscura la expresión «causal responsibility» («responsabilidad causal») en la segunda oración.

24. El Sr. BARSEGOV advierte que el texto ruso es igualmente impreciso.

25. El PRESIDENTE propone que la Comisión vuelva a examinar estos problemas terminológicos tras darse un plazo de reflexión y celebrar consultas.

*Así queda acordado.*

Párrafos 16 y 17

*Quedan aprobados los párrafos 16 y 17.*

Párrafo 18

26. El Sr. McCAFFREY propone que la palabra «matter» en la cuarta oración del texto inglés se sustituya por «subject-matter». Las dos oraciones siguientes también deben enmendarse y referirse al «balance of interests», puesto que en este caso el plural parece más correcto que el singular.

*Así queda acordado.*

27. Por último, las palabras finales del párrafo no son claras; en el texto inglés no se ve bien si lo que resulta «afectado por el daño» son «las partes» o «el equilibrio».

28. El Sr. BEESLEY propone que se supriman las palabras «afectado por el daño», a fin de eliminar el equívoco.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 18, en su forma enmendada.*

Párrafo 19

*Queda aprobado el párrafo 19.*

Párrafo 20

29. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) propone que el comienzo de la primera oración se enmiende para poner de relieve que el principio de la cooperación es «Uno de los fundamentos» de las obligaciones procesales de los Estados.

*Queda aprobado el párrafo 20, en su forma enmendada.*

Párrafos 21 a 26

*Quedan aprobados los párrafos 21 a 26.*

Párrafo 27

30. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) desea introducir en la penúltima oración una mayor precisión insertando después de la conjunción «y,» las palabras «mientras no existiera tal régimen,».

*Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.*

Párrafos 28 a 31

*Quedan aprobados los párrafos 28 a 31.*

Párrafo 32

31. El Sr. BARSEGOV señala que toda la parte del informe que comienza con este párrafo lleva como epígrafe «Observaciones sobre los [...] artículos 1 a 9» y dice que el término «observaciones» no es adecuado, ya que la Comisión ha efectuado un auténtico cambio de impresiones sobre estos artículos.

32. El Sr. BENNOUNA (Relator) recuerda que ya ha tenido ocasión de lamentar que los relatores especiales y el Relator de la Comisión no se pongan de acuerdo sobre un plan general de los diferentes capítulos del informe. Por lo que respecta a los epígrafes utilizados, es cierto que la Comisión ha decidido suprimirlos en la sección B del capítulo VI de su informe, pero aquí parecen indispensables para la comprensión del texto.

33. Tras un debate en el que participan el Sr. EIRIKSON, el Sr. McCAFFREY y el Sr. BARBOZA (Relator Especial), el PRESIDENTE sugiere que se enmiende el plan del capítulo V del proyecto de informe como sigue: sustituir el párrafo 7 por el epígrafe «1. Presentación del quinto informe por el Relator Especial»; insertar el epígrafe «2. Examen de los artículos 1 a 9 por la Comisión» después del párrafo 31.

*Así queda acordado.*

34. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que al final del párrafo 32 deben insertarse las palabras «o amenazarán con causar» después de «actividades que causarán».

*Queda aprobado el párrafo 32, en su forma enmendada.*

## Párrafo 33

35. El Sr. BARSEGOV destaca que, en la cuarta oración, se dice que el tema «no se refería a actos “lícitos” o “ilícitos”, sino a actos “no prohibidos por el derecho internacional”». El Relator Especial parece responder aquí a una cuestión que no se ha planteado o defender determinado punto de vista, sin referirse al de los miembros de la Comisión que no están de acuerdo con esa manera de ver. Por su parte, ha sostenido siempre que todo lo que no está prohibido está permitido y que la oposición entre actos «lícitos» e «ilícitos» no es pertinente en el presente contexto. Propone, pues, que se supriman esas consideraciones o que se exponga el punto de vista defendido por los demás miembros de la Comisión.

36. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) señala que el párrafo 33 no recoge la opinión del Relator Especial, sino la de ciertos miembros de la Comisión. El punto de vista opuesto fue presentado en el período de sesiones anterior y parece difícil reseñarlo en el informe de la Comisión sobre su 41.º período de sesiones.

37. El Sr. BEESLEY manifiesta que las palabras citadas por el Sr. Barsegov resumen lo que él dijo durante el debate. Está dispuesto a volver a discutir esas palabras, incluso a suprimirlas, si cuando se concluya el examen del capítulo V del informe, el Sr. Barsegov estima que el resumen de los trabajos no es equilibrado.

38. El Sr. BARSEGOV se declara satisfecho de las aclaraciones que se le acaban de dar y no insiste en que se modifique este aspecto del párrafo 33.

39. Sin embargo, expresa sus dudas sobre el adjetivo «ecclético», que figura en la séptima oración del párrafo. Le parece poco conveniente decir que «en la búsqueda de precedentes para su labor» la Comisión debe «ser ecclética», ya que ello no es conforme a sus métodos de trabajo habituales.

40. El Sr. BEESLEY propone que se sustituya la palabra «ecclética» por «flexible».

*Así queda acordado.*

41. El Sr. McCAFFREY advierte en el texto inglés del párrafo 33 y de los siguientes cierta imprecisión en la concordancia de los tiempos de los verbos.

42. El PRESIDENTE dice que la secretaría procederá a una revisión del texto sobre ese punto.

*Queda aprobado el párrafo 33, en su forma enmendada.*

## Párrafo 34

*Queda aprobado el párrafo 34.*

## Párrafo 35

43. El Sr. BARSEGOV propone que la segunda oración se sustituya por la siguiente:

«A juicio de uno de ellos, la invocación de principios análogos tomados selectivamente de determinadas decisiones de los tribunales nacionales no siempre estaba justificada, puesto que las decisiones de los tribunales nacionales y el derecho interno no eran fuente del derecho internacional.»

44. El Sr. ARANGIO-RUIZ pone en tela de juicio que ese texto recoja exactamente el punto de vista del Sr. Barsegov, puesto que éste niega la posibilidad de deducir

principios de derecho internacional por analogía con el derecho interno.

45. El Sr. BARSEGOV propone que se suprima la palabra «análogos» en su enmienda.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.*

## Párrafo 36

46. El Sr. BARSEGOV pone en duda que las palabras «los artículos podían redactarse en la forma característica de los convenios», en la quinta oración, reflejen exactamente el debate, ya que, a juicio de varios miembros de la Comisión, la fórmula de una lista que enumere las actividades previstas en los artículos es preferible. Propone asimismo que, para resumir lo que dijo sobre la lista de actividades, se incluya la oración siguiente:

«Otro miembro declaró que ningún miembro de la Comisión estaba en condiciones de indicar cuáles eran los tipos de actividad sin riesgo que podían originar un daño transfronterizo considerado como única fuente de responsabilidad.»

47. El Sr. EIRIKSSON se pregunta cuál es el sentido de las palabras «considerado como única fuente de responsabilidad» en la enmienda.

48. El Sr. BARSEGOV dice que, según la concepción dualista de la responsabilidad, cabe considerar que la responsabilidad dimana, bien de actividades que entrañan un riesgo, bien de actividades que no presentan un riesgo evidente. Pero ¿quién puede darle un ejemplo de actividad que, aunque no presente un riesgo intrínseco, pueda con todo dar lugar a un daño?

49. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) opina que el punto de vista del Sr. Barsegov se recoge en el párrafo 41.

50. El Sr. EIRIKSSON estima que la modificación propuesta por el Sr. Barsegov debería incluirse en el párrafo 41.

51. El Sr. CALERO RODRIGUES considera que las propuestas hechas por un miembro de la Comisión para hacer constar en el informe de la Comisión una opinión expresada no deberían dar lugar a discusión.

52. El Sr. BARSEGOV no tiene nada que objetar a que su propuesta se incluya en el párrafo 41 en vez de en el párrafo 36; sólo ha planteado la cuestión en relación con el párrafo 36 porque en él se hace referencia a la lista de actividades.

53. El PRESIDENTE dice que la Comisión volverá a examinar la propuesta del Sr. Barsegov cuando considere el párrafo 41.

54. Sugiere que en la octava oración del párrafo 36 se sustituyan las palabras «otro miembro» por «algunos miembros».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 36, en su forma enmendada.*

## Párrafo 37

55. El Sr. BARSEGOV reconoce haber expresado el punto de vista que se resume en la primera oración, pero con otra perspectiva. En su opinión, los diferentes tipos de responsabilidad no son intercambiables y, al confundirlos, se introduce en el estudio del tema la concepción dualista del problema.

56. El Sr. BEESLEY reconoce la dificultad de consignar en el informe las opiniones de los miembros de la Comisión, pero añade que, en la presente etapa, sería preferible que se hicieran propuestas concretas.

57. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) señala que la oración mencionada por el Sr. Barsegov tiende en realidad a recoger el punto de vista del Sr. Thiam. Sugiere que se sustituyan las palabras «Un miembro de la Comisión opinó» por «Dos miembros de la Comisión opinaron».

58. Tras un cambio de impresiones en el que participan el Sr. BENNOUNA (Relator), el Sr. BARSEGOV, el Sr. McCAFFREY y el Sr. BARBOZA (Relator Especial), el Sr. BARSEGOV propone que se incluya la siguiente oración: «En opinión de un miembro de la Comisión, no era posible combinar los diferentes tipos de responsabilidad y, desgraciadamente, la concepción dualista conduciría a ese resultado».

59. El Sr. BEESLEY opina, al igual que el Relator Especial, que puede haber dos fundamentos de la responsabilidad sin culpa que pueden recogerse en un mismo texto. Si el proyecto de informe, que es equilibrado y equitativo, es puesto en tela de juicio mediante añadidos y enmiendas destinados a exponer un punto de vista que deplora verse obligado a calificar de minoritario, se verá obligado a hacer lo necesario para reequilibrarlo, a riesgo, si es preciso, de volver a abrir el debate.

60. El PRESIDENTE cree entender que, según el Sr. Barsegov, la posición de la Comisión podría ser fuente de confusión. Ahora bien, la penúltima oración del párrafo 37 ¿no refleja esa preocupación? Invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del párrafo 37 en la próxima sesión.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2140.ª SESIÓN

*Lunes 17 de julio de 1989, a las 15 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Tomuschat.

### Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)

#### CAPÍTULO V.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación)

#### B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión)

#### Párrafo 15 (conclusión)

1. El Sr. BENNOUNA (Relator) recuerda que se han hecho objeciones al uso de las expresiones «responsabilité indirecte» en francés y «causal liability» en inglés, en la sesión anterior. Después de consultar con el Relator Especial, propone que, de conformidad con el uso general, se utilicen las expresiones «responsabilité objective» y «strict liability» en el párrafo 15, es decir, las expresiones que se usan en todo el proyecto de informe. En consecuencia, propone que se enmiende la tercera oración para que diga: «The decision of the arbitral tribunal in the *Trail Smelter* case provided for a twofold régime of responsibility for wrongfulness and strict liability».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 15, con las modificaciones introducidas en los textos francés e inglés.*

#### Párrafo 37 (conclusión)

2. El PRESIDENTE dice que el Sr. Thiam desea proponer que se enmiende la primera oración del párrafo 37 de la manera siguiente: «En opinión de un miembro, el Relator Especial no siempre había distinguido entre el tema de la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos y el presente tema».

3. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar esa enmienda.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 37, en su forma enmendada.*

#### Párrafo 38

4. El Sr. McCAFFREY propone que se suprima la cuarta oración, que dice: «De lo contrario, el asunto podía ser abordado por otros órganos especializados».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 38, en su forma enmendada.*

#### Párrafo 39

5. El Sr. BARSEGOV pregunta por qué ciertos pasajes van subrayados.

6. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) explica que el motivo es llamar la atención de la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre determinados aspectos.

7. El Sr. Sreenivasa RAO duda de que sea acertado subrayar ningún pasaje.

8. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que se prescindiera del subrayado no sólo en el párrafo 39, sino también en los párrafos siguientes.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 39, en su forma enmendada.*

#### Párrafo 40

*Queda aprobado el párrafo 40.*

#### Párrafo 41

9. El PRESIDENTE señala la propuesta del Sr. Barsegov de sustituir las dos primeras oraciones del párrafo 41 por el texto siguiente:

«Se expresó preocupación por la inclusión del daño apreciable en el ámbito de aplicación de los artículos como fundamento, por sí mismo, de la responsabilidad.

Un miembro de la Comisión opinó que esa inclusión suponía establecer responsabilidad causal por cualquier daño apreciable, con lo que se difuminaría la distinción entre el presente tema y el de la responsabilidad de los Estados.»

10. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) pregunta cuál es el sentido, en la primera oración de la enmienda, de las palabras «por sí mismo».

11. El Sr. BARSEGOV explica que el daño apreciable se considera como el único fundamento de la responsabilidad o como el fundamento de la responsabilidad *per se*. De ahí la objeción que ha formulado.

*Queda aprobada la enmienda del Sr. Barsegov.*

*Queda aprobado el párrafo 41, en su forma enmendada.*

Párrafos 42 y 43

*Quedan aprobados los párrafos 42 y 43.*

Párrafo 44

12. El Sr. BARSEGOV expresa sus dudas acerca del final de la primera oración, que se refiere a las «muy firmes opiniones expresadas el año pasado en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión» en relación con los conceptos de daño y de riesgo. Si no recuerda mal, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General hubo una clara división de opiniones sobre esta cuestión.

13. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) señala que el párrafo 44 expresa las propias opiniones del Relator Especial. No cree haberse equivocado al afirmar que tanto en la Comisión, en su 40.º período de sesiones, como en la Sexta Comisión se expresaron «muy firmes opiniones» sobre la cuestión. Por otra parte, no ha dado a entender que no haya habido una opinión mayoritaria a este respecto.

*Queda aprobado el párrafo 44.*

Párrafo 45

14. El Sr. BENNOUNA (Relator) destaca la referencia, en la primera oración, de la expresión «patrimonio común». Habría que incluir alguna explicación sobre el sentido de esa expresión, que no es muy corriente.

15. El PRESIDENTE señala que la expresión se ha empleado por primera vez en el párrafo 8, que, por lo tanto, parece ser el lugar apropiado para incluir una explicación.

16. El Sr. MAHIOU propone que, al final de la cuarta oración del párrafo 8, que se refiere al «patrimonio común» y a «zonas no sometidas a la jurisdicción nacional de ningún Estado», se incluyan las palabras «y, en particular, a las que constituían el patrimonio común de la humanidad». La expresión «patrimonio común de la humanidad» tiene cierta raigambre y se utiliza en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982.

17. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que las ventajas intrínsecas de la fórmula son indudables, pero el párrafo 8 constituye una reseña de su intervención como Relator Especial y él no se ha referido nunca al patrimonio común de la humanidad.

18. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que, por su parte, se ha referido durante el debate al patrimonio común de la humanidad.

19. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que él también se ha referido a ese concepto durante el debate. Apoya la propuesta del Sr. Mahiou.

20. El Sr. AL-QAYSI dice que el pasaje propuesto por el Sr. Mahiou no puede incluirse en el párrafo 8, que expone las opiniones del Relator Especial. El único lugar idóneo sería el párrafo 39, que reseña las opiniones de los miembros de la Comisión.

21. El Sr. MAHIOU está de acuerdo con el Sr. Al-Qaysi y propone que el pasaje se incluya al final de la primera oración del párrafo 39.

*Así queda acordado.*

22. El Sr. BEESLEY dice que es necesario corregir un error en la cuarta oración del párrafo 39, que dice «... y era difícil ver en qué forma esa opinión podía conciliarse con el principio de soberanía». Hay que sustituir las palabras «esa opinión» por «ese concepto». Ese pasaje pretende recoger las opiniones que expresó durante el debate.

*Así queda acordado.*

23. El Sr. McCAFFREY propone que, en la primera oración del párrafo 45, se sustituyan las palabras «posible responsabilidad» por «cuestión de la responsabilidad».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 45, en su forma enmendada.*

Párrafo 46

*Queda aprobado el párrafo 46.*

Párrafo 47

24. El Sr. McCAFFREY dice que la segunda oración da a entender que la tendencia de la opinión de la Comisión es que, si sobreviene un daño transfronterizo, no existe más obligación que la de negociar. A su juicio, lo que se hubiera querido dar a entender es que, en los supuestos de riesgo, no hay, por ahora, otra obligación que la de negociar.

25. El Sr. BEESLEY apoya las observaciones del Sr. McCaffrey y dice que podría darse a la oración una redacción más afortunada.

26. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) propone que se modifique la segunda oración de la manera siguiente: «En el seno de la Comisión parecía estar muy extendida la opinión contraria a la asignación de responsabilidad antes de que se hubiera producido un daño transfronterizo, e incluso cuando se produjera tal daño no había, hasta el momento, más obligación que la de negociar la compensación debida».

27. El Sr. McCAFFREY dice que, como la oración pretende reflejar la opinión del Relator Especial, no tiene nada que objetar a la enmienda propuesta. Al mismo tiempo se ve obligado a señalar que, si mal no recuerda, la opinión de que cuando sobreviene un daño transfronterizo no existe más obligación que la de negociar no se formuló durante el debate.

28. El Sr. TOMUSCHAT señala que la oración en su integridad refleja la opinión del Relator Especial y no una tendencia mayoritaria en la Comisión.

29. Tras un debate en el que participan el Sr. AL-QAYSI, el Sr. McCAFFREY, el Sr. BEESLEY y el Sr. BARBOZA (Relator Especial), el PRESIDENTE propone que se apruebe la enmienda propuesta por el Relator Especial.



*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 47, en su forma enmendada.*

Epígrafe que precede al párrafo 48

30. El PRESIDENTE sugiere que el epígrafe que precede al párrafo 48 se enmienda para que diga: «Observaciones sobre artículos concretos».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el epígrafe que precede al párrafo 48, en su forma enmendada.*

Párrafo 48

31. El Sr. BARSEGOV propone que se suprima en la segunda oración el adverbio «debidamente».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 48, en su forma enmendada.*

Párrafos 49 a 53

*Quedan aprobados los párrafos 49 a 53.*

Párrafo 54

32. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) propone que las oraciones sexta, séptima y octava, desde «Un miembro de la Comisión, sin embargo, ...» hasta «... el control de otros Estados», se sustituyan por el siguiente pasaje:

«Un miembro de la Comisión, sin embargo, puso en duda que esa fórmula constituyera una protección eficaz para los países en desarrollo. Puesto que el concepto de “jurisdicción” o “control” se limitaba ahora, en el proyecto de artículos, a “lugares”, ya no podría abarcar la jurisdicción y el control ejercidos por el Estado de origen de una empresa transnacional cuyas actividades perjudiciales se realizaran en un Estado extranjero.»

*Queda aprobado el párrafo 54, en su forma enmendada.*

Párrafos 55 y 55 bis

*Quedan aprobados los párrafos 55 y 55 bis.*

Párrafo 56

33. El Sr. McCAFFREY dice que la fórmula empleada en la segunda oración, «no satisfacía el criterio... aceptado», generalmente se refería a un criterio más débil, mientras que lo que se exige en realidad es un criterio más estricto. Se inclinaría por una fórmula que dijese que el concepto de «riesgo apreciable» es «más riguroso» que el criterio aceptado, o algo por el estilo.

34. El PRESIDENTE sugiere que en el texto inglés se sustituya la palabra «standard» por «threshold».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 56, en su forma enmendada.*

Párrafo 57

*Queda aprobado el párrafo 57.*

Párrafo 58

35. El Sr. McCAFFREY propone que en los textos francés e inglés las palabras correspondientes a «atribución» y «asignación» figuren entre comillas.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 58, con la modificación introducida en los textos francés e inglés.*

Párrafo 59

*Queda aprobado el párrafo 59, con pequeños cambios de estilo.*

Párrafo 60

*Queda aprobado el párrafo 60.*

Párrafo 61

36. El Sr. BEESLEY pregunta si la mención de la responsabilidad causal en la primera oración del párrafo y de la responsabilidad absoluta en la última es algo deliberado. Ha hecho repetidamente la observación de que esas dos expresiones no deberían utilizarse indistintamente para designar lo mismo.

37. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) propone que se utilice en ambas oraciones la expresión «responsabilidad absoluta».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 61, en su forma enmendada.*

Párrafo 62

*Queda aprobado el párrafo 62.*

Párrafo 63

38. El Sr. EIRIKSSON propone que se sustituyan en la segunda oración las palabras «necesarios los textos que figuraban entre corchetes» por «necesario el artículo» y «dejar» por «remitir».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 63, en su forma enmendada.*

Párrafo 64

39. El Sr. BENNOUNA (Relator) se refiere a la segunda oración y dice que no ha oído hablar nunca de un principio como el de la «soberanía limitada del Estado», expresión que, a su juicio, tiene que evitarse. En realidad, toda la oración es oscura.

40. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) propone que, para recoger más exactamente la idea que se quiso expresar, se sustituyan las palabras «principio de la soberanía limitada del Estado a actuar libremente» por «derecho soberano de un Estado a actuar libremente dentro de su territorio».

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que las palabras «dentro de su territorio» son superfluas y deben suprimirse.

42. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) considera preferible mantener esas palabras, en beneficio de una mayor claridad.

*Queda aprobada la enmienda del Relator Especial.*

43. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que conviene sustituir las palabras «y la de la intangibilidad» por «y la inviolabilidad».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 64, en su forma enmendada.*

Párrafos 65 a 67

*Quedan aprobados los párrafos 65 a 67.*

Párrafo 68

44. El Sr. McCAFFREY dice que, para una mayor claridad, convendría sustituir al final de la tercera oración las palabras «que los disponibles en el caso anterior» por «que aquellos de los que “dispondría” en el sentido anterior».

45. El Sr. AL-QAYSI dice que la oración sería aún más clara si se suprimieran simplemente las palabras «que los disponibles en el caso anterior».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 68, en su forma enmendada.*

Párrafo 69

46. El Sr. BENNOUNA (Relator) señala que en el texto francés debe sustituirse «l'absence» por «la non-adoption» y «de la part de» por «par» en la primera oración.

*Queda aprobado el párrafo 69, con la modificación introducida en el texto francés.*

Párrafo 70

*Queda aprobado el párrafo 70.*

Párrafo 71

47. El Sr. BARSEGOV propone que la penúltima oración se modifique así: «No obstante, un miembro consideró que era contraproducente establecer un régimen de reparación en el que se pasara totalmente por alto el hecho de que el Estado de origen también resultaba dañado al realizar actividades innovadoras y sufría todavía más que la víctima inocente». Habría que suprimir la última oración.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 71, en su forma enmendada.*

Párrafos 72 y 73

*Quedan aprobados los párrafos 72 y 73.*

Párrafo 74

48. El Sr. TOMUSCHAT propone que se modifique el comienzo del párrafo de la manera siguiente: «Algunos miembros de la Comisión consideraron que, en su forma actual...».

*Así queda acordado.*

49. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que las opiniones recogidas en las oraciones tercera y cuarta no se refieren concretamente a las «zonas comunes» y, por consiguiente, deben figurar en un párrafo separado que diga: «Algunos miembros de la Comisión propusieron que, en vez de las negociaciones, se estableciera un procedimiento de notificación o de presentación...».

*Así queda acordado.*

50. El Sr. McCAFFREY propone que se incluya después de la segunda oración lo siguiente: «Se propuso que, en esos casos, los procedimientos de notificación, las consultas y otros trámites se efectuaran por medio de una organización internacional competente que sirviera de centro de coordinación».

*Queda aprobado el párrafo 74, en su forma enmendada.*

Párrafos 75 y 76

*Quedan aprobados los párrafos 75 y 76.*

Párrafo 77

51. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se suprima el párrafo 77, que se refiere sólo a un aspecto de detalle.

*Así queda acordado.*

Párrafos 78 a 91

*Quedan aprobados los párrafos 78 a 91.*

Párrafo 92

*Queda aprobado el párrafo 92, con un pequeño cambio de estilo.*

Párrafos 93 y 94

*Quedan aprobados los párrafos 93 y 94.*

*Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.*

52. El Sr. BENNOUNA (Relator) señala que, teniendo en cuenta la naturaleza sumamente compleja y delicada de la cuestión de los procedimientos, el Relator Especial podría proponer que se pidiera la opinión de la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre este punto.

53. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que ha advertido en la Comisión una clara tendencia a favor de la elaboración de artículos de procedimiento de carácter general y no detallados. No ve, pues, ningún motivo para consultar sobre ese punto a la Sexta Comisión.

54. El Sr. CALERO RODRIGUES recuerda que la Asamblea General, en el apartado c del párrafo 5 de su resolución 43/169, de 9 de diciembre de 1988, pidió a la CDI que indicase en su informe anual, respecto de cada tema, las cuestiones concretas en relación con las cuales sería particularmente interesante para la continuación de su labor que los gobiernos expresaran sus opiniones, bien en la Sexta Comisión, bien por escrito, y señala que, si no se indican cuestiones concretas, existe el riesgo de que el debate en la Sexta Comisión resulte algo deslavazado.

55. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que, si la Comisión estima que debe formularse alguna pregunta concreta, no se opondrá a solicitar la orientación de la Sexta Comisión sobre la cuestión de los procedimientos. Ahora bien, como ha dicho ya, no ve ninguna necesidad de adoptar tal medida.

56. Tras un breve debate en el que intervienen el Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. OGISO y el Sr. BEESLEY, el PRESIDENTE propone que se apruebe el capítulo V del proyecto de informe sin ninguna nueva adición.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el capítulo V del proyecto de informe, en su forma enmendada.*

*Se levanta la sesión a las 18.05 horas.*

## 2141.ª SESIÓN

*Martes 18 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley,*

Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouanas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)**

**CAPÍTULO V.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (conclusión) (A/CN.4/L.438)**

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que, después de haber reflexionado y teniendo en cuenta los argumentos que adujo en la sesión anterior, ha decidido no plantear a la Asamblea General ninguna cuestión en relación con el tema que le ha sido encomendado.

**CAPÍTULO VII.—El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/CN.4/L.440 y Corr.1 y Add.1 y 2)**

**A.—Introducción (A/CN.4/L.440 y Corr.1)**

Párrafos 1 a 4

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.*

Párrafos 5 y 6

2. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) dice que al redactar el proyecto de informe desconocía que el texto de los artículos del proyecto ya aprobados provisionalmente por la Comisión se reproduciría en una sección del capítulo VII. Por eso, quizá sería mejor incluir la hipótesis de trabajo provisional adoptada por la Comisión en una nota de pie de página relativa al artículo 1. A estos efectos, habría que suprimir la parte del párrafo 6 que comienza con las palabras «La hipótesis estaba recogida...» e incluir la primera oración al final del párrafo 5. En una nota de pie de página se indicará que la hipótesis de trabajo provisional se reproduce en una nota posterior.

3. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la modificación propuesta por el Relator Especial.

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 5 y 6, en su forma enmendada.*

Párrafos 7 a 11

*Quedan aprobados los párrafos 7 a 11.*

Párrafo 12

4. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) dice que «(arts. 10 a 15)» debe insertarse después de «seis artículos».

*Queda aprobado el párrafo 12, en su forma enmendada.*

Párrafo 13

5. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) dice que, a su juicio, el párrafo 13 es demasiado largo y propone sustituirlo por el texto siguiente: «Después de examinados en la Comisión, los artículos 10 a 15 presentados por el Relator Especial se remitieron al Comité de Redacción». Se conservaría la nota 14.

*Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.*

Párrafos 14 a 16

*Quedan aprobados los párrafos 14 a 16.*

Párrafos 17 y 18

6. El PRESIDENTE señala a la atención de los miembros de la Comisión la corrección (A/CN.4/L.440/Corr.1) concerniente a los párrafos 17 y 18.

7. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) propone sustituir en la primera oración del párrafo 18 las palabras «salvo el último» por «salvo el artículo 18 [19]» y, al comienzo de la segunda oración, «Con respecto al artículo 18 [19]» por «Con respecto a ese artículo».

8. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que, en la segunda oración del texto inglés, se sustituyan las palabras «suggested that he makes» por «indicated that he would make».

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 17 y 18, en su forma enmendada.*

Párrafo 19

*Queda aprobado el párrafo 19.*

*Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.*

**B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.440/Add.1 y 2)**

Párrafos 20 a 30 h (A/CN.4/L.440/Add.1)

Párrafo 20

*Queda aprobado el párrafo 20.*

Párrafo 21

9. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) propone que se incluyan al final del párrafo las palabras «sobre esos subtemas».

*Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.*

Párrafos 22 a 25 b

*Quedan aprobados los párrafos 22 a 25 b.*

Párrafo 25 c

10. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) propone que se suprima el final del párrafo a partir de las palabras «El Relator Especial señaló que el problema había sido tratado...».

*Queda aprobado el párrafo 25 c, en su forma enmendada.*

Párrafos 26 a 27 a

*Quedan aprobados los párrafos 26 a 27 a.*

## Párrafo 28

11. El Sr. Sreenivasa RAO preferiría que la primera oración del párrafo se redactase en términos más neutros, y propone que se sustituyan las palabras «manifestó su apoyo al contenido general» por «se refirieron al contenido general». Por otra parte, se pregunta cuál es el sentido de la expresión «tratamiento conjunto» que figura en esa misma oración.

12. El Sr. AL-QAYSI opina que la primera oración del párrafo no hace más que reflejar objetivamente un hecho. Quizás el Sr. Sreenivasa Rao podría proponer una oración que empezara con las palabras «Un miembro señaló...».

13. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) recuerda que había utilizado la expresión «tratamiento conjunto» en su presentación verbal de su quinto informe (A/CN.4/421 y Add.1 y 2) y en el informe mismo, y que por ella hay que entender el hecho de tratar las diversas clases de peligros provocados por las aguas en un artículo, el artículo 22, y las diversas clases de situaciones de urgencia provocadas por las aguas en otro artículo, el artículo 23. Si se estima que el término «conjunto» no es muy feliz, se podría decir: «El hecho de tratar al mismo tiempo en los artículos todos los tipos de riesgos y peligros».

14. El Sr. Sreenivasa RAO propone que se incluya en el párrafo 28 o en un nuevo párrafo 28 *bis* la oración siguiente: «Un miembro —o “Varios miembros”, en caso de que otros compartan su punto de vista— señaló que la documentación reunida por el Relator Especial en su quinto informe, aun siendo muy interesante, no parecía ser siempre pertinente ni conducía siempre a las conclusiones y los artículos presentados».

15. Tras un cambio de impresiones en el que participan el Sr. McCAFFREY (Relator Especial), el Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. NJENGA y el Sr. BENNOUNA (Relator), se acuerda volver a examinar más adelante la redacción del párrafo 28.

*Así queda acordado.*

## Párrafo 28 a

16. El Sr. NJENGA propone que, teniendo en cuenta el papel desempeñado por las organizaciones internacionales, se mencione a éstas al referirse al aprovechamiento de «tanto los recursos estatales como los privados».

17. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) propone que se sustituyan esas palabras por la fórmula siguiente: «que permitiera aprovechar tanto los recursos privados como los de los gobiernos y las organizaciones internacionales».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 28 a, en su forma enmendada.*

## Párrafo 28 b

18. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se añada la oración siguiente: «Se señaló asimismo que los acuerdos bilaterales mencionados contenían obligaciones muy diversificadas y no podían constituir la base de normas consuetudinarias en esa esfera».

19. El Sr. TOMUSCHAT propone a su vez que se añada una oración redactada como sigue: «Otros miembros opinaban que las fuentes citadas por el Relator Especial revelaban por lo menos la existencia en derecho internacional de ciertas tendencias modernas que la Comisión debía tener en cuenta».

20. Tras un cambio de impresiones en el que participan el Sr. BARBOZA y el Sr. BEESLEY, el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba esas dos oraciones propuestas en forma de un párrafo separado.

*Así queda acordado.*

21. El Sr. Sreenivasa RAO propone que se modifiquen las dos primeras oraciones del párrafo 28 *b* de la manera siguiente: «Se puso en duda que los tratados bilaterales citados por el Relator Especial pudieran ser considerados precedentes apropiados de un instrumento multilateral».

22. Tras un cambio de impresiones en el que participan el Sr. NJENGA, el Sr. AL-QAYSI, el Sr. BARBOZA y el Sr. McCAFFREY (Relator Especial), el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la enmienda del Sr. Sreenivasa Rao y la inclusión de las palabras «y la jurisprudencia» después de «tratados bilaterales».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 28 b, en su forma enmendada.*

## Párrafo 28 c

*Queda aprobado el párrafo 28 c.*

## Párrafo 28 d

23. El Sr. REUTER dice que, para eliminar toda ambigüedad en la primera oración, habría que evitar el empleo del término «estricto».

24. Tras un cambio de impresiones en el que participan el Sr. REUTER, el Sr. ARANGIO-RUIZ, el Sr. BARSEGOV, el Sr. Sreenivasa RAO, el Sr. BENNOUNA (Relator) y el Sr. McCAFFREY (Relator Especial), el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acepta que en vez de «normas de responsabilidad más estrictas» se diga «un grado de responsabilidad más riguroso».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 28 d, en su forma enmendada.*

## Nuevo párrafo 28 d bis

25. El Sr. Sreenivasa RAO propone la adición del siguiente nuevo párrafo 28 *d bis*:

«Un miembro de la Comisión manifestó la opinión de que en los artículos que se propondrían no debían imponerse a los Estados obligaciones que se sabía de antemano que no podrían cumplir, dada la complejidad de los factores que intervenían en los riesgos relacionados con el agua. Para hacer frente a esas situaciones y ponerles remedio habría que adoptar medidas en las esferas de la educación, la asistencia, la prevención y la transferencia de conocimientos y de tecnología».

*Queda aprobado el nuevo párrafo 28 d bis.*

## Párrafo 28 (conclusión) y nuevo párrafo 28 bis

26. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) dice que, tras celebrar consultas con los miembros de la Comisión interesados, se propone que el párrafo 28 termine después de la primera oración y que el resto del párrafo constituya un párrafo 28 *bis*, que comience con el siguiente nuevo

texto propuesto por el Sr. Sreenivasa Rao, apoyado por el Sr. Calero Rodrigues y el Sr. Njenga: «Sin embargo, algunos miembros de la Comisión opinaban que la documentación reunida por el Relator Especial en su quinto informe no parecía ser siempre pertinente ni conducía siempre a las conclusiones y los artículos presentados». El párrafo 28 *bis* terminaría con una oración que el Sr. Pawlak desea incluir en relación con las normas secundarias.

*Así queda acordado.*

27. El Sr. PAWLAK propone que se añada, al final del párrafo 28 *bis*, la oración siguiente:

«Se expresó, sin embargo, la opinión de que, en cualquier caso, a la larga habría que incluir normas secundarias en el proyecto de artículos, y los esfuerzos en esa dirección deberían armonizarse con esfuerzos similares en relación con los temas de la responsabilidad de los Estados y de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.»

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados el párrafo 28 y el nuevo párrafo 28 bis, en su forma enmendada.*

Párrafo 28 *e*

28. El Sr. YANKOV dice que el nuevo párrafo 28 *d bis* empieza con las palabras «Un miembro», por lo que habría que encontrar otra fórmula para el comienzo del párrafo 28 *e*.

29. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) propone que se diga: «Otro miembro».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 28 e, en su forma enmendada.*

Párrafo 29

*Queda aprobado el párrafo 29.*

Párrafo 29 *a*

30. El Sr. NJENGA subraya que el problema de las enfermedades transmitidas por el agua es de importancia decisiva para África y pregunta cuál es la posición del Relator Especial sobre ese punto, ya que de la lectura del párrafo 29 *a* no se desprende claramente si el Sr. McCaffrey desea que ese problema se mencione expresamente en el texto del proyecto de artículo 22.

31. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) responde afirmativamente y propone, para disipar los temores del Sr. Njenga, que se sustituya en la primera parte de la segunda oración la palabra «podía» por «debía».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 29 a, en su forma enmendada.*

Párrafo 29 *b*

32. El Sr. Sreenivasa RAO manifiesta su extrañeza por el hecho de que no se mencione su propuesta de sustituir el concepto de «base equitativa» por el de «reembolso mutuo».

33. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) sugiere que, a fin de tener en cuenta esa propuesta, se enmienda la

tercera oración del párrafo 29 *b* como sigue: «También se propuso que se añadiera una referencia a otras formas de cooperación, incluso el reembolso mutuo».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 29 b, en su forma enmendada.*

Párrafo 29 *c*

*Queda aprobado el párrafo 29 c.*

Párrafo 29 *d*

34. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que, para facilitar la lectura, habría que puntualizar que se trata del apartado *a* del párrafo 2 del proyecto de artículo 22.

*Queda aprobado el párrafo 29 d, en su forma enmendada.*

Párrafo 29 *e*

*Queda aprobado el párrafo 29 e.*

Párrafo 29 *f*

35. El Sr. BENNOUNA (Relator) sugiere aclarar también en este caso que se trata del apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de artículo 22. Estima además que, en la última oración, la fórmula «por otra similar a la siguiente» no es muy feliz.

36. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) propone que esa fórmula se sustituya por «por ejemplo, por:».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 29 f, en su forma enmendada.*

Párrafo 29 *g*

*Queda aprobado el párrafo 29 g.*

Párrafos 29 *h* y 29 *i*

37. El Sr. BENNOUNA (Relator) señala que, como los dos párrafos se refieren a la misma disposición, propone que se refundan en uno solo.

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 29 h y 29 i, en su forma enmendada.*

Párrafo 30

38. El Sr. PAWLAK expresa el deseo de que se añada al final del párrafo 30 lo siguiente: «También se expresó la opinión de que sería deseable incluir en una sección del proyecto de artículos todas las disposiciones relativas a la contaminación de los cursos de agua».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 30, en su forma enmendada.*

Párrafos 30 *a* y 30 *b*

39. El Sr. EIRIKSSON y el Sr. BENNOUNA (Relator) se declaran partidarios de suprimir el párrafo 30 *a*.

40. El Sr. Sreenivasa RAO recuerda que, en relación con los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 32, formuló una observación sobre la determinación del Estado lesionado que bien podía ser muy difícil. No se trata de una «sugerencia fundamentalmente de forma».

41. Tras un breve debate, el PRESIDENTE propone que se suprima el párrafo 30 *a* y que se modifique la primera oración del párrafo 30 *b* de la manera siguiente: «A diferencia de las observaciones sobre los párrafos 1 y 2, que se refirieron básicamente a la redacción del texto, el examen del párrafo 3 abarcó una amplia gama de cuestiones».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 30 b, en su forma enmendada.*

Párrafo 30 *c*

42. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) propone que se sustituyan en la primera oración las palabras «la convención» por «el proyecto de artículos» y la palabra «ella» por «él».

*Queda aprobado el párrafo 30 c, en su forma enmendada.*

Párrafos 30 *d* y 30 *e*

*Quedan aprobados los párrafos 30 d y 30 e.*

Párrafo 30 *f*

43. El Sr. BENNOUNA (Relator) señala que la segunda oración, que se refiere a «las formas en que podría prestarse tal asistencia», pasa por alto el hecho de que la cláusula de salvaguardia que constituye el objeto del nuevo artículo 23 *bis* propuesto se aplicaría también a otras esferas, como los medios de prevención.

44. El Sr. REUTER dice que comparte la opinión del Relator y propone que al final de la última oración se sustituyan las palabras «esa y otras cuestiones» por «todos los problemas comunes».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 30 f, en su forma enmendada.*

Párrafo 30 *g*

45. El Sr. PAWLAK recuerda que hizo uso de la palabra sobre la cuestión mencionada en el párrafo 30 *g*, y propone que al final de la primera oración se sustituyan las palabras «medidas jurídicas a largo plazo» por «acuerdos a largo plazo».

46. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) prefiere que se conserven las palabras «medidas jurídicas», que son del Sr. Barsegov. Se podría atender el deseo del Sr. Pawlak incluyendo al final de la segunda oración las palabras «, en particular acuerdos internacionales».

*Así queda acordado.*

47. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que el párrafo 30 *g* no le satisface, ya que parece poner en pie de igualdad la cuestión de fondo mencionada en su primera oración y las propuestas «de redacción» a que se refiere la segunda.

48. El PRESIDENTE propone que se suprima la segunda oración.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 30 g, en su forma enmendada.*

Párrafo 30 *h*

*Queda aprobado el párrafo 30 h.*

49. El Sr. RAZAFINDRALAMBO manifiesta su extrañeza por la falta en el párrafo 30 *h* de una declaración por la que se indique el destino que la Comisión entiende dar a los artículos 22 y 23.

50. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) recuerda que en el párrafo 23 del informe se dice que la Comisión decidió «remitir los artículos 22 y 23 al Comité de Redacción para que los examinara a la luz del debate».

51. Tras un breve cambio de impresiones, en el que participan el Sr. McCAFFREY (Relator Especial), el Sr. NJENGA y el Sr. CALERO RODRIGUES, sobre la cuestión de si debe repetirse al final la indicación que se da en el párrafo 23, el PRESIDENTE sugiere que la secretaría estudie los precedentes y adopte la solución que sea más ajustada a los usos de la Comisión.

*Así queda acordado.*

52. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ recuerda que en la sesión de apertura del presente período de sesiones (2095.<sup>a</sup> sesión, párrs. 2 y ss.) se refirió a la manera como la Asamblea General había examinado el informe relativo al 40.º período de sesiones, y señaló que, en realidad, la Sexta Comisión había debatido los análisis de los relatores especiales y sus recomendaciones, pero nunca el informe de la propia CDI. Eso obedecía, a su juicio, a la forma del informe de la CDI. El capítulo VII que se examina es un buen ejemplo de ello.

53. Citando a este respecto varios párrafos del documento A/CN.4/L.440/Add.1, destaca la constante reiteración de fórmulas de la índole de «El Relator Especial destacó», «El Relator Especial observó», «El Relator Especial manifestó su acuerdo», o también «Un miembro de la Comisión propuso», «Otro miembro opinaba», etc. En ninguna parte de ese documento se dice que la Comisión decidió, o dijo, o propuso cualquier cosa. Sólo se mencionan los debates entre la Comisión y el Relator Especial, y las únicas conclusiones que figuran en el texto son las de este último.

54. Ahora bien, lo que interesa a la Sexta Comisión de la Asamblea General es lo que decide la CDI y no su Relator Especial, que es mero instrumento de ésta. Para que la Asamblea General se interese por lo que la CDI tiene que decirle, es preciso exponerle, como se hacía antes, la opinión de la mayoría de sus miembros y no un cúmulo de opiniones individuales. El ejemplo que hay que seguir a este respecto es el del capítulo II del proyecto de informe (A/CN.4/L.435 y Add.1 a 4), relativo al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. La Comisión, si persiste en redactar sus informes en la forma como lo ha hecho en el capítulo VII, perderá todo crédito.

55. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) señala que el capítulo II del proyecto de informe tiene la forma que parece reclamar el Sr. Díaz González precisamente porque en él se presenta una serie de artículos sobre los que la Comisión se ha pronunciado en segunda lectura. El capítulo VII, que acaba de criticar, se ajusta a la práctica seguida hasta ahora por la Comisión.

56. El PRESIDENTE declara que la Comisión ha tomado buena nota de las reflexiones del Sr. Díaz González y que las tendrá en cuenta en el debate sobre sus métodos de trabajo. Tales reflexiones, por otra parte, vienen a corroborar lo que el Relator de la Comisión ha indicado ya en diversas ocasiones, a saber, que los relatores especiales y el relator deberían ponerse de acuerdo antes de iniciar

su labor sobre un tipo de presentación uniforme de los diversos capítulos del informe.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2142.ª SESIÓN

*Martes 18 de julio de 1989, a las 15.10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH  
*más tarde:* Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### **Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)**

#### **CAPÍTULO I.—Organización del período de sesiones (A/CN.4/L.434)**

Párrafos 1 a 16

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 16.*

*Queda aprobado el capítulo I del proyecto de informe.*

*El Sr. Sreenivasa Rao, primer Vicepresidente, ocupa la Presidencia.*

#### **CAPÍTULO IX.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión (A/CN.4/L.442)**

##### **A.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación**

Párrafos 1 a 6

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 6.*

Párrafo 7

1. El Sr. McCaffrey dice que la primera oración del párrafo es reiterativa y autocomplaciente. Propone, pues, que se sustituyan las dos primeras oraciones por el texto siguiente:

«El primero de esos objetivos se ha alcanzado ya. La Comisión tiene la intención de poner el máximo empeño para ultimar en el 42.º período de sesiones, en 1990, la segunda lectura del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.»

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.*

Párrafo 8

2. El Sr. McCaffrey propone que se suprima el párrafo 8.

*Así queda acordado.*

Párrafos 9 y 10

*Quedan aprobados los párrafos 9 y 10.*

Párrafo 11

3. El Sr. Pawlak propone que se incluyan las palabras «a lo largo de varias sesiones» entre «había celebrado» y «un útil».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 11, en su forma enmendada.*

Párrafos 12 y 13

*Quedan aprobados los párrafos 12 y 13.*

Párrafo 14

4. El Sr. Eiriksson propone que se coloque después de la palabra «realizar», en la primera oración, una llamada de nota de pie de página en la que se enumeren los artículos que el Comité de Redacción actualmente examina.

*Así queda acordado.*

5. El Sr. Tomuschat sugiere que en la segunda oración del texto inglés se sustituya la palabra «its» por «the latter's».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada.*

Párrafo 15

6. Tras un debate en el que participan el Sr. Pawlak, el Sr. Díaz González, el Sr. Yankov, el Sr. Al-Qaysi, el Sr. Roucounas, el Sr. Barboza, el Sr. Bennouna (Relator), el Sr. Jacovides y el Sr. McCaffrey, el Sr. Calero Rodrigues propone que se sustituya el subtítulo que precede al párrafo 15 por: «Relación de la Comisión con la Asamblea General»; y el Sr. Arangio-Ruiz propone que se suprima la primera oración y que la segunda empiece con las palabras: «La Comisión toma nota con beneplácito...».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.*

Párrafo 16

7. El Sr. Eiriksson propone que en la primera parte del párrafo 16 del texto inglés se supriman las palabras «in acquainting themselves with the content of the report».

*Así queda acordado.*

8. El Sr. Calero Rodrigues propone que se supriman también las palabras «los Relatores de», que figuran a continuación de la parte suprimida.

*Queda aprobado el párrafo 16, en su forma enmendada.*

Párrafo 17

*Queda aprobado el párrafo 17.*



Párrafo 18

9. El Sr. McCAFFREY propone que se incluya al final del párrafo 18 el siguiente texto adicional, que podría constituir un nuevo párrafo 18 *bis*:

«Algunos miembros, sin embargo, sin menospreciar la magnitud y complejidad de los temas incluidos en el programa de la Comisión, seguían pensando que un período de sesiones ininterrumpido de 12 semanas de duración era demasiado largo, ya que a algunos miembros de la Comisión les causaba grandes dificultades abandonar durante tanto tiempo sus ocupaciones habituales y que, a su juicio, la Comisión podría llevar a cabo más eficientemente su labor en uno o varios períodos de sesiones más breves. A este respecto, esos miembros subrayaban la importancia de reducir el número de temas incluidos en el programa de la Comisión.»

Ha sido autorizado a expresar el apoyo del Sr. Al-Qaysi a esa propuesta, que refleja un punto de vista que se ha formulado muchas veces en el Grupo de Planificación y que debería ponerse en conocimiento de la Asamblea General.

10. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ se opone firmemente a esa propuesta.

11. El Sr. EIRIKSSON dice que el lugar adecuado para debatir las cuestiones mencionadas en la propuesta es el Grupo de Planificación. En caso de que ese órgano llegue a una decisión, ésta podría incluirse en el informe de la Comisión.

12. El Sr. BARSEGOV se opone categóricamente a toda propuesta de dividir el período de sesiones de 12 semanas de la Comisión en dos períodos de sesiones más cortos. También se opone a la inclusión del texto adicional propuesto.

13. El Sr. MAHIOU dice que la Comisión ha insistido anteriormente en la necesidad de un período de sesiones de 12 semanas. Sería, pues, una gran incoherencia indicar que puede «llevar a cabo más eficientemente su labor en uno o varios períodos de sesiones más breves». Tampoco sería deseable decir que un período de sesiones de 12 semanas significaba que «a algunos miembros de la Comisión les causaba grandes dificultades abandonar durante tanto tiempo sus ocupaciones habituales». Esas palabras hacen demasiado hincapié en las conveniencias particulares de los miembros de la Comisión. La propuesta en su conjunto le inspira serias dudas; quizás debería examinarse en el próximo período de sesiones.

14. El Sr. NJENGA pide que se le den algunas aclaraciones. ¿Qué es lo que se propone: que la Comisión se reúna menos de 12 semanas en total o simplemente que se dividan las 12 semanas en dos períodos de sesiones? La segunda oración del párrafo 18 dice que la Comisión «ha utilizado en su totalidad el tiempo y los servicios puestos a su disposición durante el actual período de sesiones», y la primera explica que «la magnitud y complejidad de los temas incluidos en el programa hacen aconsejable que se mantenga la duración habitual de los períodos de sesiones». El nuevo texto propuesto contradice esas afirmaciones.

15. Asimismo, la propuesta se refiere a «la importancia de reducir el número de temas incluidos en el programa de la Comisión». En realidad, todos los temas que figuran en el programa han sido encomendados a la Comisión por

el órgano del que ésta depende, la Asamblea General, y forman parte del mandato de la Comisión. No alcanza a ver cómo podría eliminarse ninguno de ellos. La propuesta es inoportuna y debe ser rechazada.

16. El Sr. BARBOZA manifiesta estar de acuerdo con los miembros que han señalado la contradicción que existe entre la propuesta y la afirmación del párrafo 18 de que es necesario un período de sesiones de 12 semanas y que esa duración debe ser mantenida. En cuanto a la propuesta de dividir el período de sesiones en dos períodos más cortos es una propuesta que se ha venido haciendo una y otra vez en los últimos diez años y que ha sido rechazada siempre por razones prácticas. Los relatores especiales tienen que esperar el resultado de los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General antes de preparar sus informes, que sólo pueden ser terminados en el curso de los tres o cuatro primeros meses del año. Los informes, pues, están listos apenas a tiempo para el comienzo del período de sesiones de 12 semanas de la Comisión. La tentativa de modificar el presente sistema no es, simplemente, una propuesta práctica. Los métodos de trabajo de la Comisión no son quizá ideales, pero son los menos insatisfactorios de todos los posibles a la luz de las limitaciones existentes.

17. El Sr. McCAFFREY señala que la mayoría de los oradores tratan el fondo de las propuestas relativas a la duración del período de sesiones de la Comisión. Su propuesta no se refiere al fondo, sino sólo a la inclusión de un pasaje que recoja la opinión mantenida por algunos miembros.

18. El Sr. BARSEGOV dice que en el texto propuesto por el Sr. McCaffrey no está claro si lo que se sugiere es reducir la duración del período de sesiones o dividirlo en dos períodos de sesiones más breves.

19. El Sr. McCAFFREY dice que se hace hincapié en dos períodos de sesiones más breves, que podrían muy bien ser de ocho semanas cada uno, con lo que el total sería de 16 semanas.

20. El Sr. BARSEGOV dice que la afirmación de que la Comisión podría llevar a cabo más eficientemente su labor «en uno o varios períodos de sesiones más breves» puede interpretarse como una propuesta de reducir el período de sesiones de 12 semanas de la Comisión, resultado que pocos miembros de la Comisión, por no decir ninguno, desean.

21. El Sr. TOMUSCHAT conviene en que, respecto de cuestiones como la de la duración de sus períodos de sesiones, la Comisión tiene que actuar unánimemente basándose en las decisiones adoptadas en el Grupo de Planificación. No obstante, el informe de la Comisión tiene que recoger por principio las opiniones expresadas por algunos miembros. Por lo que respecta al enunciado de la propuesta, conviene en que la referencia «a uno o varios períodos de sesiones más breves» parece hacer hincapié en la reducción de la duración total del período de sesiones.

22. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que la propuesta relativa a la duración del período de sesiones de la Comisión ha sido largamente debatida en el Grupo de Planificación. Si algunos miembros de dicho Grupo sostienen opiniones diferentes a este respecto e insisten en que se recojan en el informe de la Comisión, propondrá que consten bajo su propio nombre.

23. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que la Comisión tiene una larga tradición de celebrar períodos de sesiones de 12 semanas. Los candidatos a la elección como miembros de la Comisión no ignoran en absoluto ese hecho. Al ser elegidos, deben estar en condiciones de tomar las disposiciones necesarias para participar en los trabajos de la Comisión. Sería muy peligroso que la Comisión diera a entender en su informe que la duración de sus períodos de sesiones es excesiva. Insta al Sr. McCaffrey a que retire su propuesta.

24. El Sr. McCAFFREY dice que no ha sido su intención debatir la cuestión de fondo de la duración del período de sesiones de la Comisión. Lo único que desea es que el informe de la Comisión recoja las opiniones de algunos de sus miembros. Sabe que varios miembros comparten su punto de vista y el del Sr. Al-Qaysi a este respecto.

*El Sr. Graefrath vuelve a ocupar la Presidencia.*

25. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que, basándose en las consultas oficiosas que ha mantenido, la opinión general parece ser a favor de que la Comisión siga reuniéndose durante 12 semanas por año. Ahora bien, la cuestión estriba en determinar si esas 12 semanas deben dividirse en dos períodos de sesiones distintos. Se considera poco conveniente referirse a tal posibilidad en el informe de la Comisión porque puede crear un mal precedente, dado que, tradicionalmente, las opiniones de la minoría no se recogen en el capítulo del informe relativo a la organización de los trabajos. Otra posibilidad es que la Comisión celebre una votación sobre esta cuestión, pero, nuevamente, es tradición que la Comisión no lo haga a menos que sea absolutamente necesario.

26. Así pues, manifiesta que lo más prudente sería a su juicio mantener el párrafo 18 tal como está redactado, recoger en el acta resumida de la sesión las opiniones del Sr. McCaffrey y de los miembros que apoyan su propuesta y pedir al Grupo de Planificación que vuelva a examinar la cuestión en el próximo período de sesiones para llegar a una decisión a la luz de las consideraciones de orden práctico y financiero que se plantean.

27. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ destaca los alicientes de esa propuesta. De hecho, por lo que respecta al acta resumida, ¿por qué no llegar incluso a proponer que se dividan las 12 semanas en cuatro períodos de sesiones en vez de dos, aumentando así considerablemente los gastos de viaje, ya elevados, para las Naciones Unidas?

28. El Sr. ARANGIO-RUIZ, que está de acuerdo en que el párrafo 18 se deje como está, subraya que todo intento de modificar directa o indirectamente la duración del período de sesiones de 12 semanas sería peligroso desde el punto de vista de la productividad de la Comisión.

29. El Sr. SOLARI TUDELA no tiene nada que objetar a que se apruebe el párrafo 18, con tal que se recojan en el acta resumida de la sesión las distintas posiciones de los miembros. Por su parte, considera que el Sr. McCaffrey ha hecho una propuesta razonable y no comprende cómo puede ser interpretada como una propuesta de reducir la duración del período de sesiones. En realidad, dos períodos de sesiones darían nuevo impulso a los trabajos de la Comisión y facilitarían la labor de los relatores especiales. También estaría totalmente en consonancia con el renovado interés por el derecho internacional.

30. El Sr. McCAFFREY dice que tiene mucho gusto en aceptar la propuesta, tan sumamente sensata (párr. 26 su-

pra), del Relator, pero confía en que la Comisión podrá reexaminar la cuestión en el próximo período de sesiones.

*Queda aprobado el párrafo 18.*

Párrafo 19

31. El Sr. EIRIKSSON propone que se combinen las dos últimas oraciones y se enmienden de la siguiente manera: «Opina que esas disposiciones... y deberían ser mantenidas, y que la secretaría debería añadir a la lista los documentos que recomienden los relatores especiales y otros miembros de la Comisión».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.*

Párrafo 20

32. El Sr. McCAFFREY propone que en la primera oración se sustituyan las palabras «llegue a ser conocida y más generalmente apreciada» por «se dé a conocer lo más ampliamente posible». Por otra parte, propone que se modifiquen las oraciones segunda y tercera y se enmienden así:

«Por ello toma nota con interés de las disposiciones adoptadas a tal efecto por la Secretaría de la Comisión y el Servicio de Información de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, que facilitaron a los medios de información los antecedentes del período de sesiones en curso y una reseña de los resultados logrados durante ese período de sesiones y organizaron una sesión de información para la prensa.»

33. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ opina que huelga decir que la Comisión tiene que dar a conocer sus trabajos. No hay ninguna necesidad de señalárselo a la Asamblea General. En el párrafo 20 parece que los miembros de la Comisión buscan los cumplidos. Propone, por lo tanto, que se suprima en su totalidad.

34. El Sr. BEESLEY dice que no se trata de hacer publicidad de la Comisión misma, sino de dar a conocer ampliamente los resultados de sus trabajos, cosa importante. Al mismo tiempo, estima que el párrafo 20 puede redactarse de un modo neutro y que no hay necesidad de entrar en detalles acerca de sesiones de información para la prensa.

35. El Sr. NJENGA dice que, como alguien que procede de una región en la que es sumamente difícil obtener información sobre cualquier cosa, y mucho más sobre la CDI, estima que el informe de la Comisión debe difundirse más ampliamente, en particular en las universidades del tercer mundo. En su opinión, el párrafo 20 es muy importante, aunque quizá pueda omitirse la referencia a la sesión de información para la prensa.

36. El Sr. SOLARI TUDELA dice que, si bien es importante ciertamente difundir información acerca de la Comisión, tal difusión puede tener el efecto no deseado de poner de manifiesto que algunos temas llevan examinándose desde hace 20 años sin ningún resultado. Cabe que los que no puedan percibir la elevada complejidad de algunos temas no entiendan por qué es así.

37. El Sr. BARSEGOV dice que en todo el mundo, y en especial en la Unión Soviética, el interés por el derecho internacional crece rápidamente. Sería muy deplorable pues, que los miembros de la Comisión no quisieran divulgar su labor.

38. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el interés despertado por el párrafo 20 lo deja perplejo. Por supuesto, es importante dar a conocer lo más ampliamente posible la labor de las Naciones Unidas en la esfera del derecho internacional; en realidad, su labor ya es conocida en los centros del saber y en los medios oficiales. Pero la Comisión no puede esperar ser pasto de la actualidad; no puede por menos de preguntarse a este respecto si la reciente sesión de información para la prensa celebrada en Ginebra ha surtido algún efecto. Por consiguiente, aunque no tiene nada que objetar al mantenimiento del párrafo 20 si los miembros desean realmente mantenerlo, preferiría por su parte que se suprimiese.

39. El Sr. FRANCIS apoya las observaciones del Sr. Njenga y dice que sería totalmente equivocado suprimir el párrafo 20.

40. El Sr. ARANGIO-RUIZ está de acuerdo con el Sr. Díaz González y el Sr. Calero Rodrigues y dice que no incumbe a la Comisión, sino al órgano del que ésta depende, esto es, la Asamblea General, divulgar la labor de la Comisión si lo desea.

41. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que el programa de la Sexta Comisión de la Asamblea General incluye siempre un tema dedicado a la difusión de conocimientos sobre el derecho internacional. Así pues, la cuestión ya está siendo tratada por la Asamblea General y no corresponde a la Comisión, órgano subsidiario de la Asamblea, ocuparse de ella. En segundo lugar, sería peligroso que la Comisión tratara directamente con los medios de información, tarea que en realidad incumbe a la Asamblea General. La reciente sesión de información para la prensa fue útil como medio de facilitar información, pero sería preferible no insistir demasiado en ella puesto que podría haber contradicción con la obligación de reserva que tienen los miembros de la Comisión. Así pues, sugiere que se suprima el párrafo 20.

42. El PRESIDENTE propone que, en la primera oración del párrafo 20, se sustituyan las palabras «llegue a ser más conocida y más generalmente apreciada» por «se dé a conocer lo más ampliamente posible», como ha propuesto el Sr. McCaffrey, y que el párrafo concluya con las palabras «Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra» en la segunda oración, suprimiéndose el resto.

43. El Sr. BEESLEY está de acuerdo con esa propuesta y a su vez propone que se sustituyan en la primera oración las palabras «y en particular» por «incluida».

44. El Sr. BARBOZA no está de acuerdo en que la Comisión no pueda difundir información sobre los temas que estudia. En realidad, tiene pleno derecho a hacerlo. Una vez más parece no haberse comprendido nada de lo que se trata. No se trata de si la Comisión tiene derecho a divulgar información sobre el derecho internacional, sino que el hacerlo es parte de su mandato en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, puede aceptar el texto propuesto por el Presidente, con tal de que su opinión se haga constar en el acta resumida de la sesión.

45. El Sr. ARANGIO-RUIZ sigue creyendo que debería suprimirse el párrafo 20 en su totalidad. Sería poco aconsejable alentar la idea de que el resultado de todos los trabajos de la Comisión forma parte automáticamente del derecho internacional.

46. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que no se opondrá al texto propuesto por el Presidente, pero señala que no

es la Comisión la que mantiene la opinión expresada en la primera oración del párrafo 20, sino la propia Asamblea General. En realidad, la Asamblea General considera tan importante el desarrollo del derecho internacional que creó para ello la CDI. Evidentemente, si la prensa lo solicita, la Comisión debe facilitar información sobre su trabajo, aunque sin llegar al extremo de decir a la Asamblea General que esto es tan importante que tiene que celebrar frecuentemente sesiones de información para la prensa. Su preocupación es evitar que se dé a la Asamblea General una impresión equivocada acerca de lo que está haciendo la Comisión.

47. El Sr. RAZAFINDRALAMBO está de acuerdo con la fórmula de transacción sugerida por el Presidente, pero propone que se sustituyan al comienzo de la segunda oración las palabras «Por ello acoge con satisfacción» por «Por ello toma nota con interés de».

48. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar el párrafo 20 enmendado por él (párr. 42 *supra*) y por el Sr. Beesley y el Sr. Razafindralambo (párrs. 43 y 47 *supra*).

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 20, en su forma enmendada.*

Párrafo 21

*Queda aprobado el párrafo 21.*

*Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.*

#### **B.—Cooperación con otros organismos**

Párrafos 22 a 24

*Quedan aprobados los párrafos 22 a 24.*

*Queda aprobada la sección B.*

#### **C.—Fecha y lugar del 42.º período de sesiones**

Párrafo 25

49. El PRESIDENTE dice que el texto no incluye las fechas del 42.º período de sesiones; la Comisión tiene que decidir todavía si desea celebrar el período de sesiones del 1.º de mayo al 20 de julio de 1990 o del 7 de mayo al 27 de julio de 1990. Tiene entendido que, a causa de las dificultades que entraña satisfacer las necesidades de servicios de los numerosos órganos cuyas reuniones coinciden a fines de julio, la Secretaría preferiría que la fecha del comienzo del período de sesiones fuera el 1.º de mayo, pero que una pequeña mayoría de miembros de la Comisión es partidaria del 7 de mayo.

50. El Sr. KOTLIAR (Secretario de la Comisión) desea señalar a la atención de la Comisión la declaración formulada por el Asesor Jurídico en la primera sesión del Grupo de Planificación. El Asesor Jurídico manifestó que no se le ocultaban las molestias que había causado a algunos miembros de la Comisión el cambio de la fecha de apertura del período de sesiones de 1989, pero que la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, con sus recursos limitados, tropezaba con graves dificultades para satisfacer las necesidades de servicios de las reuniones de los órganos de las Naciones Unidas, especialmente durante el verano. Los Servicios de Conferencias de la Secretaría en Ginebra habían pedido que se adelantara en una semana la apertura del período de sesiones de 1989 a fin de aliviar la presión a que estaban sometidos en su labor los servicios de traducción e interpretación y los servicios técnicos durante los

últimos días de julio, y conseguir así que el período de sesiones de la Comisión pudiera tener una duración de 12 semanas. Los Servicios de Conferencias, por los mismos motivos, han expresado ya el deseo de que el período de sesiones de 1990 comience el 1.º de mayo. Esa apertura más temprana del período de sesiones permitiría automáticamente distribuir más pronto el informe de la Comisión, cosa que muchos gobiernos y representantes en la Sexta Comisión de la Asamblea General han manifestado que sería de su agrado.

51. Los Servicios de Conferencias de la Secretaría en Ginebra desean hacer constar claramente que agradecen la decisión de adelantar la fecha de apertura del actual período de sesiones. La manera relativamente expedita en que la Comisión recibe ahora la documentación final es una consecuencia directa de esa decisión. Las dificultades provienen en parte de la fuerte reducción de personal, pero otro elemento importante es el calendario de reuniones del Comité de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social que coincide con la última parte del período de sesiones de la Comisión. En la última semana de julio, el volumen de trabajo en forma de proyectos de resolución, informes y otros documentos es enorme, y el Servicio de Idiomas difícilmente puede hacerle frente con los recursos muy limitados de que dispone. Además, ese período coincide con las últimas semanas de la Conferencia de Desarme y con el volumen de trabajo cada vez mayor que crean los documentos de sesión de los órganos de derechos humanos que se reúnen en agosto. Por todos esos motivos, se insta firmemente a que las fechas del 42.º período de sesiones de la Comisión sean las del 1.º de mayo al 20 de julio de 1990. Cualquier otra decisión tendría como consecuencia práctica que la Comisión casi seguramente no pudiera recibir los informes en todos los idiomas de trabajo en el momento oportuno.

52. Con el debido respeto a la opinión de la mayoría, se verá obligado a señalar a la atención del Comité de Conferencias y de la Sexta Comisión las graves dificultades que entraña satisfacer las necesidades de servicios de la Comisión durante la última semana de julio, en el sentido expuesto por la Secretaría de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

53. El Sr. McCaffrey dice que parece ciertamente extraño que los órganos que deben prestar servicios a la Comisión sean los que en realidad determinan cuándo ésta debe reunirse.

54. El Sr. Bennouna (Relator) señala que, en 1988, la Comisión eligió el 8 de mayo de 1989 como fecha de apertura de su actual período de sesiones, pero que esa decisión fue anulada. Ahora se hace una tentativa similar por obtener de antemano que la víctima consienta en su sacrificio. Sean cuales fueren los problemas técnicos que se plantean a los servicios de la Secretaría, la Comisión debe guiarse sólo por sus propias preferencias al elegir las fechas de apertura de sus períodos de sesiones. Corresponderá después al Comité de Conferencias determinar, según los recursos disponibles, si los deseos de la Comisión pueden ser satisfechos.

55. El Sr. Díaz González dice que apoya las observaciones del Relator. Aunque las dificultades técnicas de la Secretaría hayan de tenerse en cuenta, la Comisión debe poder decidir libremente por sí las fechas de apertura.

56. El Sr. Solari Tudela se manifiesta totalmente de acuerdo con el Relator.

57. El Sr. Arangio-Ruiz también está de acuerdo con el Relator, pero opina que la Comisión debe dejar claro que prefiere una fecha determinada siempre que ésta sea técnica y administrativamente posible.

58. El PRESIDENTE sugiere que el párrafo 25 se enmiende como sigue:

«La Comisión tomó nota de que las necesidades de servicios de su próximo período de sesiones en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra sólo podrían ser atendidas del 1.º de mayo al 20 de julio de 1990.»

59. El Sr. Díaz González dice que la CDI no debe «tomar nota» de nada, sino adoptar una decisión y luego dejar que la Sexta Comisión y el Comité de Conferencias tomen las disposiciones apropiadas.

60. El Sr. Yankov dice que la Comisión, en sus 40 años de historia, ha indicado siempre claramente sus preferencias con respecto a las fechas de sus futuros períodos de sesiones y que no debe ahora modificar esa costumbre. Ningún órgano de las Naciones Unidas que celebre periódicamente períodos de sesiones ha dejado nunca, que él sepa, de fijar fechas precisas para su celebración.

61. El Sr. Barboza apoya las observaciones del Sr. Yankov.

62. El Sr. Bennouna (Relator) dice que también está de acuerdo con el Sr. Yankov. No puede aceptar la manipulación de la Comisión por la Secretaría, cuya función es servir a la Comisión y no dictarle sus decisiones. La Comisión es un órgano independiente que debe tomar sus propias decisiones y no limitarse a tomar nota de las decisiones de la Secretaría.

63. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea mantener sin cambios el texto del párrafo 25, con la inclusión del número «1.º» antes de «de mayo» y del número «20» antes de «de julio».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 25.*

*Queda aprobada la sección C.*

*Se levanta la sesión a las 18.10 horas.*

## 2143.ª SESIÓN

*Miércoles 19 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucou-nas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)**

**CAPÍTULO IX.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión (conclusión) (A/CN.4/L.442)**

**D.—Representación en el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General**

Párrafo 26

*Queda aprobado el párrafo 26.*

*Queda aprobada la sección D.*

**E.—Seminario sobre derecho internacional**

1. El Sr. EIRIKSSON recuerda que en el período de sesiones anterior se decidió incluir en el informe de la Comisión una lista de los participantes en el Seminario sobre derecho internacional, desde su primera reunión hasta la actual.

2. El PRESIDENTE sugiere que se señale esta decisión a la atención del Grupo de Planificación para el próximo período de sesiones.

*Así queda acordado.*

Párrafos 27 a 30

*Quedan aprobados los párrafos 27 a 30.*

Párrafo 31

3. El Sr. MAHIOU dice que pone en duda la utilidad de explicar a la Asamblea General los detalles de la organización interna del Seminario y propone que se suprima el párrafo 31.

*Así queda acordado.*

Párrafo 32

*Queda aprobado el párrafo 32.*

Párrafo 33

4. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se suprima el párrafo 33 por la misma razón que ha aducido antes el Sr. Mahiou.

*Así queda acordado.*

Párrafos 34 a 37

*Quedan aprobados los párrafos 34 a 37.*

*Queda aprobada la sección E, en su forma enmendada.*

**F.—Conferencia en memoria de Gilberto Amado**

Párrafos 38 a 40

*Quedan aprobados los párrafos 38 a 40.*

*Queda aprobada la sección F.*

*Queda aprobado el capítulo IX del proyecto de informe, en su forma enmendada.*

**CAPÍTULO VII.—El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (conclusión\*) (A/CN.4/L.440 y Corr.1 y Add.1 y 2)**

**B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión) (A/CN.4/L.440/Add.1 y 2)**

Párrafos 30 i a 33 (A/CN.4/L.440/Add.2)

*Quedan aprobados los párrafos 30 i a 33.*

*Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.*

**C.—Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/CN.4/L.440/Add.2)**

Párrafo 34

*Queda aprobado el párrafo 34.*

*Queda aprobada la sección C.*

**D.—Puntos sobre los que se solicitan observaciones (A/CN.4/L.440/Add.2)**

Párrafo 35

*Queda aprobado el párrafo 35.*

*Queda aprobada la sección D.*

5. El Sr. McCAFFREY (Relator Especial) dice que, tras haber examinado el capítulo VII en su totalidad, la Comisión podría abreviar un poco la sección A (Introducción) (A/CN.4/L.440 y Corr.1). Propone a tal efecto que se suprima en el párrafo 14 la lista de los títulos de los artículos 2 a 7 —que se reproducen en la sección C— y que se simplifique en el mismo sentido el párrafo 19, conservando sólo la primera oración. Si la Comisión está de acuerdo con esta propuesta, habrá de modificar también las notas de pie de página correspondientes a esos dos párrafos para referirse a la sección C.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el capítulo VII del proyecto de informe, en su forma enmendada.*

**CAPÍTULO II.—Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (A/CN.4/L.435 y Add.1 a 4)**

**D.—Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (A/CN.4/L.435/Add.1 a 4)**

6. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que las secciones A a C del capítulo II, que se distribuirá en breve con la signatura A/CN.4/L.435, contendrán una reseña histórica de los trabajos de la Comisión sobre esta cuestión, algunas consideraciones generales de orden metodológico, incluido un análisis del concepto de «interés de la función», y la recomendación que la Comisión hace a la Asamblea General.

7. Por lo que respecta a la sección D, que ahora se examina, contiene el texto de los artículos del proyecto en su forma definitiva y los proyectos de protocolos de firma facultativa, así como un resumen de las observaciones hechas en el Comité de Redacción y en el Pleno de la Comisión.

Párrafo preliminar (A/CN.4/L.435/Add.1)

*Queda aprobado el párrafo preliminar.*

*Comentario al artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)*

\* Reanudación de los trabajos de la 2141.ª sesión

## Párrafo 1

8. El Sr. TOMUSCHAT propone que se sustituya la primera oración por el texto siguiente: «El propósito general del presente proyecto de artículos es el de establecer, dentro de ciertos límites que se mencionan más adelante, un régimen amplio y uniforme para todos los tipos de correos y valijas empleados por los Estados para las comunicaciones oficiales».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

## Párrafo 2

9. El Sr. TOMUSCHAT propone algunas modificaciones de forma: que se sustituya en la segunda oración del texto francés «extrêmement élevé» por «très élevé»; que, en la misma oración, se sustituyan las palabras «verdaderamente universal» por «casi universal», y que, en la tercera oración, se supriman las palabras «en general».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

## Párrafo 3

10. El Sr. BENNOUNA (Relator) advierte que en el párrafo 3 se hace referencia al proyecto de protocolo I de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las misiones especiales, pero no al proyecto de protocolo II sobre el estatuto del correo y de la valija de las organizaciones internacionales de carácter universal.

11. El Sr. YANKOV (Relator Especial) señala que este segundo protocolo se menciona en el párrafo 2 del comentario al artículo 2.

12. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ desea que en el texto español del capítulo II se diga siempre «los correos y las valijas» en vez de «los correos y valijas».

13. El Sr. AL-QAYSI señala que en el texto inglés habría que poner en plural el término «couriers».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

## Párrafo 4

14. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se sustituyan las palabras «la actitud del derecho internacional consuetudinario» por «el estado del derecho internacional consuetudinario».

*Queda aprobado el párrafo 4.*

## Párrafo 5

15. El Sr. TOMUSCHAT dice que pone en duda que la expresión latina *inter se* sea comprensible para el lector no especializado.

16. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se añada a dicha expresión la explicación siguiente: «es decir, las comunicaciones entre misiones, oficinas consulares o delegaciones situadas en un Estado y las misiones, oficinas consulares o delegaciones situadas en otro Estado».

17. El Sr. REUTER opina que la expresión «comunicaciones laterales» sería suficientemente explícita.

18. El PRESIDENTE sugiere al Relator Especial, al Relator y a la secretaría que se pongan de acuerdo sobre una fórmula definitiva.

*En esa inteligencia, queda aprobado el párrafo 5.*

## Párrafo 6

*Queda aprobado el párrafo 6.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 1, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 2 (Correos y valijas no comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos)*

## Párrafos 1 a 3

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 2.*

*Comentario al artículo 3 (Términos empleados)*

## Párrafo 1

19. El Sr. EIRIKSSON se pregunta cómo hay que entender la última oración. A su juicio, sería preciso, bien aclararla o bien suprimirla.

20. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que con ella se quiere indicar al lector que no debe esperar encontrar en el artículo 3 una definición de todos los términos empleados en el proyecto sin excepción. Por ejemplo, la expresión «Estado huésped», que aparece una sola vez, se define en el artículo correspondiente.

21. El Sr. AL-QAYSI propone que se refundan las dos últimas oraciones del párrafo de la manera siguiente: «Las definiciones comprenden sólo los elementos esenciales, característicos del concepto definido, mientras que todos los demás elementos figuran en los artículos de fondo correspondientes».

22. El Sr. CALERO RODRIGUES propone, con el mismo espíritu, que se modifique así la última oración: «Los demás elementos de la definición se encuentran en los artículos de fondo correspondientes».

23. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que esas dos propuestas se podrían reunir en el texto siguiente: «... definido, mientras que todos los demás elementos de la definición figuran en los artículos de fondo correspondientes».

24. El Sr. EIRIKSSON propone que en esta última enmienda se suprima la palabra «todos».

25. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el párrafo 1 enmendado por el Relator Especial y el Sr. Eiriksson.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

## Párrafo 2

*Queda aprobado el párrafo 2.*

## Párrafo 3

26. El Sr. TOMUSCHAT juzga inútil la enumeración en la última oración de los delegados, delegados suplentes, asesores, peritos técnicos y secretarios de las delegaciones, destinada a explicar lo que debe entenderse por «representantes», puesto que, a tenor de lo dispuesto en el artículo IV, sección 16, de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, el término «representantes» se define de modo que comprende precisamente a todas esas personas. Sería suficiente una remisión a dicha disposición.

27. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que ha sido por razones de orden histórico que ha enumerado todas las personas incluidas en el concepto de representante, puesto que el contenido de ese concepto sólo se explica verdaderamente en la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, y la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, de 1947, mientras que la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975, da una definición mucho más general. Ha sido por razones de la misma índole que se ha referido a «Miembros» en vez de «Estados Miembros», puesto que a raíz de la creación de las Naciones Unidas se entendía por «Miembro» lo que ahora se ha convenido en llamar «Estado Miembro».

28. El Sr. EIRIKSSON dice que ni el párrafo 3 ni el párrafo 9, en los que figura la misma expresión, le plantean ninguna dificultad.

29. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que en la última oración del párrafo 3 se sustituyan las palabras «representantes de Miembros, delegados, delegados suplentes, asesores, peritos técnicos y secretarios de las delegaciones» por «“representantes de Miembros” (que incluye a delegados, delegados suplentes, asesores, expertos y secretarios de las delegaciones)». Con esta fórmula se trata simplemente de informar al lector.

30. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el párrafo 3 con la enmienda propuesta por el Sr. Calero Rodrigues y decide modificar del mismo modo los demás párrafos en que aparece la misma fórmula.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

Párrafos 4 a 7

*Quedan aprobados los párrafos 4 a 7.*

Párrafo 8

31. El Sr. EIRIKSSON propone que en la tercera oración del texto inglés se sustituya la palabra «master» por «captain» y que en vez de la última oración se incluya una remisión al artículo que versa sobre los usos de que se trata.

32. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que el derecho y los usos marítimos ingleses exigen el empleo del término «master» para designar el capitán de un buque mercante. En el Comité de Redacción tuvo que ceder a los ruegos de los partidarios de la utilización del término «captain» en el texto mismo del proyecto, pero desea conservar la palabra «master» en el párrafo 8 del presente comentario. Por lo que hace a la segunda propuesta del Sr. Eiriksson, propone que se haga remisión al artículo 26, que se refiere al envío de la valija diplomática por correo o cualquier modo de transporte.

33. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que el párrafo 3 del comentario al artículo 23 aclara el empleo de los términos «captain» («comandante») y «master» («capitán»). En lo que se refiere a la última oración del párrafo 8 que se examina, preferiría conservarla y agregar simplemente una referencia al artículo 26 entre paréntesis, a fin de que el lector disponga de los datos más completos posible.

34. El Sr. AL-QAYSI no alcanza a ver cómo se podría suprimir la última parte del párrafo 8, que dice: «... se

pueden tratar en un nuevo artículo que figure en la parte del proyecto de artículos relativa al estatuto de la valija diplomática», y sustituirla por una simple remisión al artículo 26, como propugna el Sr. Eiriksson, ya que ello equivaldría a decir que la Comisión sabía de antemano que iba a regular esas prácticas en el artículo 26, lo que no es el caso.

35. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que la última parte del párrafo 8 se sustituya por lo siguiente: «... se podrían tratar en otro artículo. A este respecto, se hace referencia al artículo 26».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.*

Párrafos 9 y 10

*Quedan aprobados los párrafos 9 y 10.*

Párrafo 11

36. El Sr. McCAFFREY dice que la tercera oración adolece de falta de claridad. Habría que mencionar en ella tanto el correo que acompaña a una valija como el correo enviado por un Estado para hacerse cargo de una valija.

37. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que en esa oración se sustituyan las palabras «cuya función es precisamente acompañar a la valija» por «cuya función está siempre relacionada con la valija».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 11, en su forma enmendada.*

Párrafo 12

*Queda aprobado el párrafo 12.*

Párrafo 13

38. El Sr. TOMUSCHAT propone que en la segunda oración se sustituyan las palabras «tanto más cuanto que» por «y mucho menos teniendo en cuenta que».

39. El Sr. McCAFFREY propone que se utilice la expresión «sobre todo».

40. El Sr. EIRIKSSON propone que al final de la segunda oración se sustituyan las palabras «un término genérico como el de “misión”» por «un término genérico, “misión”,».

41. El Sr. RAZAFINDRALAMBO propone que se indique sistemáticamente la fecha de las convenciones que se mencionan en el informe.

42. El Sr. YANKOV (Relator Especial) hace suyas las propuestas del Sr. McCaffrey y el Sr. Eiriksson. Por lo que respecta a la propuesta del Sr. Razafindralambo, como los títulos de las convenciones se dan en su integridad cuando se citan por primera vez en cada capítulo, le parece preferible después emplear un título más corto sin la fecha cuando sea conveniente.

*Quedan aprobadas las enmiendas del Sr. McCaffrey y el Sr. Eiriksson.*

*Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.*

Párrafo 14

43. El Sr. EIRIKSSON propone que se supriman las palabras «considerada la cuestión muy superficialmente» porque constituyen una duplicación de la expresión «a primera vista» que figura a continuación.



*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada.*

Párrafo 15

44. El Sr. TOMUSCHAT estima que el párrafo 15 no explica verdaderamente la idea básica que ha aceptado la Comisión y que personalmente había incluso criticado, a saber, que las obligaciones que incumben al Estado de tránsito incumben también a los Estados que no han sido informados de que un correo atraviesa su territorio. Es preciso, pues, puntualizar en el comentario que la expresión «Estado de tránsito» abarca también al Estado por cuyo territorio pasa un correo, pero que no ha sido informado de ese paso.

45. El Sr. EIRIKSSON comparte la opinión del Sr. Tomuschat.

46. El Sr. YANKOV (Relator Especial) estima que el párrafo 14, que acaba de aprobarse, es suficientemente explícito a este respecto. No obstante, propone que el párrafo 15 se modifique así:

«La definición es lo bastante amplia para abarcar una situación previsible, es decir, la de un Estado por cuyo territorio pasan en tránsito un correo o una valija de conformidad con un itinerario establecido, y una situación previsible en la que se apliquen, con sus salvedades, las disposiciones del párrafo 2 del artículo 30. Excepto en los casos en que se exija un visado, es posible que el Estado de tránsito ignore que está pasando por su territorio un correo o una valija. Esta amplia noción de Estado de tránsito se basa en las diferentes situaciones previstas por el artículo 40 de la Convención sobre relaciones diplomáticas, de 1961; el artículo 54 de la Convención sobre relaciones consulares, de 1963; el artículo 42 de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969, y el artículo 81 de la Convención sobre la representación de los Estados, de 1975.»

47. El Sr. CALERO RODRIGUES pone en duda la conveniencia de mencionar la Convención sobre las misiones especiales.

48. El Sr. YANKOV (Relator Especial) contesta que, aun cuando el caso de las misiones especiales no corresponde propiamente al ámbito del proyecto de artículos, sino a un protocolo de firma facultativa, es necesario mencionarlo en este contexto en interés del derecho comparado. Por otra parte, tal mención no plantea ningún problema de interpretación y no se presta a confusión.

49. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el párrafo 15 en la forma enmendada por el Relator Especial.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.*

Párrafos 16 y 17

*Quedan aprobados los párrafos 16 y 17.*

Párrafo 18

50. El Sr. TOMUSCHAT propone que se sustituya en la tercera oración del texto inglés la expresión «It was also wondered» por «The question was also raised».

*Así queda acordado.*

51. El PRESIDENTE propone que en la quinta oración se sustituyan las palabras «por el hecho de que» por «ya que».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 18, en su forma enmendada.*

Párrafo 19

*Queda aprobado el párrafo 19.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 3, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 4 (Libertad de comunicaciones oficiales)*

Párrafos 1 y 2

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.*

Párrafo 3

52. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que en la segunda oración se sustituyan las palabras «por el ámbito de jurisdicción» por «por el territorio».

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 4, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 5 (Deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito)*

Párrafos 1 y 2

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.*

Párrafo 3

53. El Sr. TOMUSCHAT propone que se ponga en plural el término «law» en la última oración del texto inglés.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafos 4 y 5

*Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 5, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 6 (No discriminación y reciprocidad)*

Párrafo 1

54. El Sr. TOMUSCHAT propone que se supriman las palabras «Este artículo», que figuran al comienzo de la segunda oración, así como la totalidad de la última oración, que tiene un sentido más político que jurídico.

55. El Sr. YANKOV (Relator Especial) acepta ambas propuestas, aunque no es raro que los comentarios tengan connotaciones políticas.

*Quedan aprobadas las enmiendas del Sr. Tomuschat.*

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

Párrafos 2 y 3

*Quedan aprobados los párrafos 2 y 3.*

Párrafo 4

56. El Sr. TOMUSCHAT propone que se suprima la última oración, en la que se recoge una opinión individual y no la opinión de toda la Comisión. Por otra parte, la segunda oración limita exageradamente la aplicación de

la regla de la reciprocidad, ya que de su lectura se desprende, en efecto, que esa regla sólo se aplica cuando el Estado de tránsito es objeto de un trato restrictivo por el Estado que envía que actúa como Estado de tránsito. Ahora bien, en su opinión, el Estado de tránsito también puede invocar la regla de la reciprocidad con respecto al Estado receptor si éste aplica restrictivamente con respecto a él una disposición determinada.

57. El Sr. FRANCIS considera que la última oración del párrafo 4 tiene su razón de ser. Como se trata de evitar que la valija diplomática se utilice para fines distintos de aquellos a que está destinada, conviene velar, por ejemplo, que dos Estados animados por el mismo propósito no puedan pactar, por escrito o de otro modo, la aplicación en sus relaciones mutuas de un uso incompatible con el objeto y el fin de los artículos.

58. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que la última oración no es la única en el comentario que expresa una opinión individual. Por otra parte, presenta la ventaja de plantear el problema de los límites de la aplicación de la regla de la reciprocidad y no discriminación.

59. El Sr. EIRIKSSON estima que, por regla general, la Comisión debería abstenerse de interpretar artículos que se inspiran en disposiciones de convenciones anteriores o que recogen literalmente su enunciado.

60. Añade que las oraciones segunda y penúltima del párrafo 4 versan ambas sobre la aplicación restrictiva de una disposición de los presentes artículos y que no comparte la interpretación que acaba de dar el Sr. Tomuschat de la segunda oración; por el contrario, suscribe la opinión que en ella se expresa. En cuanto a la última oración del párrafo que se basa en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, relativas a las reservas, no tiene por qué figurar en el comentario.

61. Teniendo en cuenta las diferencias de opinión entre los miembros de la Comisión, opina que sería posible suprimir sin problema las oraciones segunda y última.

62. El Sr. MCCAFFREY es partidario de conservar la última oración, ya que se trata de una opinión ligeramente discrepante que, también, ha sido formulada por más de un miembro de la Comisión.

63. En cuanto a la segunda oración del párrafo, se pregunta lo que hay que entender por «Se hizo observar en la Comisión». ¿Quiere decirse con eso que hubo acuerdo sobre este punto? No cree que fuera así.

64. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que la segunda oración del párrafo 4 da, en lo que concierne al Estado de tránsito, una interpretación que corresponde al texto del apartado a del párrafo 2 del artículo 6. En cuanto a la última oración, define ciertos límites concernientes al objeto y el fin del futuro instrumento, y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, contiene disposiciones similares. Así pues, el párrafo 4 debería mantenerse tal como está redactado. Por otra parte, no es excepcional que la Comisión mencione en un comentario un punto de vista que, aunque no es el de todos sus miembros, contribuye con todo a la interpretación de la disposición de que se trata.

65. El Sr. MCCAFFREY no se opondrá a que se apruebe el párrafo 4, pero sigue preguntándose cuál es el sentido de las palabras «Se hizo observar en la Comisión» en la segunda oración. ¿Se trata o no de la opinión de la Comisión?

66. El Sr. REUTER señala que, aunque por el momento el párrafo 4 es bastante vago, tiene que hacer por su parte una reserva formal que afecta a una cuestión de principio fundamental —tratada además en los artículos finales— relativa a las relaciones entre los presentes artículos y otros tratados que estriba en determinar hasta qué punto una convención multilateral puede limitar acuerdos particulares en razón de un objeto y un fin que no están en el presente caso claramente precisados. Acepta, pues, el texto del párrafo en la medida en que pueda interpretarlo como una opinión expresada por varios miembros de la Comisión y no como la opinión de la Comisión misma. Si se trata de una opinión de la Comisión, se verá obligado a oponerse a su aprobación.

67. El Sr. BENNOUNA estima que, en principio, un comentario debe expresar únicamente la opinión de la Comisión en conjunto.

68. El Sr. TOMUSCHAT preferiría que se suprimieran las oraciones segunda y última. No obstante, en caso de que se conservara la segunda, convendría que empezara con las palabras «Algunos miembros de la Comisión hicieron observar».

69. El Sr. EIRIKSSON dice que se podría suprimir la segunda oración, en primer lugar, porque es discutida, y en segundo lugar, porque la idea que contiene vuelve a expresarse en la penúltima oración.

70. El Sr. FRANCIS dice que ha dado su aprobación a la última oración porque tenía entendido que los usos de la Comisión permitían incluir en el comentario una opinión que no fuera la de la Comisión en conjunto. Si no es así, no se opondrá a que se suprima esta oración; pero si más tarde se demuestra que no es un uso desconocido en la Comisión, volverá a plantear la cuestión.

71. El Sr. CALERO RODRIGUES es partidario de suprimir las oraciones segunda y última. En principio, el comentario no debe expresar más que las opiniones de la Comisión en conjunto.

72. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide suprimir las oraciones segunda y última del párrafo 4.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.*

#### Párrafo 5

73. El Sr. BENNOUNA señala que la última oración refleja una opinión expresada originalmente por el Sr. Reuter, y que él mismo apoyó, pero que la Comisión ha hecho suya después. Por consiguiente, convendría suprimir las palabras «Se explicó claramente en la Comisión que» y sustituir la palabra «tenía» por «tiene».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 6, en su forma enmendada.*

#### Comentario al artículo 7 (Nombramiento del correo diplomático)

#### Párrafos 1 y 2

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.*

Párrafo 3

74. El Sr. EIRIKSSON dice que, como el objeto principal del párrafo 3 es subrayar la importancia de la remisión en el artículo 7 a los artículos 9 y 12, podría simplificarse. Propone, sin embargo, que se aplase la decisión sobre este punto hasta la sesión siguiente, lo que le dará tiempo para proponer un texto previa consulta con el Relator Especial.

*Así queda acordado.*

Párrafo 4

*Queda aprobado el párrafo 4.*

Párrafo 5

75. El Sr. EIRIKSSON propone que se suprima la segunda oración del párrafo. En su primera parte, en efecto, esta oración no hace más que repetir lo que se dice en el artículo 7, y en la segunda induce a pensar que, si el correo no tiene la nacionalidad de por lo menos uno de los Estados que lo envían, no se cumple la condición enunciada en el párrafo 1 del artículo 9. Sin embargo, basta leer el párrafo 1 del artículo 9 para percatarse de que no enuncia ninguna condición de este género.

76. El Sr. YANKOV (Relator Especial), apoyado por el Sr. CALERO RODRIGUES, opina, por el contrario, que hay que conservar la segunda oración del párrafo 5, que trata de una situación precisa y de sus consecuencias. Refleja, además, la posición adoptada por la Comisión en primera lectura de los proyectos de artículos y que no ha modificado en segunda lectura.

77. El Sr. BENNOUNA considera útil asimismo precisar que, en caso de que haya más de un Estado que envía, no es necesario que el correo tenga la nacionalidad de cada uno de esos Estados, sino que basta que tenga la de uno de ellos por lo menos.

78. El Sr. EIRIKSSON responde que lo que acaba de decir el Relator hace que se ratifique en su oposición a la segunda oración del párrafo 5. Ninguna disposición del artículo 9, en efecto, exige que el correo tenga la nacionalidad de uno de los Estados que lo envían. Sin embargo, si la Comisión prefiere mantener la segunda oración, propone que se modifique el final como sigue: «si bien la Comisión estima que el correo debería tener la nacionalidad de uno de los Estados que lo envíen».

79. El PRESIDENTE entiende que la mayoría de los miembros de la Comisión desea aprobar el párrafo 5 sin cambios.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5.*

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2144.ª SESIÓN

*Miércoles 19 de julio de 1989, a las 15 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr.

McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucou-nas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)

**CAPÍTULO II.—Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático** (continuación) (A/CN.4/L.435 y Add.1 a 4)

**D.—Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático** (continuación) (A/CN.4/L.435/Add.1 a 4)

*Comentario al artículo 7* (Nombramiento del correo diplomático) (conclusión)

Párrafo 3 (conclusión)

*Queda aprobado el párrafo 3.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 7.*

*Comentario al artículo 8* (Documentación del correo diplomático)

Párrafos 1 y 2

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.*

Párrafo 3

1. El Sr. EIRIKSSON dice que el párrafo 3 contiene una larga explicación que parece superflua. Propone que se suprima.

2. El Sr. YANKOV (Relator Especial) opina que a veces es útil referirse en el comentario a la práctica de los Estados, aun cuando no sea uniforme. El párrafo 3 tiene por objeto explicar exactamente a qué tipo de documentación se hace referencia en el artículo 8, que es una versión muy simplificada del texto propuesto originalmente. El párrafo 3 explica cómo se llevó a cabo esta simplificación.

3. El Sr. REUTER dice que el párrafo 3 es útil y no debe suprimirse.

*Queda aprobado el párrafo 3.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 8.*

*Comentario al artículo 9* (Nacionalidad del correo diplomático)

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

4. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que, a raíz de las consultas celebradas con el Sr. Eiriksson, propone que se supriman las dos últimas oraciones, que se refieren a las disposiciones del artículo 35 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. Los párrafos 1 y 2 del artículo 9 se basan en realidad en las disposiciones correspondientes de la Convención de Viena de 1963, aunque no sean idénticos. En particular, las palabras «en principio» no figuran en esa Convención.

*Queda aprobada la enmienda del Relator Especial.*

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafos 3 y 4

5. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que el párrafo 3 debería abreviarse. La primera oración debería mantenerse y la segunda diría simplemente: «Ello se debe a que el mencionado principio puede estar sujeto a excepciones». Las palabras «que se determinarán de común acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor» serían suprimidas. Las palabras «como se desprende del párrafo 2, se requiere el consentimiento del Estado receptor para poder designar a uno de sus nacionales como correo diplomático del Estado que envía» pasarían a constituir, con los necesarios cambios de estilo, la primera oración del párrafo 4. La primera oración del párrafo 4 original se mantendría sin modificaciones, pero la oración siguiente se enmendaría así: «Las palabras “en cualquier momento” no tienen por objeto legitimar ninguna retirada arbitraria del consentimiento ni interrumpir o entorpecer la realización de una misión ya iniciada». La tercera oración, que comienza con las palabras «La retirada del consentimiento...», también se suprimiría, al igual que la quinta oración, que comienza con las palabras «La retirada del consentimiento sólo debería poder hacerse en situaciones serias...». También se introducirían algunos cambios de estilo en la última oración, en especial para eliminar las palabras «en la Comisión se estimó que era necesario», que son superfluas.

*Quedan aprobados los párrafos 3 y 4, en su forma enmendada.*

Párrafo 5

6. El Sr. EIRIKSSON señala que las palabras entre paréntesis al final de la primera oración, «(esta categoría aparece en el párrafo 5 del artículo 35 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963)», inducen a error por cuanto dan a entender que el artículo 35 de la Convención de Viena de 1963 es la fuente de la disposición enunciada en el apartado a del párrafo 3 del artículo 9. En realidad, ese apartado enuncia una norma que es prácticamente la contraria de la establecida en el artículo 35 de la Convención de Viena de 1963. Convendría incluir al final del pasaje, entre paréntesis, las palabras «aunque regulada de otro modo».

7. El Sr. McCAFFREY propone, como solución simple, que se suprima el pasaje de que se trata.

8. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, señala que el pasaje se limita a indicar que la categoría a que se refiere el apartado a del párrafo 3 del artículo 9 no es nueva, puesto que ya existía en virtud del artículo 35 de la Convención de Viena de 1963. No se dice nada de la norma aplicable a esa categoría.

9. El Sr. AL-QAYSI pone de relieve la existencia de un pasaje similar entre paréntesis en relación con la categoría del apartado a, que dice: «(esta categoría ya figura en los artículos respectivos de las cuatro convenciones de codificación antes mencionadas)».

10. El Sr. REUTER propone que, para tener en cuenta esa observación, se trate cada pasaje entre paréntesis de manera diferente. El que se refiere a la categoría b podría suprimirse, como se ha propuesto, mientras que el relativo a la categoría a podría incluirse en la oración principal sin paréntesis y con los necesarios cambios de redacción.

11. El Sr. TOMUSCHAT señala que el párrafo 5 del artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, no contiene ninguna referencia a la nacionalidad del correo. Por eso no es exacto decir que la categoría a ya figura en los artículos respectivos de las cuatro convenciones de codificación.

12. El PRESIDENTE entiende que se pueden suprimir ambos pasajes entre paréntesis sin que ello afecte al fondo.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.*

Párrafo 6

13. El Sr. EIRIKSSON propone que se supriman las palabras «Como se indica en el párrafo 5 del comentario al artículo 7».

14. El Sr. YANKOV (Relator Especial) recuerda que, durante el debate sobre el comentario al artículo 7, el Sr. Eiriksson propuso que se suprimiera la segunda oración del párrafo 5 de ese comentario (2143.ª sesión, párr. 75), propuesta que no fue aceptada. Toda cuestión de fondo que pueda plantearse ahora ya se resolvió en relación con el artículo 7.

15. El PRESIDENTE señala que las palabras iniciales del párrafo 6 constituyen simplemente una ayuda al lector, destinadas a poner de manifiesto la relación existente entre esos dos párrafos.

*Queda aprobado el párrafo 6.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 9, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 10 (Funciones del correo diplomático)*

Párrafo 1

16. El Sr. EIRIKSSON propone que en los textos francés e inglés se supriman las palabras «provisoirement adopté» y «as provisionally adopted», respectivamente.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 1, con las modificaciones introducidas en los textos francés e inglés.*

Párrafo 2

17. El Sr. EIRIKSSON dice que convendría modificar la última oración en los textos francés e inglés para que su sentido fuera más claro.

18. El Sr. KOTLIAR (Secretario de la Comisión) propone que se introduzcan correspondientemente en los textos francés e inglés las palabras «car», antes de «indéfinition», y «since», después de «arbitrary manner», y que se sustituyan las palabras «fournissant» y «providing» por «fournit» y «provides», respectivamente.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 2, con las modificaciones introducidas en los textos francés e inglés.*

Párrafo 3

19. El Sr. EIRIKSSON propone que se supriman en la segunda oración las palabras «indicado en el documento oficial y en la propia valija», que considera superfluas; no es necesario explicar quién es el destinatario.

20. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que las palabras en cuestión son útiles y exactas y deben mantenerse.

*Queda aprobado el párrafo 3.*

Párrafo 4

21. El Sr. EIRIKSSON dice que el párrafo 4 reproduce gran parte de los elementos de los comentarios a otros artículos y debe abreviarse considerablemente.

22. El Sr. REUTER dice que el párrafo 4 es muy útil para los lectores que, como él, no están familiarizados con el tema y necesitan toda la información que puedan obtener.

*Queda aprobado el párrafo 4.*

Párrafo 5

23. El Sr. McCAFFREY dice que las palabras iniciales de la primera oración, «En la Comisión se aclaró que», son vagas y deberían precisarse más. Por otra parte, convendría introducir al final de la oración las palabras «o sale de un Estado receptor después de haber entregado una valija sin hacerse cargo de otra». Esas palabras pondrán de manifiesto que el correo, incluso cuando haya tenido que salir de un país sin conducir una valija diplomática, continúa a pesar de todo desempeñando sus funciones.

24. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que las dos observaciones del Sr. McCaffrey son atinadas. La opinión general del Comité de Redacción fue que el correo desempeña sus funciones aunque no se hallara en posesión de una valija, sino que, por ejemplo, fuera a recoger una. Por consiguiente, apoya la segunda enmienda propuesta por el Sr. McCaffrey y propone que se supriman las palabras que ha calificado acertadamente de vagas.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 10, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 11* (Terminación de las funciones del correo diplomático)

Párrafos 1 y 2

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.*

Párrafo 3

25. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que, teniendo en cuenta la enmienda introducida en el párrafo 5 del comentario al artículo 10, convendría agregar algo al párrafo 3 para indicar que las funciones del correo no terminan a raíz de haber entregado la valija diplomática.

26. El Sr. McCAFFREY dice que el párrafo 3 no contradice el párrafo 5 del comentario al artículo 10, pero, si la Comisión lo desea, puede incluir al final de la segunda oración las palabras «al llegar al término de su itinerario».

*Así queda acordado.*

27. El Sr. TOMUSCHAT propone que se supriman las palabras «En la Comisión se señaló que» al comienzo de la cuarta oración.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

Párrafo 4

*Queda aprobado el párrafo 4.*

Párrafo 5

28. El Sr. EIRIKSSON dice que el párrafo 5 tiende a confundir las funciones del apartado c del artículo 11 y el artículo 12. Propone que en la tercera oración se sustituya la palabra «declaración» por «notificación», que es un término más preciso. Además, habría que sustituir la última oración por otra redactada así: «Si el Estado que envía no retira al correo o no da por terminadas sus funciones, el Estado receptor puede negarse a reconocerle la calidad de correo a partir del momento de la notificación al Estado que envía».

*Así queda acordado.*

29. El Sr. McCAFFREY propone asimismo que se suprima la palabra «Además» al comienzo de la primera oración.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.*

Párrafo 6

30. El Sr. EIRIKSSON dice que habría que sustituir las palabras «que pueden ser fenómenos físicos, de los que el ejemplo más claro es», en la segunda oración, por «tales como».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 11, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 12* (Declaración del correo diplomático como persona non grata o no aceptable)

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

31. El Sr. EIRIKSSON dice que es totalmente innecesario trazar una distinción entre el correo diplomático y el jefe de misión, ya que las diferencias entre ambos son evidentes. Propone, por lo tanto, que se suprima la tercera oración, que en la cuarta se incluyan las palabras «el correo» antes de «en principio» y que, en la quinta oración, se supriman las palabras «como en el caso de un jefe de misión que no ha sido aprobado» y «con los mismos efectos que en el caso del jefe de la misión».

32. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que, como la institución del pláacet existe en el caso de un jefe de misión, pero no es aplicable al correo diplomático, la distinción trazada entre ambos es muy útil y no debe suprimirse la tercera oración del párrafo 2. No ve que haya ninguna necesidad acuciante de reducir la extensión de los comentarios en general; después de todo, se refieren a artículos que se han aprobado en segunda lectura y, por consiguiente, son especialmente importantes. No es partidario de ninguna de las enmiendas propuestas por el Sr. Eiriksson y estima inoportuno que se intente ahora reescribir el informe. La Comisión está plenamente de acuerdo sobre el fondo y esto es lo más importante.

33. El Sr. EIRIKSSON dice que sus propuestas no conciernen sólo a cuestiones de estilo, sino también a cuestiones de fondo. Los métodos de trabajo de la Comisión no permiten examinar su proyecto de informe con el debido cuidado en el tiempo de que se dispone antes de la conclusión del período de sesiones.

34. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que no se opondrá a la supresión de las palabras citadas por el Sr. Eiriksson, porque es verdad que sólo enuncian algo evidente. Su intención al redactar el párrafo 2 era atender las críticas a su tendencia a colocar en el mismo plano a los correos y a los diplomáticos y poner de relieve las diferencias entre ellos.

35. El Sr. REUTER dice que el párrafo 2 da una explicación útil de cuestiones que no son necesariamente evidentes y no está de acuerdo con las supresiones propuestas.

*Queda aprobado el párrafo 2.*

Párrafos 3 a 5

*Quedan aprobados los párrafos 3 a 5.*

Párrafo 6

36. El Sr. EIRIKSSON manifiesta su intención de formular algunas observaciones en relación con el comentario al artículo 21 que tendrán repercusiones en lo que concierne al párrafo 6 del comentario al artículo 12.

37. El PRESIDENTE propone que se apruebe el párrafo 6 en la inteligencia de que la Comisión volverá a él, de ser necesario, en relación con el examen del comentario al artículo 21.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 12.*

Comentario al artículo 13 (Facilidades concedidas al correo diplomático)

Párrafo 1

38. El Sr. McCAFFREY dice que, en su opinión, la libertad de comunicación abarca las comunicaciones entre el correo y el Estado que envía. Por consiguiente, convendría sustituir las palabras «el ejercicio de la libertad de comunicación», que figuran al final del párrafo 1, por «el establecimiento de cualesquiera contactos con el Estado que envía y con sus misiones».

*Así queda acordado.*

39. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que, para evitar todo equívoco y teniendo en cuenta los antecedentes de las normas relativas a las facilidades concedidas al correo en el desempeño de sus funciones, habría que incluir las palabras «en materia de libertad de comunicación» después de «facilidades de carácter general» y las palabras «en el desempeño de sus funciones» después de «correo».

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

Párrafo 2

40. Por iniciativa del Sr. McCAFFREY, el Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se combinen las dos oraciones y se enmienden así: «El párrafo 1 es de carácter general y se inspira en el artículo 25 de la...».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafo 3

41. El Sr. McCAFFREY propone que en la tercera oración del texto inglés se sustituya «conceived» por «anticipated».

*Así queda acordado.*

42. El Sr. EIRIKSSON señala que el último apartado no debe figurar sangrado, sino formando parte del texto, y propone que se suprima la última oración de ese apartado.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

Párrafo 4

*Queda aprobado el párrafo 4.*

Párrafo 5

43. El Sr. BENNOUNA (Relator), apoyado por el Sr. CALERO RODRIGUES, propone que la quinta oración concluya con las palabras «lugar tranquilo y seguro» y que se suprima el resto.

*Así queda acordado.*

44. El Sr. TOMUSCHAT propone que en la séptima oración del texto inglés se sustituyan las palabras «within reasonable terms» por «within reasonable limits».

*Así queda acordado.*

45. El Sr. BENNOUNA (Relator) señala que la redacción de la segunda parte de la octava oración, «la organización interna de otros Estados coloca al Estado en condiciones de igualdad con los particulares a este respecto», no es muy feliz.

46. Tras un debate en el que participan el Sr. YANKOV (Relator Especial), el Sr. McCAFFREY y el Sr. AL-QAYSI, el Sr. MAHIOU sugiere que esa parte de la oración se sustituya por «no ocurre así necesariamente en otros Estados».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.*

Párrafo 6

47. A raíz de una observación del Sr. McCAFFREY, el Sr. AL-QAYSI propone que se supriman las palabras «por ejemplo» al comienzo de la tercera oración.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 13, en su forma enmendada.*

Comentario al artículo 14 (Entrada en el territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito)

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

48. El Sr. EIRIKSSON propone que se suprima la tercera oración, que es esencialmente repetición de la primera.

*Así queda acordado.*

49. La última oración es tautológica y habría que suprimir las palabras «significa “durante el desempeño de sus funciones”, lo que».

50. Tras un debate en el que intervienen el Sr. BEESLEY y el Sr. YANKOV (Relator Especial), el PRESIDENTE señala que la segunda propuesta del Sr. Eiriksson no ha obtenido apoyo y propone que la última oración se mantenga sin cambios.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafo 3

*Queda aprobado el párrafo 3.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 14, en su forma enmendada.*

Comentario al artículo 15 (Libertad de circulación)

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

51. El Sr. McCAFFREY propone que se incluyan en la tercera oración, después de «libertad de circulación y de tránsito», las palabras «del correo en el desempeño de sus funciones». El correo goza del derecho de libre circulación y tránsito en el desempeño de sus funciones oficiales. Sería erróneo dar a entender que goza de completa libertad de circulación a todos los efectos.

52. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que la enmienda constituye una mejora. Al mismo tiempo, señala la última oración del párrafo 3, que deja bien sentado que, cuando no desempeña sus funciones, el correo goza «de las libertades normalmente otorgadas a los visitantes extranjeros por las leyes y reglamentos del Estado receptor y el Estado de tránsito». De ningún modo se insinúa que la libertad de circulación del correo sea absoluta.

53. El Sr. EIRIKSSON dice que la última oración del párrafo 2 parece dar a entender, con respecto a la organización del viaje del correo, que éste goza de mayores facilidades que las enunciadas en el artículo 13. Hace hincapié a este respecto en el párrafo 3 del comentario.

54. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que hubo acuerdo en el Comité de Redacción, tanto en primera lectura como en segunda lectura, en que todas las disposiciones relativas al viaje tenían que ser tomadas por el correo mismo y no por el Estado receptor o el Estado de tránsito.

55. El Sr. McCAFFREY dice que está en parte de acuerdo con la observación formulada por el Sr. Eiriksson, pero que puede aceptar la última oración del párrafo 2 porque la posibilidad de asistencia de las autoridades del Estado receptor o del Estado de tránsito incluye la reserva «en circunstancias excepcionales», además de la condición de los «obstáculos insuperables» y la limitación «en la medida de lo posible».

56. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 2 con la enmienda propuesta por el Sr. McCaffrey (párr. 51 *supra*).

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafo 3

57. El Sr. McCAFFREY dice que las palabras «a tener acceso a», en la primera oración, son innecesarias y deben suprimirse, así como las palabras «se explicó en la Comisión que» de la penúltima oración.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

Párrafo 4

*Queda aprobado el párrafo 4.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 15, en su forma enmendada.*

Comentario al artículo 16 (Protección e inviolabilidad personal)

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

58. El Sr. EIRIKSSON señala que la primera parte de la primera oración establece una comparación entre las disposiciones del artículo 16 y las del artículo correspondiente de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961. A continuación, sin embargo, la segunda parte de la oración, que comienza con las palabras «debido principalmente a la función del correo», no es la consecuencia lógica de esa comparación.

59. El Sr. YANKOV (Relator Especial) explica que es precisamente a causa de las funciones oficiales del correo y el carácter confidencial de la correspondencia oficial que las disposiciones sobre protección e inviolabilidad personal se han incluido en el proyecto.

60. El Sr. REUTER propone transformar la segunda parte de la primera oración del párrafo 2 en una oración separada y que se enmiende así: «Esto se justifica por el carácter de la función del correo, que es la prolongación natural de la función diplomática».

61. El Sr. EIRIKSSON considera un tanto abstrusa la fórmula «prolongación natural» en esa enmienda. Propone que la nueva oración diga: «Esto se justifica por la naturaleza de la función del correo».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafos 3 y 4

62. El Sr. MAHIOU señala que la primera oración del párrafo 3 menciona la «doble naturaleza» de la inviolabilidad del correo, pero que el párrafo se refiere sólo a un aspecto. El «otro aspecto de la doble naturaleza» constituye el objeto del párrafo 4. Así pues, esos dos párrafos deberían combinarse.

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 3 y 4, en su forma enmendada.*

Párrafo 5 (nuevo párrafo 4)

*Queda aprobado el párrafo 5 (nuevo párrafo 4).*

*Queda aprobado el comentario del artículo 16, en su forma enmendada.*

Comentario al artículo 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal)

Párrafo 1

63. El Sr. OGISO propone que, para recoger el largo debate que tuvo lugar sobre este tema, se incluya después de la primera oración una nueva redactada como sigue: «Durante el examen de esta materia se planteó la cuestión de si el hecho de que las convenciones de codificación no incluyeran ninguna disposición sobre la inviolabilidad del alojamiento temporal del correo debía interpretarse como una denegación de la existencia de una norma consuetudinaria en tal sentido». Por otra parte, el comienzo de la segunda oración del párrafo 1 así redactado debería mo-



dificarse de esta manera: «No obstante, esta opinión no fue aceptada por la Comisión porque en esas convenciones hay disposiciones que...».

64. El Sr. AL-QAYSI dice que, a su juicio, el aspecto a que se refiere el Sr. Ogiso está implícito en la primera oración del párrafo 1.

65. El Sr. McCAFFREY opina que convendría incluir en el comentario alguna mención de la índole de la que ha propuesto el Sr. Ogiso.

66. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que esa idea ya se expresa en la última oración del párrafo 2, que dice explícitamente que se plantea la cuestión de si deben aplicarse las normas especiales relativas a la inviolabilidad del alojamiento temporal del correo diplomático.

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

67. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que en los textos francés e inglés del párrafo 2 se sustituyan las palabras «Normalement» y «Normally» por «souvent» y «often», respectivamente.

*Así queda acordado.*

68. Tras un debate en el que intervienen el Sr. EIRIKSSON, el Sr. McCAFFREY, el Sr. Sreenivasa RAO y el Sr. YANKOV (Relator Especial), el PRESIDENTE propone que se sustituyan en la última oración las palabras «se plantea entonces la cuestión de si deben aplicarse» por «se aplican».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafo 3

*Queda aprobado el párrafo 3*

Párrafo 4

69. El Sr. EIRIKSSON dice que en la última parte del párrafo 4 se recoge una opinión sobre la inviolabilidad con la que no puede estar de acuerdo. En su opinión, la obligación del Estado de proteger al correo en su alojamiento temporal no es mayor que su obligación para con los ciudadanos ordinarios.

70. El Sr. TOMUSCHAT manifiesta estar de acuerdo con el Sr. Eiriksson y dice que la afirmación de la séptima oración de que las medidas protectoras «son usuales en los hoteles» simplemente no es exacta. Propone, pues, que se supriman las tres últimas oraciones del párrafo 4.

71. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que no tiene nada que objetar a que se supriman las oraciones séptima y octava, pero la última es muy pertinente y debe conservarse.

72. El PRESIDENTE propone que se supriman las frases séptima y octava del párrafo 4 y que, en la última oración, se sustituyan las palabras «No obstante» por «Además», y en el texto inglés, la palabra «justify» por «warrant».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.*

Párrafos 5 a 8

*Quedan aprobados los párrafos 5 a 8.*

Párrafo 9

73. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se supriman en la primera oración las palabras «El párrafo 4 responde a la idea de la Comisión según la cual».

74. El Sr. YANKOV (Relator Especial) expresa su acuerdo y propone que, en la primera oración del texto francés, se sustituya la palabra «devait» por «doit».

75. El Sr. EIRIKSSON propone que se supriman en la penúltima oración las palabras «y debido a una imposibilidad de hecho».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.*

Párrafo 10

76. El Sr. TOMUSCHAT opina que el párrafo 10 es superfluo y debe suprimirse.

77. El Sr. EIRIKSSON y el Sr. McCAFFREY apoyan esa propuesta.

78. El Sr. BENNOUNA (Relator) estima que las dos últimas oraciones del párrafo 10 son útiles.

*Se levanta la sesión a las 18.20 horas.*

## 2145.ª SESIÓN

*Jueves 20 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)

**CAPÍTULO II.—Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático** (continuación) (A/CN.4/L.435 y Add.1 a 4)

**D.—Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático** (continuación) (A/CN.4/L.435 y Add.1 a 4)

*Comentario al artículo 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal) (conclusion)*

Párrafo 10 (conclusión)

1. El Sr. YANKOV (Relator Especial) señala que el párrafo 10 es el resultado de una transacción: la Comisión decidió incluir este párrafo en el comentario como contrapartida de la supresión de un artículo especialmente dedi-

cado a la inviolabilidad de los medios de transporte de un correo que acompaña a la valija.

2. El Sr. MAHIOU hace suya esta observación del Relator Especial, pero propone que se supriman las dos primeras oraciones del párrafo 10.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 17, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 18 (Inmunidad de jurisdicción)*

Párrafos 1 y 2

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.*

Párrafos 3 a 5

3. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se incluya después del párrafo 3 un párrafo 3 *bis* redactado de la manera siguiente: «Hubo divergencia de opiniones en la Comisión sobre la necesidad de una disposición especial relativa a la inmunidad respecto de la jurisdicción penal y el alcance de esa inmunidad». Las oraciones segunda y tercera del párrafo 4 se suprimirían y la primera oración se enmendaría así: «Por una parte se expresaron reservas acerca del párrafo 1 fundándose en que el artículo 16 relativo a la inviolabilidad del correo diplomático ya proporcionaba a éste toda la protección que necesitaba para el desempeño de sus funciones, habida cuenta del carácter itinerante de éstas». Por último, se modificaría el comienzo del párrafo 5 de la manera siguiente: «Por otra parte, se expresaron reservas en cuanto a la adición de las palabras “respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones”, aduciendo que...».

4. El Sr. CALERO RODRIGUES teme que el comienzo del párrafo 3 *bis* propuesto no sea sino la repetición de lo que se dice en el párrafo 2.

5. El Sr. BENNOUNA recuerda que la Comisión decidió no consignar en el comentario más opiniones que las propias y expresa el deseo de que respete esa decisión. Por otra parte, como ha hecho observar el Sr. Calero Rodrigues, el párrafo 3 *bis* propuesto sería una mera repetición de lo que se dice en el párrafo 2. El párrafo 4 no es inútil quizás, pero podría colocarse al final del párrafo 2. En cuanto al párrafo 5, su naturaleza es muy diferente, puesto que se refiere a las reservas emitidas acerca de la decisión adoptada por la Comisión y, por eso, no debe figurar en el comentario.

6. El Sr. CALERO RODRIGUES estima que las enmiendas propuestas por el Relator Especial exponen de forma equilibrada las dos corrientes de opinión que se manifestaron en el seno de la Comisión. Para que la repetición sea menos chocante, bastaría incluir al comienzo del párrafo 3 *bis* propuesto las palabras «Como se indica en el párrafo 2».

7. El Sr. McCAFFREY apoya el punto de vista del Relator Especial y el Sr. Calero Rodrigues.

8. El Sr. BENNOUNA propone, en ese caso, que se modifique la estructura del comienzo del comentario de la manera siguiente: que los párrafos 4 y 5, en su forma enmendada por el Relator Especial, figuren después de la primera oración del párrafo 2, y que la segunda oración del párrafo 2 pase a ser un nuevo párrafo 2 *bis*.

9. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que el texto que ha sugerido para un nuevo párrafo 3 *bis* (párr. 3 *supra*), en la forma enmendada por el Sr. Calero Rodrigues (párr. 6 *supra*), pase a ser el párrafo 3 del comentario. Los actuales párrafos 4 y 5, que él ha enmendado, refundidos constituirían el párrafo 4. El actual párrafo 3 pasaría a ser párrafo 5.

10. El Sr. MAHIOU aprueba la solución propuesta por el Relator Especial, que respeta la lógica del argumento.

11. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar los párrafos 3 a 5 en la forma enmendada por el Relator Especial (párr. 9 *supra*).

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 3 a 5, en su forma enmendada.*

Párrafo 6

12. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que al comienzo de la primera oración se sustituyan las palabras «La fuente directa e inmediata de la primera oración del párrafo 2 es» por «La primera oración del párrafo 2 sigue el modelo de».

13. El Sr. TOMUSCHAT propone que se incluya una remisión al artículo 43 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, disposición fundamental en esta materia, insertando las palabras «el artículo 43 de la Convención sobre relaciones consulares, de 1963, y que» después de «lo mismo que» en la tercera oración.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

Párrafo 7

14. El Sr. McCAFFREY considera que el párrafo 7 es demasiado largo y propone que se divida en dos, el segundo de los cuales empezaría a partir de las palabras «Con respecto a la interpretación...».

*Así queda acordado.*

15. El Sr. EIRIKSSON estima preocupante que un correo pueda justificar una violación del código de la circulación aduciendo el desempeño de sus funciones. Así pues, propone que en la decimotercera oración del párrafo 7 original se supriman las palabras «o una forma de conducir irregular».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.*

Párrafos 8 y 9

*Quedan aprobados los párrafos 8 y 9.*

Párrafo 10 (nuevo párrafo 11)

16. El Sr. McCAFFREY pone en duda la necesidad de incluir entre paréntesis la palabra francesa «renvoyait» en la última oración del texto inglés. Ese término se utiliza en derecho internacional privado en los países anglosajones, pero con un sentido muy preciso que no es el que se le quiere dar aquí. Propone, pues, que se suprima.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 10 (nuevo párrafo 11), con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafos 11 a 13 (nuevos párrafos 12 a 14)

*Quedan aprobados los párrafos 11 a 13 (nuevos párrafos 12 a 14).*

Párrafo 14 (nuevo párrafo 15)

17. El Sr. TOMUSCHAT propone que se sustituya la segunda oración «A este propósito, destacaron particularmente dos observaciones en el seno de la Comisión» por «A este respecto, hay dos puntos que merecen particular atención»; que se sustituyan en la tercera oración las palabras «las mismas salvedades expresadas en el caso de los párrafos 1 y 2» por «salvedades que las que se aplican a los párrafos 1 y 2 y que han sido», y, por último, que se supriman en la oración siguiente del texto francés las palabras «On a dit ensuite que».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 14 (nuevo párrafo 15), en su forma enmendada.*

Párrafos 15 a 18 (nuevos párrafos 16 a 19)

*Quedan aprobados los párrafos 15 a 18 (nuevos párrafos 16 a 19).*

*Queda aprobado el comentario al artículo 18, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 19 (Exención de derechos de aduana, impuestos y gravámenes)*

Párrafos 1 y 2

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.*

Párrafo 3

18. El Sr. McCAFFREY propone, para no dar la impresión de que el orden cronológico de las importaciones es importante, que se sustituyan al final de la primera oración las palabras «a ulteriores importaciones» por «a otras importaciones».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

Párrafos 4 y 5

*Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.*

Párrafo 6

19. El Sr. McCAFFREY propone que se introduzcan varias modificaciones de forma en la segunda oración, que comenzaría como sigue:

«El párrafo 2 se basa en la idea de que el correo diplomático debe gozar por todos conceptos de un trato en consonancia con su calidad de persona que ejerce funciones oficiales, y de que, por consiguiente, su estatus en materia de exención fiscal no debe ser inferior al de...».

*Así queda acordado.*

20. El Sr. EIRIKSSON propone que se supriman las palabras «por consiguiente» en esa enmienda.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

Párrafo 7

21. El Sr. MAHIOU señala un error de numeración en el texto francés del proyecto de informe.

22. El Sr. TOMUSCHAT plantea la cuestión de los impuestos de aeropuerto a que se refiere este párrafo. En ciertos países, en efecto, esos impuestos se consideran un gravamen por servicios prestados.

23. Tras un breve debate sobre la naturaleza de los impuestos de aeropuertos, en el que participan el Sr. PAWLAK, el PRESIDENTE, el Sr. EIRIKSSON, el Sr. YANKOV (Relator Especial) y el Sr. MAHIOU, el PRESIDENTE propone suprimir las palabras «por ejemplo impuestos de hoteles y aeropuertos» en la quinta oración.

*Así queda acordado.*

24. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que se supriman asimismo las palabras iniciales de esta oración: «Se señaló también en la Comisión que».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.*

Párrafo 8

*Queda aprobado el párrafo 8.*

Párrafo 9

25. El Sr. McCAFFREY propone que en la segunda oración se sustituyan las palabras «casi excluía» por «era muy remota».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 19, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 20 (Exención de registro e inspección)*

Párrafo 1

26. El Sr. EIRIKSSON propone atenerse al uso seguido hasta ahora y decir en la primera oración «Ninguna de las convenciones de codificación» en vez de «Ninguna de las cuatro convenciones de codificación del derecho diplomático o consular».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

Párrafo 2

27. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se supriman las palabras iniciales de la primera oración «La Comisión consideró que».

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafo 3

*Queda aprobado el párrafo 3.*

Párrafo 4

28. El Sr. McCAFFREY propone que en la última oración se sustituya la palabra «garantía» por «salvaguardia».

*Así queda acordado.*

29. El Sr. EIRIKSSON hace observar que el equipaje del correo puede contener artículos ilícitamente importados con fines distintos de los meramente «lucrativos», como se dice en la primera oración.

30. El Sr. BEESLEY propone que se diga: «fines lucrativos u otros fines impropios».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 20, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 21 (Principio y fin de los privilegios e inmunidades)*

Párrafos 1 a 3

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 3*

Párrafo 4

31. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que en la quinta oración se incluyan, después de «misiones múltiples», las palabras «por ejemplo».

*Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.*

Párrafo 5

32. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se modifique el comienzo de la segunda oración de la manera siguiente: «Ese sería el caso, por ejemplo, de un Estado receptor que no deseara recurrir a una declaración de persona *non grata*, pero que quisiera limitar posibles abusos...».

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.*

Párrafo 6

33. A raíz de una observación del Sr. McCAFFREY, el Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se supriman la segunda oración y el comienzo de la tercera y que, a continuación de la primera oración, figure una segunda que empiece con las palabras: «La solución adoptada en las disposiciones concretas sobre el tema...».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

Párrafo 7

*Queda aprobado el párrafo 7.*

Párrafo 8

34. El Sr. McCAFFREY propone que se sustituyan al final del párrafo las palabras «decisión soberana» por «función soberana».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 21, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 22 (Renuncia a las inmunidades)*

Párrafos 1 y 2

*Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.*

Párrafo 3

35. El Sr. TOMUSCHAT propone que se supriman las últimas palabras del párrafo «y con la dignidad que estas funciones exigen».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

Párrafos 4 a 6

*Quedan aprobados los párrafos 4 a 6.*

Párrafos 7 y 8

36. El Sr. McCAFFREY señala que el comentario sobre el párrafo 3 del artículo 22 tiene, a su juicio, una importancia que justifica que se haga figurar bajo un epígrafe separado. Así pues, propone que el párrafo 7 vaya precedido de la mención «Párrafo 2» y el párrafo 8 de la mención «Párrafo 3». Además, desearía que en la tercera oración del párrafo 7 se sustituyeran las palabras «en el entendimiento de que» por «por entender que, como se explica más adelante».

*Así queda acordado.*

*Quedan aprobados los párrafos 7 y 8, en su forma enmendada.*

Párrafo 9

37. En respuesta a una observación del Sr. McCAFFREY, el Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se modifique el comienzo de la cuarta oración de la manera siguiente: «Aunque algunos miembros de la Comisión pusieron en tela de juicio la conveniencia de esta regla, la Comisión opinó...».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.*

Párrafo 10

38. El Sr. McCAFFREY propone que se sustituyan en la segunda oración las palabras «es lo suficientemente amplia para abarcar» por «pretende abarcar».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada.*

Párrafo 11

*Queda aprobado el párrafo 11.*

Párrafo 12

39. El Sr. McCAFFREY propone que se sustituyan al final del párrafo las palabras «mediante la negociación y la equidad» por «mediante la negociación de una solución equitativa».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 12, en su forma enmendada.*

Párrafo 13

40. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se supriman las palabras iniciales «Se dejó bien sentado en la Comisión que...».

*Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.*

Párrafo 14

41. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se supriman al comienzo del párrafo las palabras «Se señaló asimismo en la Comisión...».

*Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada.*

Párrafo 15

*Queda aprobado el párrafo 15.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 22, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 23 (Estatuto del comandante de un buque o una aeronave al que se haya confiado la valija diplomática)*

Párrafos 1 a 3

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.*

Párrafo 4

42. El Sr. TOMUSCHAT pone en duda la relación entre la norma enunciada y el comentario. Las palabras «de línea regular que tenga su destino en un punto de entrada autorizado», en el párrafo 1 del artículo 23, ¿se refieren necesariamente a un vuelo regular? Si la respuesta es afirmativa, ello equivaldría a decir que se da preferencia a los vuelos regulares, cuando lo que la finalidad perseguida aquí es insistir en el hecho de que el punto de entrada debe ser autorizado.

43. El Sr. BENNOUNA (Relator) preferiría que en la primera oración del párrafo 4 se emplease un verbo que no fuera «designar» y que la oración terminase con las palabras «y el punto de entrada de que se trate». A continuación empezaría una nueva oración: «No se trata de los viajes o vuelos realizados por cualquier buque o aeronave con carácter especial».

44. El Sr. McCAFFREY propone que la primera oración se redacte como sigue: «Las palabras “de línea regular que tenga su destino en un punto de entrada autorizado” se refieren a buques o aeronaves que prestan servicios regulares».

45. El Sr. EIRIKSSON opina que la única interpretación posible de la palabra «regular» es que el buque o la aeronave está destinada a llegar a un punto de entrada autorizado. Hace observar, además, que ni en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, ni en la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, se habla de «servicio comercial», sino sólo de «aeronaves comerciales».

*Queda aprobada la enmienda del Sr. McCaffrey.*

*Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.*

Párrafos 5 y 6

*Quedan aprobados los párrafos 5 y 6.*

Párrafo 7

46. El Sr. RAZAFINDRALAMBO propone que se supriman en la última oración las palabras «Se señaló en la Comisión que».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.*

Párrafo 8

47. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se supriman las palabras iniciales de la segunda oración «Se subrayó en la Comisión que».

*Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.*

Párrafo 9

48. El Sr. RAZAFINDRALAMBO propone que se modifiquen las dos primeras oraciones de la manera siguiente: «La Comisión decidió que la obligación del Estado receptor enunciada en este párrafo no debía incluir... de este

comentario, para no dar la impresión... del Estado receptor».

49. El Sr. YANKOV (Relator Especial), apoyado por el Sr. CALERO RODRIGUES y el Sr. TOMUSCHAT, sugiere que se mantenga el texto.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 9.*

Párrafo 10

50. El Sr. NJENGA se pregunta si en la práctica de los Estados el procedimiento que ha de seguir el miembro de una misión, de una oficina consular o de una delegación encargada de tomar posesión de la valija es tan rígido como el que se describe en la segunda oración. No es seguro que la persona provista de una autorización sea siempre la única que puede tomar posesión de la valija. En muchos casos, por ejemplo en ausencia de la persona debidamente autorizada a tal efecto, otro miembro de la misión, de la oficina consular o de la delegación, debidamente autorizado por el embajador, o incluso el embajador mismo, puede en realidad tomar posesión de la valija sin estar obligado a presentar una autorización especial. Por eso, propone que se suprima la segunda oración.

51. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que la regla mencionada por el Sr. Njenga no es absoluta y que, en la mayoría de los casos, la persona encargada de tomar posesión de la valija debe presentar un certificado especial que acredite que está autorizada para hacerlo. Ciertos Estados expiden autorizaciones válidas durante varios meses para diversas personas. A fin de evitar la excesiva rigidez mencionada por el Sr. Njenga, se podrían incluir al comienzo de la segunda oración las palabras: «En la mayoría de los casos».

52. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que, en general, el nombre de la persona designada para tomar posesión de la valija se comunica a las autoridades del país huésped. El interesado no tiene necesidad después de presentar sistemáticamente una autorización especial. Si otra persona le sucede, ese cambio se notifica a las autoridades. Por lo que hace al párrafo 10, opina que podrían suprimirse las dos últimas oraciones, en razón de la existencia en la oración precedente de las palabras «debe estar debidamente autorizado».

53. El Sr. CALERO RODRIGUES opina que, a pesar de todo, sería mejor conservar la última oración.

54. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda suprimir la segunda oración del párrafo 10.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 23, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 24 (Identificación de la valija diplomática)*

Párrafo 1

55. El Sr. TOMUSCHAT prefiere la fórmula «El párrafo... del artículo... sigue el modelo de», empleada aquí, a la fórmula «Las fuentes del artículo... son...», que se utiliza en otras partes del proyecto, y propone que se sustituya en todo el proyecto esta segunda fórmula por la primera.

56. El PRESIDENTE propone que se deje que sea el Relator Especial el que examine la conveniencia de ese cambio cuando pase revista a las modificaciones introducidas por la Comisión en el proyecto de informe, incluida la supresión de fórmulas como «Se subrayó en la Comisión que...», «Se explicó que» y «Se señaló claramente que».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

57. El Sr. OGISO dice que la fórmula usada en el artículo 24, «los bultos que constituyan la valija diplomática», debería usarse en lugar de las palabras «una valija diplomática», en la segunda oración del párrafo 2.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafos 3 a 6

*Quedan aprobados los párrafos 3 a 6.*

Párrafo 7

58. El Sr. McCAFFREY cree que es preciso conservar en las oraciones segunda y tercera las expresiones «Algunos miembros de la Comisión consideraron que», «otros miembros opinaron que» y «La Comisión, en general,». Pero propone que se sustituyan al final del párrafo las palabras «enunciarla como norma preceptiva en el texto del párrafo» por «incluir un requisito de esa naturaleza en el texto del párrafo 2».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.*

Párrafo 8

*Queda aprobado el párrafo 8.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 24, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 25 (Contenido de la valija diplomática)*

Párrafos 1 a 3

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 25.*

*Comentario al artículo 26 (Envío de la valija diplomática por correo o cualquier modo de transporte)*

Párrafos 1 a 5

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 26.*

*Comentario al artículo 27 (Seguridad y rapidez en la expedición de la valija diplomática)*

Párrafos 1 a 5

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 27.*

*Comentario al artículo 28 (Protección de la valija diplomática)*

Párrafo 1

59. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que en los textos francés e inglés se sustituyan las palabras «la pierre angulaire» y «the cornerstone» por «la disposition clef» y «the key-provision», respectivamente.

*Queda aprobado el párrafo 1, con la modificación introducida en los textos francés e inglés.*

Párrafos 2 a 5

*Quedan aprobados los párrafos 2 a 5.*

Párrafo 6

60. El Sr. OGISO considera que la última oración no está clara, en particular las palabras «y que no sean electrónicos y técnicos».

61. El Sr. YANKOV (Relator Especial) explica que el examen externo destinado a identificar la valija diplomática no ha de considerarse atentatorio a su inviolabilidad. Por otra parte, si se sospecha que la valija contiene estupefacientes, sólo se autorizará el recurso a perros policía, con exclusión de cualquier otro medio de examen. Propone que se supriman las palabras «y que no sean electrónicos y técnicos», aunque figuraban en su octavo informe (A/CN.4/417) y no habían suscitado ninguna reacción entre los miembros de la Comisión.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

Párrafos 7 a 11

*Quedan aprobados los párrafos 7 a 11.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 28, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 29 (Exención de derechos de aduana e impuestos)*

Párrafos 1 a 3

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 29.*

*Comentario al artículo 30 (Medidas de protección en caso de fuerza mayor y otras circunstancias excepcionales)*

Párrafos 1 a 7

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 7.*

Párrafo 8

62. Tras un cambio de impresiones en el que intervienen el Sr. EIRIKSSON y el Sr. CALERO RODRIGUES, el PRESIDENTE dice que, si no hay objeción, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 8, en la inteligencia de que el Relator Especial agregará en él un pasaje puntualizando que las obligaciones del Estado de tránsito enunciadas en el artículo 30 existen tan sólo si ese Estado tiene conocimiento de la presencia del correo de la valija en su territorio.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 30, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 31 (No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares)*

Párrafos 1 a 3

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.*

Párrafo 4

63. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se supriman las palabras iniciales del párrafo: «Fue parecer unánime de los miembros de la Comisión que».

*Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 31, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 32 (Relación entre los presentes artículos y otros acuerdos y convenciones)*

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

64. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se supriman en la penúltima oración las palabras «por lo menos a juicio de algunos miembros de la Comisión».

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafo 3

65. El Sr. McCaffrey propone que se sustituyan las palabras «tienen por objeto indicar» por «indican».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

Párrafos 4 a 6

*Quedan aprobados los párrafos 4 a 6.*

Párrafo 7

66. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se sustituyan al final de la segunda oración las palabras «las bases fundamentales» por «las normas fundamentales» y que se supriman al comienzo de la cuarta oración las palabras «Se observó en la Comisión que».

67. El Sr. TOMUSCHAT propone que se modifique la última oración de la manera siguiente: «Lo mismo podía decirse de un acuerdo en virtud del cual dos Estados estipulen que sus valijas serán sometidas a inspección por medios electrónicos o mecánicos».

68. El Sr. BARSEGOV pone en duda la necesidad de esta última oración; es a los Estados a los que incumbe decidir el tenor de los acuerdos que celebran y la Comisión no tiene por qué sugerírselo.

69. El Sr. NJENGA también es partidario de la supresión de la última oración, que dio pie a un largo debate no concluyente en la Comisión.

70. El Sr. OGISO hace observar que la última oración corresponde a una opinión que ha sido efectivamente formulada.

71. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 7 enmendado por el Relator Especial y el Sr. Tomuschat.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.*

Párrafo 8

*Queda aprobado el párrafo 8.*

Párrafo 9

72. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se modifique el texto del párrafo 9 de la manera siguiente:

«El proyecto de artículos podría versar también sobre la relación jurídica entre los presentes artículos y las normas consuetudinarias concernientes a la misma materia».

73. Tras un cambio de impresiones en el que participan el Sr. PAWLAK, el Sr. EIRIKSSON, el Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. McCAFFREY, el PRESIDENTE —hablando en calidad de miembro de la Comisión—, el Sr. TOMUSCHAT, el Sr. BEESLEY, el Sr. BENNOUNA (Relator), el Sr. FRANCIS y el Sr. YANKOV (Relator Especial), el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda suprimir el párrafo 9, por considerar superflua su inclusión en el comentario, en la inteligencia de que se indicará en la introducción del capítulo II del informe que la Comisión no examinó la cuestión de la relación jurídica entre los presentes artículos y las normas consuetudinarias concernientes a la misma materia, y que esta cuestión se resolverá cuando se dé forma definitiva al futuro instrumento.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 32, en su forma enmendada.*

*Se levanta la sesión a las 13 10 horas*

## 2146.ª SESIÓN

*Jueves 20 de julio de 1989, a las 15 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)

**CAPÍTULO II.—Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático** (conclusión) (A/CN.4/L.435 y Add.1 a 4)

**D.—Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático** (conclusión) (A/CN.4/L.435 y Add.1 a 4)

*Comentario al artículo 12 (Declaración del correo diplomático como persona non grata o no aceptable) (conclusión\*)*

*Párrafo 6 (conclusión)*

1 El Sr. EIRIKSSON recuerda que la Comisión dejó abierta la posibilidad de volver al párrafo 6, aprobado en la 2144.ª sesión, cuando se examinara el comentario al artículo 21, que ahora ha sido aprobado.

\* Reanudación de los trabajos de la 2144.ª sesión



2. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que las cinco últimas oraciones del párrafo 6 se sustituyan por el siguiente texto:

«El párrafo 2 del artículo 12 versa sobre la negativa del Estado que envía a cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del párrafo 1 o su incumplimiento efectivo. Conciérne, pues, a la terminación de las funciones del correo. Sólo en el caso en que el Estado que envía haya incumplido su obligación de retirar al correo diplomático o relevarlo de sus funciones podrá el Estado receptor dejar de reconocer a la persona de que se trate como correo diplomático y tratarla como a cualquier visitante o residente temporal extranjero. La segunda parte de la primera oración del párrafo 2 del artículo 21 se refiere a la cesación de los privilegios e inmunidades del correo cuando éste no salga del territorio del Estado receptor dentro de un plazo razonable.»

*Así queda acordado.*

*Comentario al proyecto de protocolo I de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las misiones especiales (A/CN.4/L.435/Add.4)*

Párrafo 1

3. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se sustituya en la tercera oración la palabra «planteamiento» por «régimen».

4. El Sr. McCAFFREY propone que se supriman en la quinta oración las palabras «A juicio de la Comisión.».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

Párrafos 2 a 5

*Quedan aprobados los párrafos 2 a 5.*

*Queda aprobado el comentario al proyecto de protocolo I de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las misiones especiales, en su forma enmendada.*

*Comentario al proyecto de protocolo II de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las organizaciones internacionales de carácter universal (A/CN.4/L.435/Add.4)*

Párrafo 1

*Queda aprobado el párrafo 1.*

Párrafo 2

5. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que en la segunda oración del texto inglés se sustituya la palabra «felt» por «believed».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 2, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafos 3 a 5

*Quedan aprobados los párrafos 3 a 5.*

*Queda aprobado el comentario al proyecto de protocolo II de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las organizaciones internacionales de carácter universal, en su forma enmendada.*

*Queda aprobada la sección D, en su forma enmendada.*

**A.—Introducción (A/CN.4/L.435)**

Párrafos 1 a 32

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 32.*

Párrafo 33

6. El Sr. McCAFFREY señala que en la primera oración del texto inglés hay que sustituir las palabras «as much as possible coherent legal régime» por «as coherent a legal régime as possible».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 33, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafos 34 y 35

*Quedan aprobados los párrafos 34 y 35.*

Párrafo 36

7. El Sr. McCAFFREY dice que al final de la segunda oración del texto inglés hay que sustituir la palabra «their» por «his».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 36, con la modificación introducida en el texto inglés.*

Párrafos 37 a 42

*Quedan aprobados los párrafos 37 a 42.*

Párrafo 43

8. El Sr. McCAFFREY propone que en el comentario al artículo 32 se haga remisión al párrafo 43, quizá mediante una nota de pie de página.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 43.*

Nuevo párrafo 43 bis

9. El Sr. YANKOV (Relator Especial) propone que se incluya un nuevo párrafo 43 bis redactado como sigue:

«La Comisión no incluyó en el proyecto de artículos una disposición sobre la relación entre los presentes artículos y las normas del derecho internacional consuetudinario. No obstante, se expresó la opinión en la Comisión de que tal vez se considerase apropiado incluir una disposición adicional sobre esta materia en un futuro instrumento sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático.»

*Queda aprobado el nuevo párrafo 43 bis.*

Párrafos 44 a 47

*Quedan aprobados los párrafos 44 a 47.*

*Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.*

**B.—Recomendación de la Comisión (A/CN.4/L.435)**

Párrafos 48 a 50

*Quedan aprobados los párrafos 48 a 50.*

Párrafo 51

10. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se sustituyan las palabras «que tendría la misma jerarquía jurídica dentro del orden jurídico internacional» por «multilateral» al final del párrafo.

*Queda aprobado el párrafo 51, en su forma enmendada.*

Párrafo 52

11. El PRESIDENTE propone que se suprima la última oración.

12. El Sr. EIRIKSSON expresa su acuerdo con esa propuesta y, a su vez, propone que se supriman asimismo en la segunda oración las palabras «que pueda expresar un compromiso firme de los Estados participantes, de manera que se facilite y se acelere, en una etapa ulterior, un proceso rápido de ratificación y de entrada en vigor». Se pregunta por otra parte si la afirmación que se hace en la tercera oración y, en particular, la referencia a las organizaciones internacionales constituyen razón suficiente para reunir una conferencia a nivel de plenipotenciarios.

13. El Sr. McCAFFREY dice que no cree que la Comisión esté facultada para examinar la cuestión ni considera satisfactorio el párrafo tal como está redactado. Así pues, propone que se suprima el párrafo en su totalidad.

14. El Sr. FRANCIS es partidario de mantener el párrafo 52, aunque redactado en términos más neutros, omitiendo toda referencia a la Sexta Comisión de la Asamblea General.

15. El Sr. BARSEGOV no ve ningún motivo para que el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático reciba un trato menos favorable que otros proyectos. En su opinión, el estudio de la cuestión en una conferencia de plenipotenciarios está perfectamente justificado y se opondrá a toda decisión contraria.

16. El Sr. TOMUSCHAT dice que la supresión del final del párrafo 52 a partir de las palabras «el estudio cuidadoso por parte de los gobiernos...» puede constituir una solución de transacción.

17. El Sr. MAHIOU dice que apoya plenamente esa idea. La supresión de la referencia a la conferencia de plenipotenciarios no debería preocupar al Sr. Barsegov, ya que en el párrafo 48 se recomienda la reunión de una conferencia de esa índole.

18. El Sr. YANKOV (Relator Especial) dice que no tiene inconveniente en aceptar la supresión de la última parte del párrafo 52, pero se opondría a la radical medida de suprimir el párrafo en su integridad. Este párrafo contiene elementos de fondo que deben conservarse. El haber desarrollado varios argumentos obedece al deseo de contrarrestar las reservas que ha advertido en los 10 años que ha dedicado a trabajar sobre el tema, ya que el proyecto de artículos es, en cierto modo, el fruto no deseado de la Comisión.

19. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda suprimir la parte del párrafo 52 que empieza con las palabras «El estudio cuidadoso por parte de los gobiernos...» en la segunda oración.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 52, en su forma enmendada.*

*Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.*

20. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ señala a la atención de la Secretaría la necesidad de corregir el texto español del capítulo II del informe para velar por el uso coherente de la terminología adecuada; por ejemplo, hay que sustituir la palabra «estafeta» por «correo».

**C.—Resolución aprobada por la Comisión (A/CN.4/L.435)**

21. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el proyecto de resolución en la sección C, que dice:

*«La Comisión de Derecho Internacional,*

*»Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático,*

*»Desea expresar al Relator Especial, Sr. Alexander Yankov, su profunda satisfacción por el aporte inestimable que ha hecho a la elaboración del proyecto a lo largo de estos últimos años y por su infatigable dedicación e incesante esfuerzo, lo cual ha contribuido a que la Comisión realice con éxito la importante tarea que le fue confiada.»*

22. La Comisión ha concluido ahora sus trabajos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. Puede contemplar la importante labor que ha realizado en un plazo relativamente breve y dar las gracias al Relator Especial que lo ha hecho posible. A lo largo de los años, el Sr. Yankov ha alimentado y protegido el fruto, aunque no fuera deseado, de la Comisión. La investigación erudita, la paciencia y la habilidad diplomática que ha requerido ese esfuerzo son bien conocidas de todos. Desea dar las gracias al Sr. Yankov, que ha dedicado tanta energía, experiencia y preparación a su importante tarea. Ahora que esa tarea ha concluido, es de esperar que el proyecto de artículos pueda alcanzar la categoría de una convención de ámbito universal.

23. El Sr. BENNOUNA, haciendo uso de la palabra en nombre de los miembros de la Comisión de los países africanos, felicita al Relator Especial, cuyos conocimientos y experiencia, además de sus innatas calma y cortesía, han permitido a la Comisión alcanzar su objetivo. El escepticismo que imperaba cuando la Comisión inició sus trabajos no ha facilitado al Relator Especial su tarea. Sólo cabe esperar ahora que se organice una conferencia diplomática que adopte el texto de un convenio basado en el proyecto de artículos.

24. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, haciendo uso de la palabra en nombre de los miembros de la Comisión de los países latinoamericanos, dice que el camino hasta la aprobación definitiva del proyecto de artículos no ha sido fácil. Varios gobiernos, incluido el suyo propio, se han mostrado escasamente dispuestos a aceptar los trabajos de la Comisión sobre el tema. Sin embargo, gracias a los esfuerzos del Relator Especial, la Comisión cuenta ahora con un nuevo logro concreto que presentar a la Asamblea General. Hace votos por que los esfuerzos del Relator Especial culminen en la adopción, en una conferencia diplomática, de un convenio basado en el proyecto de artículos.

25. El Sr. BARBOZA dice que la Comisión, al concluir sus trabajos sobre el proyecto de artículos, ha efectuado una importante contribución a la codificación del derecho internacional. El proyecto de instrumento que ha elaborado está bien hecho y es de esperar que sea adoptado en una conferencia diplomática como lo han sido otros instrumentos en este campo. El logro de la Comisión no habría sido posible sin la paciente, capaz y, sin duda, ejemplar dirección del Relator Especial.

26. El Sr. SHI, haciendo uso de la palabra en nombre de los miembros de la Comisión de los países asiáticos, expresa su profundo reconocimiento al Sr. Yankov, en el que la Comisión ha encontrado todas las cualidades que requiere un excelente Relator Especial. Este se ha dedicado a trabajar sobre el tema con celo infatigable y amplitud

de miras. Merece el agradecimiento de todos por sus esfuerzos, al igual que la Secretaría por su inapreciable asistencia.

27. El Sr. PAWLAK, haciendo uso de la palabra en nombre de los miembros de la Comisión de los países de Europa oriental, felicita al Relator Especial por sus productivos esfuerzos, que se han concretado en la aprobación de una serie de artículos que constituyen un planteamiento inteligente y equilibrado del tema. Merece el agradecimiento de todos por la dedicación y preparación con que ha abordado su tarea.

28. El Sr. ROUCOUNAS, haciendo uso de la palabra en nombre de los miembros de la Comisión de los países de Europa occidental y otros Estados, felicita al Relator Especial por la realización de su tarea y elogia su perseverancia y preparación técnica. La contribución a la codificación del derecho internacional que representa el proyecto de artículos ya está siendo ampliamente reconocida.

29. El Sr. McCAFFREY, refiriéndose al proyecto de resolución que se ha presentado a la Comisión, propone que se incluyan las palabras «competencia técnica» entre «infatigable dedicación» y «e incesante esfuerzo».

30. El Sr. PAWLAK sugiere que la palabra «técnica» se sustituya por «profesional».

*Queda aprobada la enmienda del Sr. McCaffrey, en la forma modificada por el Sr. Pawlak.*

*Queda aprobado el proyecto de resolución, en su forma enmendada.*

*Queda aprobada la sección C, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el capítulo II del proyecto de informe, en su forma enmendada..*

31. El Sr. YANKOV (Relator Especial) expresa su agradecimiento al Presidente y a todos sus colegas, cuyo ávido interés en la labor de redacción ha sido su baza más fuerte. Resulta muy gratificador saber que, incluso después de arduas negociaciones y desacuerdos, la amistad aún perdura. Le complace pensar que la realización de su tarea señala el término de la labor de la Comisión sobre todo el tema y representa un nuevo logro concreto que puede presentarse a la colectividad internacional.

32. Desea rendir homenaje a los miembros y ex miembros de la Secretaría que durante todos estos años le han prestado una asistencia tan valiosa, empezando por el Sr. Torres Bernárdez y terminando, en los últimos tiempos, por el Sr. Rama-Montaldo. El personal de la Secretaría y los miembros de la División de Codificación con los que ha tratado son un modelo de servidores de la comunidad internacional que tienden con su labor a promover el derecho internacional. Se siente honrado de haber participado en la importante labor de la Comisión y hace votos por que la comunidad internacional llegue a adoptar el texto del proyecto de artículos.

### **CAPÍTULO III.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (A/CN.4/L.436 y Add.1 a 3)**

#### **A.—Introducción (A/CN.4/L.436)**

Párrafos 1 a 8

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 8.*

Párrafo 9

33. El Sr. McCAFFREY hace observar que, en comparación con otros capítulos del proyecto de informe, la introducción del capítulo que se examina y, en particular, el párrafo 9 contienen una cantidad desproporcionada de elementos de fondo. A su juicio, sólo debería mantenerse la primera oración del párrafo.

34. El Sr. BARSEGOV dice que manifiesta su desacuerdo. La recapitulación de antecedentes que contiene el párrafo abarca una etapa importante del examen del tema. Refiriéndose al término «infracciones», que se utiliza en la primera oración, se pregunta si, teniendo en cuenta la petición a este respecto de la Asamblea General, no sería más apropiado hablar de «crímenes».

35. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que se incluya en el párrafo 5 la llamada de una nota de pie de página en la que se indique que en 1987 la Asamblea General decidió enmendar el título del tema en inglés a fin de que dijera: «Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind».

*Así queda acordado.*

36. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que el texto del párrafo corresponde, en forma abreviada, al de informes anteriores. Propone que el párrafo se apruebe sin cambios.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 9.*

Párrafo 10

*Queda aprobado el párrafo 10.*

*Queda aprobada la sección A.*

#### **B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.436 y Add.1 a 3)**

Párrafos 11 a 14 (A/CN.4/L.436)

*Quedan aprobados los párrafos 11 a 14.*

Párrafos 1 a 57 (A/CN.4/L.436/Add.1)

Párrafos 1 a 4

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.*

Párrafo 5

37. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que en la segunda oración debe suprimirse la palabra «sólo» antes de «eran crímenes».

38. El Sr. BARSEGOV señala diversos errores graves en el texto ruso del párrafo 5 y añade que el texto ruso del capítulo III en conjunto necesita ser revisado cuidadosamente.

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.*

Párrafos 6 y 7

*Quedan aprobados los párrafos 6 y 7.*

Párrafo 8

39. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que en la primera oración del párrafo deben incluirse las palabras «no obstante» después de «subrayó», y que en la tercera oración deben sustituirse las palabras «extremar la severidad» por «adoptar una interpretación amplia de esa Ley».

*Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.*

Párrafos 9 a 11

*Quedan aprobados los párrafos 9 a 11.*

Párrafo 12

40. El Sr. THIAM (Relator Especial) propone que se modifique la tercera oración de la manera siguiente: «La determinación de la gravedad incumbía a la Comisión, que tenía que elaborar una lista de las infracciones graves que constituían un crimen de guerra». Al final de la oración siguiente deben sustituirse las palabras «era una función judicial» por «correspondía a los tribunales».

41. Tras un debate en el que intervienen el Sr. McCAFFREY, el Sr. BARBOZA y el Sr. MAHIOU, el Sr. CALERO RODRIGUES propone que al comienzo de la segunda oración se sustituyan las palabras «La primera consistía en hacerlo» por «Por una parte, podía hacerse», y que al comienzo de la cuarta oración del texto inglés se sustituya la palabra «Moreover» por las palabras «On the other hand».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 12, en su forma enmendada.*

Párrafo 13

42. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que hay que sustituir al comienzo del párrafo las palabras «un miembro» por «algunos miembros».

*Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.*

Párrafo 14

43. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que en la primera oración deben sustituirse las palabras «Un miembro subrayó» por «se subrayó».

*Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada.*

Párrafo 15

44. El Sr. TOMUSCHAT dice que, en la segunda oración del texto inglés, la palabra «had» entre las palabras «in particular» y «pointed out» debería suprimirse.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.*

Párrafo 16

45. El Sr. McCAFFREY dice que, como la afirmación consignada en el párrafo 16 no fue formulada por el Relator Especial, habría que sustituir al comienzo de la oración las palabras «En respuesta a» por «En una referencia a».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 16, en su forma enmendada.*

Párrafo 17

*Queda aprobado el párrafo 17.*

Párrafo 18

46. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que en la penúltima oración deben sustituirse las palabras «derecho humanitario» por «derecho de la guerra».

47. El Sr. McCAFFREY dice que habría que sustituir las palabras iniciales del párrafo «Se observó» por «Existía» y suprimir, en la penúltima oración del texto inglés, la palabra «had» entre «members» y «however».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 18, en su forma enmendada.*

Párrafo 19

*Queda aprobado el párrafo 19.*

Párrafo 20

48. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se sustituyan en la primera oración las palabras «conflictos internos y externos» por «conflictos internos y la intervención exterior en ellos» y que se supriman al final del párrafo las palabras «así como los conflictos armados en el interior de los Estados».

49. El Sr. McCAFFREY dice que, si bien no tiene nada que objetar a la propuesta, considera con todo que las declaraciones hechas durante el debate deberían consignarse fielmente en el informe de la Comisión.

50. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que revisará, con ayuda de la Secretaría, el texto francés del párrafo 20.

*En esa inteligencia, queda aprobado el párrafo 20.*

Párrafo 21

*Queda aprobado el párrafo 21.*

Párrafo 22

51. Tras un breve debate en el que participan el Sr. THIAM (Relator Especial) y el Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. TOMUSCHAT propone que se sustituyan en la primera oración las palabras «a la protección de» por «no sólo a» y «así como» por «sino también».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 22, en su forma enmendada.*

Párrafo 23

*Queda aprobado el párrafo 23.*

Párrafo 24

52. El Sr. McCAFFREY propone que se sustituyan las palabras «el tipo de crimen» por «las infracciones» y las palabras «una lista de las infracciones» por «una lista de crímenes de guerra».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada.*

Párrafo 25

53. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que el párrafo 25 pasará a formar parte del párrafo anterior.

*Queda aprobado el párrafo 25, en su forma enmendada.*

Párrafos 26 a 29

*Quedan aprobados los párrafos 26 a 29.*

Párrafo 30

54. El Sr. McCAFFREY, apoyado por el Sr. TOMUSCHAT, propone que se mantenga sólo la primera oración del párrafo y se suprima el resto.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 30, en su forma enmendada.*

Párrafos 31 a 34

*Quedan aprobados los párrafos 31 a 34.*

Párrafo 35

55. El Sr. THIAM (Relator Especial) propone que se supriman las palabras finales del párrafo «no enumeradas en el proyecto de código».

*Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.*

Párrafos 36 a 39

*Quedan aprobados los párrafos 36 a 39.*

Párrafo 40

56. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se suprima el párrafo 40, que tiene por único objeto corregir un error terminológico que afecta sólo al texto inglés.

*Así queda acordado.*

Párrafos 41 a 48

*Quedan aprobados los párrafos 41 a 48.*

Párrafo 49

57. El Sr. THIAM (Relator Especial) propone que en la segunda oración se sustituyan las palabras «el foro más competente» por «el foro más adecuado».

58. El Sr. TOMUSCHAT propone que se sustituyan en la tercera oración las palabras «mientras no haya una norma... llevada a la práctica por los Estados» por «mientras no se llegara a una norma de...». Lo importante era el nacimiento de la norma y no el hecho de que fuera aplicada por los Estados.

*Así queda acordado.*

59. El Sr. THIAM (Relator Especial) propone que se abrevie la última oración eliminando la parte que empieza con las palabras «entre otras cosas porque...». La oración se referiría simplemente así a la oposición de algunos miembros de la Comisión a la atribución de responsabilidad por el crimen de primer uso del arma nuclear.

60. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que no sería exacto hablar de «crimen» en caso de no haber atribución de responsabilidad. Habría que indicar en la oración que algunos miembros se oponen a considerar o tipificar como crimen el primer uso del arma nuclear.

61. El PRESIDENTE sugiere que la última parte de la oración del párrafo 49, abreviada por el Relator Especial, se enmiende así: «Algunos miembros de la Comisión se oponían especialmente a la tipificación como crimen del primer uso del arma nuclear».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 49, en su forma enmendada.*

Párrafo 50

62. El Sr. BARSEGOV señala que el uso del arma nuclear constituye un grave crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, tan grave como el genocidio. La última parte del párrafo 50, que dice «sino también un crimen contra la paz y un crimen contra la humanidad», debería sustituirse por «sino también un crimen contra la humanidad».

*Así queda acordado.*

63. El Sr. McCAFFREY propone que al final de la primera oración se sustituyan las palabras «el más atroz y el más inhumano de los medios de guerra» por «un medio de guerra que ellos calificaron del más atroz y el más inhumano», a fin de indicar que la opinión expresada en

esa oración es atribuible a los «otros miembros» mencionados al principio.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 50, en su forma enmendada.*

Párrafo 51

64. El Sr. McCAFFREY propone que en la última oración se añada «o en un artículo aparte» después de «en la lista de crímenes de guerra».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 51, en su forma enmendada.*

Párrafos 52 a 57

*Quedan aprobados los párrafos 52 a 57.*

Párrafos 1 a 58 (A/CN.4/L.436/Add.2)

Párrafos 1 a 3

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.*

Párrafo 4

65. El Sr. TOMUSCHAT señala la necesidad de corregir los tiempos de algunos de los verbos en el párrafo 4 y los párrafos siguientes.

*Queda aprobado el párrafo 4.*

Párrafo 5

*Queda aprobado el párrafo 5.*

Párrafo 6

66. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que en la primera oración se sustituya la expresión «personas físicas», que es impropia en el contexto, por la palabra «personas».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

Párrafo 7

67. El Sr. TOMUSCHAT propone que se suprima la larga cita de las opiniones de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra.

68. El Sr. PAWLAK se opone firmemente a esa propuesta. La cita de una fuente tan solvente es muy útil y debe mantenerse.

69. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que quizá se podría sustituir la cita por una remisión en una nota de pie de página a la opinión de dicha Comisión, sin reproducir el texto.

70. El Sr. THIAM (Relator Especial) señala que la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Crímenes de Guerra había sido el órgano oficial encargado, durante la segunda guerra mundial y después de ésta, de la investigación y persecución de los crímenes de guerra. Por consiguiente, sus declaraciones tienen gran importancia para configurar la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional en la materia.

71. El Sr. BARSEGOV insta a que se conserve esa útil cita.

72. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que el pasaje citado no es una cita ordinaria, sino que proviene de una fuente de gran autoridad.

*Queda aprobado el párrafo 7.*

## Párrafo 8

73. El Sr. McCAFFREY propone que se suprima la primera oración, que contiene una cita de Meyrowitz.

74. El Sr. TOMUSCHAT dice que las citas de la doctrina tienen su razón de ser en los informes de los relatores especiales, pero que tales citas deberían evitarse en el informe de la Comisión a la Asamblea General.

75. El Sr. BARSEGOV señala que la breve cita sirve para situar la cuestión de los crímenes masivos. De eliminarse esa cita, se perdería este útil elemento en la primera oración. Además, Meyrowitz es uno de los más destacados publicistas que han estudiado el tema de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

76. El Sr. PAWLAK considera indispensable recoger la importante distinción entre los crímenes masivos y los crímenes contra individuos a que se refiere el pasaje citado.

77. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, conviene en la necesidad de conservar la referencia a la distinción entre los crímenes masivos y los crímenes contra los individuos.

78. El Sr. YANKOV dice que las citas quizás podrían abreviarse, o podría resumirse su contenido, a fin de atender el deseo de la Asamblea General de que se le presenten informes más cortos.

79. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que no todas las citas pueden tratarse del mismo modo. La cita de Meyrowitz que figura en el párrafo 8 es necesaria, dada la escasez de los datos sobre la materia de que dispone la Comisión. Reitera una vez más la importancia de la cuestión de las fuentes.

80. El Sr. MAHIOU propone que se traslade a una nota de pie de página la cita de Meyrowitz.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.*

## Párrafos 9 a 13

*Quedan aprobados los párrafos 9 a 13.*

## Párrafo 14

81. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que la segunda oración debería terminar con las palabras «y destrucción de la cultura humana». El resto de la oración sería sustituido por una nueva oración, como sigue: «Por otra parte, el motivo o móvil perseguido era un elemento importante».

*Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada.*

## Párrafos 15 a 21

*Quedan aprobados los párrafos 15 a 21.*

## Párrafo 22

82. El Sr. McCAFFREY pone en tela de juicio el empleo de la expresión «La gran mayoría de los miembros» en la segunda oración. La expresión usual es «la mayoría de los miembros».

83. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que los hechos justifican el empleo de esa expresión; hubo ciertamente una gran mayoría a favor del texto de la segunda variante.

*Queda aprobado el párrafo 22.*

## Párrafo 23

84. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que hay que sustituir en la tercera oración las palabras «algunos oradores» por «un miembro».

85. El Sr. MAHIOU dice que, por razones de concordancia, habrá que sustituir en la última oración las palabras «esos miembros» por «ese miembro».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 23, en su forma enmendada.*

## Párrafos 24 a 26

*Quedan aprobados los párrafos 24 a 26.*

## Párrafo 27

86. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que debe suprimirse la última parte de la última oración, que dice: «lo que eliminaría las reticencias de determinados Estados para adherirse a la Convención relativa a ese crimen».

*Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.*

## Párrafo 28

*Queda aprobado el párrafo 28.*

## Párrafo 29

87. En respuesta a una observación del Sr. THIAM (Relator Especial), el Sr. CALERO RODRIGUES propone que se suprima en la cuarta oración la palabra «ordinaria».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 29, en su forma enmendada.*

## Párrafo 30

*Queda aprobado el párrafo 30.*

## Párrafo 31

88. Tras un breve debate en el que participan el Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. PAWLAK y el Sr. TOMUSCHAT, el PRESIDENTE propone que el texto auténtico de la primera oración sea el del texto francés y que las demás versiones, especialmente la inglesa, se armonicen con ella.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 31.*

## Párrafos 32 a 34

*Quedan aprobados los párrafos 32 a 34.*

## Párrafo 35

*Queda aprobado el párrafo 35, sujeto a una corrección en el texto ruso.*

## Párrafo 36

89. El Sr. PAWLAK propone que en la primera oración se sustituyan las palabras «las Potencias vencidas» por «los países ocupados por las Potencias aliadas».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 36, en su forma enmendada.*

## Párrafo 37

*Queda aprobado el párrafo 37.*

## Párrafo 38

90. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que el texto del párrafo 38 se combine con el párrafo 39.

91. El Sr. TOMUSCHAT, apoyado por el Sr. CALERO RODRIGUES, dice que el párrafo 38 constituye la introducción de los párrafos 39 a 41 y debe mantenerse sin cambios.

*Queda aprobado el párrafo 38.*

Párrafos 39 y 40

*Quedan aprobados los párrafos 39 y 40.*

Párrafo 41

92. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que en la segunda oración hay que incluir, entre las palabras «consecuencia de» y «la expulsión», las palabras «otro crimen, a saber,».

*Queda aprobado el párrafo 41, en su forma enmendada.*

Párrafos 42 a 45

*Quedan aprobados los párrafos 42 a 45.*

Párrafo 46

93. El Sr. TOMUSCHAT propone que se suprima la cita de la Corte Suprema de la Zona Británica por ser redundante.

94. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que la cita se refiere a una importante doctrina jurisprudencial y no debe ser suprimida. De ser necesario, se puede incluir en una nota de pie de página.

95. El Sr. McCAFFREY conviene en lo dicho por el Sr. Tomuschat y señala además que el capítulo III del proyecto de informe contiene un importante número de pasajes reflejando las opiniones del Relator Especial, cosa por la que él mismo ha sido criticado en relación con el capítulo VII. El Sr. Díaz González ha señalado (2141.ª sesión) que esa costumbre crea confusión en la Sexta Comisión de la Asamblea General, pues los representantes se ven inducidos a comentar las opiniones del Relator Especial en vez de las de la Comisión. Ahora se siente inclinado a coincidir con ese punto de vista y preconiza que, a comienzos del próximo período de sesiones de la Comisión, la Secretaría, el Relator y los relatores especiales se reúnan para adoptar una estructura del informe que reserve el mismo trato a todos los temas incluidos en el programa.

96. El PRESIDENTE señala que el Relator ya ha hecho una propuesta similar, que sin duda será puesta en práctica.

97. El Sr. NJENGA dice que el párrafo 46 que se examina versa sobre la destrucción de bienes, que es un nuevo campo de estudio para la Comisión. La cita constituye una justificación de la postura de la Comisión y no debe suprimirse. De ser necesario, sin embargo, puede incluirse en una nota de pie de página.

98. El Sr. BARSEGOV dice que él también es partidario, en general, de reducir la longitud del informe, pero el párrafo 46 contiene elementos muy importantes. La destrucción de bienes es muchas veces el punto de partida de actos de genocidio, como bien sabe todo aquel que está familiarizado con la historia de tales actos.

99. El PRESIDENTE propone que se incluya la cita en el párrafo 46 en una nota de pie de página.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 46, en su forma enmendada.*

Párrafos 47 a 58

*Quedan aprobados los párrafos 47 a 58.*

*Se levanta la sesión a las 17 horas.*

## 2147.ª SESIÓN

*Viernes 21 de julio de 1989, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH*

*Miembros presentes:* Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (continuación)

**CAPÍTULO III.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad** (continuación) (A/CN.4/L.436 y Add.1 a 3)

**B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión)** (A/CN.4/L.436 y Add.1 a 3)

Párrafos 59 a 78 (A/CN.4/L.436/Add.2)

Epígrafe que precede al párrafo 59

1. El Sr. BARSEGOV propone que se incluyan en este epígrafe las palabras «para la humanidad», con lo que quedaría redactado como sigue: «Atentados contra bienes de interés vital para la humanidad, como el medio humano».

*Así queda acordado.*

2. El Sr. McCAFFREY propone que en el texto inglés se incluyan las palabras «and assets» después de «property».

*Así queda acordado.*

Párrafos 59 a 71

*Quedan aprobados los párrafos 59 a 71.*

Párrafo 72

3. El Sr. McCAFFREY propone que se modifique la segunda oración de la manera siguiente: «Por otra parte, era importante evitar los riesgos de politización excesiva del código en los tribunales nacionales».

4. El Sr. BARSEGOV propone que se diga: «los riesgos de politización excesiva en la aplicación del código por los tribunales nacionales».

*Queda aprobada la enmienda del Sr. McCaffrey, en la forma modificada por el Sr. Barsegov.*

*Queda aprobado el párrafo 72, en su forma enmendada.*



Párrafo 73

*Queda aprobado el párrafo 73.*

Párrafo 74

*Queda aprobado el párrafo 74, con algunos cambios de estilo.*

Párrafos 75 y 76

*Quedan aprobados los párrafos 75 y 76.*

Párrafo 77

5. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que habría que insertar aquí un subtítulo que sirviera de introducción de los párrafos 77 y 78, que no guardan relación con los párrafos precedentes.

6. El PRESIDENTE dice que la Secretaría se encargará de ello.

*Queda aprobado el párrafo 77, con algunos cambios de estilo en el texto ruso.*

Párrafo 78

*Queda aprobado el párrafo 78.*

Párrafos 79 y 80 (A/CN.4/L.436/Add.3)

7. El Sr. CALERO RODRIGUES, aunque no se opone a la inclusión de los párrafos 79 y 80 en el informe, duda que esté justificada, ya que el examen del artículo 16 en el Comité de Redacción no ha concluido todavía.

8. El Sr. McCAFFREY se adhiere a la observación del Sr. Calero Rodrigues.

9. El Sr. BARSEGOV cree, por el contrario, que es oportuno señalar a la atención de la Asamblea General las dificultades que plantea el artículo 16.

10. El Sr. SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ también estima útil informar a la Asamblea General de los problemas que plantea el proyecto de artículo 16; su opinión ayudará a la Comisión en la continuación de sus trabajos.

11. El Sr. ROUCOUNAS comparte la opinión del Sr. Calero Rodrigues. Por otra parte, aunque el artículo ha sido ciertamente examinado en el Comité de Redacción, éste no ha «llegado» a un texto, en contra de lo que se dice en el párrafo 80.

12. El Sr. McCAFFREY opina que si se mantiene el texto del artículo 16 en el informe de la Comisión se estaría invitando a la Asamblea General a que se pronuncie sobre ese texto, en circunstancias que sigue habiendo todavía una gran división de opiniones en la Comisión. Esto sería un lamentable error. Ese texto debe ser reexaminado en el próximo período de sesiones en sesión plenaria y no sólo en el Comité de Redacción.

13. El Sr. PAWLAK no ve ningún mal en someter a la Asamblea General, a título de información, un texto que además sólo se reproduce en nota de pie de página. Para atender las preocupaciones del Sr. McCaffrey, propone que se puntualice en el informe que la Comisión volverá a examinar ese texto en sesión plenaria en el próximo período de sesiones.

14. El PRESIDENTE propone, a modo de transacción, que se sustituyan en el párrafo 80 las palabras «El texto al que había llegado el Comité de Redacción después de varias sesiones de debate» por «El texto que había examinado el Comité de Redacción en varias sesiones».

15. El Sr. JACOVIDES se adhiere a las observaciones del Sr. Roucounas y del Sr. McCaffrey.

16. El Sr. BENNOUNA (Relator) estima que no procede informar a la Asamblea General de los trabajos del Comité de Redacción y que basta incluir el párrafo 79. Propone simplemente que se añada una nota de pie de página en la que se indique donde figura el texto del artículo 16.

17. El Sr. BEESLEY se adhiere a las observaciones del Sr. Roucounas, el Sr. McCaffrey y el Relator. Reproducir el texto del artículo 16 en el informe de la Comisión equivaldría a conferirle una autoridad de la que carece, dado que no ha sido examinado por la Comisión y que, además, ha sido rechazado categóricamente por uno de sus miembros. Ese texto, por así decirlo, no existe. Su mantenimiento en el informe constituiría un mal precedente.

18. El Sr. TOMUSCHAT sugiere que el texto inicialmente propuesto por el Relator Especial figure en una nota de pie de página al párrafo 79.

19. El Sr. YANKOV apoya esa propuesta.

20. El PRESIDENTE propone que el párrafo 79 se deje como está, agregando al final las palabras «pero que no había podido ponerse de acuerdo sobre un texto», y que se incluya una nota de pie de página en la que se reproduzca el texto del proyecto de artículo 16 inicialmente propuesto por el Relator Especial, con el siguiente encabezamiento: «El texto propuesto originalmente por el Relator Especial decía lo siguiente». En esa nota se indicará el acta de la sesión en la que el Presidente del Comité de Redacción ha informado a la Comisión de los trabajos del Comité sobre este artículo.

21. El Sr. RAZAFINDRALAMBO cree que, para una mayor precisión, convendría agregar al final del párrafo 79 original las palabras: «derivada de un tratado y concerniente al desarme, la limitación de armamentos o la prohibición de armamentos».

22. El Sr. OGISO apoya la propuesta del Presidente.

23. El Sr. REUTER apoya también la propuesta del Presidente y añade que es normal que se señale a la atención de la Asamblea General un aspecto tan delicado, sobre el que ésta podría dar algunas orientaciones; ello, por lo demás, es conforme a los usos de la Comisión.

24. El Sr. BEESLEY formula reservas con respecto a la reproducción del texto del proyecto de artículo 16 en el informe de la Comisión, pero no se opone a ella.

25. El Sr. CALERO RODRIGUES opina que habría que precisar en el informe que el Comité de Redacción no ha tenido tiempo de examinar el proyecto de artículo 16. Reitera sus dudas acerca de la oportunidad de incluir los párrafos 79 y 80 en el informe de la Comisión a la Asamblea General, bien a título de información o bien para que se hagan observaciones.

26. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ comparte la opinión del Sr. Calero Rodrigues y cree también que no procede que la Comisión mantenga a la Asamblea General al corriente de los trabajos del Comité de Redacción.

27. El Sr. EIRIKSSON se adhiere a las observaciones del Sr. Calero Rodrigues y el Sr. Díaz González.

28. El Sr. THIAM (Relator Especial) hace suya la propuesta del Presidente, aunque sugiere que se añada el

adverbio «todavía» después de «ponerse de acuerdo» en la adición propuesta al párrafo 79.

29. El Sr. BEESLEY apoya la propuesta del Presidente, tal como ha sido modificada por el Relator Especial.

30. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 79, tal como lo ha modificado (párr. 20 *supra*) y ha sido nuevamente enmendado por el Relator Especial, y suprimir el párrafo 80.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 79, en su forma enmendada.*

*Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.*

**C.—Proyectos de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (A/CN.4/L.436/Add.3)**

SUBSECCIÓN 1 (Texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión hasta la fecha)

*Queda aprobada la sección C. 1.*

SUBSECCIÓN 2 (Texto de los proyectos de artículos 13, 14 y 15, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 41.º período de sesiones)

31. El Sr. McCAFFREY dice que, en general, los comentarios a los artículos 13, 14 y 15 le inspiran serias reservas. Además de estar desequilibrados, no explican debidamente el contenido de los artículos, plantean cuestiones que la Comisión no ha examinado y se apoyan en fuentes a veces controvertidas y otras incluso dudosamente pertinentes. Deplora que los comentarios den la impresión de cierta falta de seriedad y teme que esto pueda inducir a la Asamblea General a no dar al tema toda la importancia que merece.

32. Además, como esos comentarios sólo se distribuyeron el día anterior, los miembros de la Comisión no han dispuesto del tiempo necesario para examinarlos como es debido habida cuenta de su importancia.

33. El Sr. BEESLEY, aunque sin querer criticar la labor del Relator Especial, estima necesario examinar párrafo por párrafo estos comentarios, como todos los demás comentarios de los artículos. Si la Comisión no lo hace, por falta de tiempo o por otras razones, se verá obligado a formular serias reservas con respecto a esos textos.

34. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que los comentarios recogen fielmente las opiniones expresadas en la Comisión y se declara dispuesto a contestar todas las críticas, a condición de que sean suficientemente precisas. Por lo que hace al retraso, él tampoco ha dispuesto de mucho tiempo para redactar estos comentarios tras la conclusión de los trabajos del Comité de Redacción. Además, ha transcurrido cierto tiempo —necesario para la traducción y la reproducción— entre el momento en que los ha entregado a la Secretaría y aquel en que han sido distribuidos a los miembros de la Comisión.

35. El Sr. BARSEGOV, apoyado por el Sr. TOMUSCHAT, dice que los comentarios a los artículos son, por regla general, muy importantes y que es deseable que los miembros de la Comisión dispongan del tiempo necesario para estudiarlos. Esto se aplica, por otra parte, a todos los temas que examina la Comisión.

36. El Sr. McCAFFREY dice que su intención no era en modo alguno culpar al Relator Especial del retraso en

la distribución de los comentarios; lo único que desea es que la Comisión organice sus trabajos de tal manera que el texto de los comentarios se distribuya con tiempo suficiente para que puedan ser examinados.

*Comentario al artículo 13 (Amenaza de agresión)*

*Párrafo 1*

37. El Sr. TOMUSCHAT estima que no es posible en derecho penal formular, como se dice en la primera oración del comentario, «una definición de carácter general que dejara al juez la responsabilidad de determinar...», lo que equivaldría a abandonarse totalmente al arbitrio del juez. Así pues, propone que esa parte de la oración se modifique así: «formular una definición de carácter general que dejara al juez cierta potestad discrecional».

38. El Sr. ARANGIO-RUIZ desaprueba la expresión «potestad discrecional», que conduce al resultado opuesto al que pretende alcanzar el Sr. Tomuschat, a saber, la limitación del arbitrio del juez. En cambio, hay que suprimir en los textos francés e inglés las palabras «tout à fait» y «entirely», respectivamente.

39. Tras un cambio de impresiones, el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda suprimir en los textos francés e inglés las palabras «tout à fait» y «entirely», respectivamente, y de conformidad con la propuesta del Sr. Tomuschat, las palabras «que dejara al juez la responsabilidad de determinar en cada caso concreto si los hechos en cuestión constituían o no una amenaza» en la primera oración del párrafo 1.

*Así queda acordado.*

40. El Sr. BARBOZA considera impropia la expresión «orientaciones muy precisas» y propone que se sustituya por «ejemplos» también en la primera oración. Propone, además, que se supriman las palabras «previamente» y «propio».

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ está de acuerdo en que se supriman las palabras «previamente» y «propio», pero no cree que el término «ejemplos» sea preferible a «orientaciones». Por su parte, propone que se diga «criterios más precisos».

42. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide suprimir la palabra «previamente» en la primera oración del párrafo 1 y sustituir las palabras «orientaciones muy precisas» por «criterios más precisos».

*Así queda acordado.*

43. El Sr. McCAFFREY dice que habría que explicar también en el párrafo 1 del comentario, o incluso al final del párrafo 79 en la sección B, las razones por las que la Comisión ha decidido apartarse en relación con el artículo 13 del método seguido en el artículo 12 (Agresión), cuyo párrafo 1 enuncia una disposición preliminar relativa a la aplicación de la infracción a un individuo.

44. El PRESIDENTE dice que la Comisión podrá dar explicaciones sobre este punto en su próximo informe.

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

*Párrafo 2*

*Queda aprobado el párrafo 2.*

## Párrafo 3

45. El Sr. McCAFFREY dice que en la primera oración del texto inglés debería figurar el término «disputes» en vez de «differences».

46. El Sr. CALERO RODRIGUES opina que la palabra «differences» debería suprimirse y conservar solamente las palabras «situations» y «isolated acts».

*Queda aprobada la enmienda del Sr. McCaffrey.*

47. El Sr. TOMUSCHAT opina que las palabras «indica una intención, que a veces puede representar incluso un chantaje», al comienzo de la quinta oración del párrafo, no son adecuadas, y propone que se sustituyan por «indica acciones emprendidas con la intención de hacer creer...».

*Así queda acordado.*

48. Propone además que se sustituyan en la última oración las palabras «podrían consistir en» por «podrían ser» y que se suprima la palabra «en» antes de «de una combinación», al final de la oración.

49. El Sr. McCAFFREY no recuerda que la Comisión haya decidido que las medidas de carácter político, administrativo o económico puedan constituir una amenaza de agresión. Propone, pues, que se suprima esa última oración.

50. El Sr. THIAM (Relator Especial), aunque no se opone a la supresión de la última oración, dice que tales medidas tienen necesariamente carácter político, administrativo o económico.

51. El Sr. EIRIKSSON también es partidario de la supresión de la última oración, aunque sólo sea porque la penúltima basta para aclarar el carácter indicativo de la enumeración.

52. El Sr. NJENGA, si bien comparte la opinión del Relator Especial, estima que no es indispensable expresarla en el comentario y que la supresión de la última oración del párrafo 3 permitiría resolver el problema.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

## Párrafo 4

53. El Sr. YANKOV, apoyado por el Sr. ARANGIO-RUIZ, dice que la expresión «un órgano que constituya un tercero imparcial», en la primera oración, no es adecuada, dado que podría tratarse también, por ejemplo, de un mediador. Así pues, propone que el final de esta oración se modifique así: «... elementos objetivos que se puedan comprobar después de una verificación imparcial».

54. El Sr. McCAFFREY propone que en la cuarta oración del texto inglés se sustituyan las palabras «to believe in the imminence of the aggression» por «to believe that aggression was imminent» y que en la quinta oración se supriman las palabras «fugitive or».

*Así queda acordado.*

55. En la última oración, las palabras «serious guarantees» deberían sustituirse por «reliable guarantees».

56. El Sr. THIAM (Relator Especial) desea conservar en el texto francés la fórmula «les garanties les plus sérieuses».

57. Tras un breve debate en el que intervienen el Sr. BEESLEY, el Sr. ARANGIO-RUIZ, el Sr. BARBOZA y el Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, se propone que en la última

oración del párrafo 4 se sustituyan las palabras «las garantías más serias» por «garantías adecuadas».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.*

## Párrafo 5

58. El Sr. ROUCOUNAS propone que se modifique la primera oración de la manera siguiente: «... la amenaza de agresión no justificaba el recurso a la fuerza por el Estado amenazado en ejercicio del derecho de legítima defensa...».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.*

## Párrafo 6

59. El Sr. TOMUSCHAT propone que se sustituyan en la primera oración las palabras «las competencias del órgano judicial» por «las competencias del tribunal que tuviera atribuido el conocimiento y fallo del asunto».

*Así queda acordado.*

60. El Sr. McCAFFREY estima que el párrafo 6 no refleja debidamente las opiniones manifestadas durante la sesión, entre otros miembros por él mismo, sino que se limita a remitir al comentario al artículo 12 presentado en el informe anterior de la Comisión.

61. El Sr. BEESLEY también considera insuficiente el párrafo 6, en la medida en que postula la semejanza entre los problemas planteados por la amenaza de agresión y los que suscita el crimen de agresión, cuando en realidad la Comisión ha analizado las diferencias entre esos dos tipos de supuestos.

62. El Sr. BARSEGOV desea asimismo que el párrafo 6 ponga de relieve la función que debe desempeñar el Consejo de Seguridad, aclarando incluso que los tribunales deberán tener en cuenta sus eventuales conclusiones.

63. El Sr. McCAFFREY propone que se añada al final del párrafo 6 una oración como la que figura en el párrafo 3 del comentario al artículo 12<sup>1</sup>. Diría así: «Esos miembros dudaban que el juez fuera libre de investigar las denuncias de un crimen de agresión o de una amenaza de agresión aunque el Consejo de Seguridad no hubiera examinado la cuestión o no hubiera llegado a ninguna conclusión al respecto».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

## Párrafo 7

64. El Sr. YANKOV propone que se armonice la última oración del párrafo con el de la Carta de las Naciones Unidas, sustituyendo la palabra «calificación» por «determinación».

65. El Sr. McCAFFREY propone que se sustituyan al comienzo del párrafo las palabras «Algunos miembros» por «Ciertos miembros». Propone asimismo modificar el final de la última oración de modo que diga: «... y determinar si los hechos denunciados constituían una amenaza de agresión».

*Así queda acordado.*

66. El Sr. OGISO propone que se incluya en el párrafo una nueva oración antes de la última, redactada como

<sup>1</sup> Anuario... 1988, vol. II (segunda parte), pág. 78.

sigue: «Otros dudaban que fuera posible adoptar decisiones objetivas sobre la realidad de la amenaza cuando se hubiera producido la presunta amenaza pero no hubiera habido acto de agresión».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.*

Párrafo 8

67. El Sr. McCAFFREY, el Sr. BARSEGOV y el Sr. YANKOV consideran superfluo el párrafo 8 y sugieren suprimirlo.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 13, en su forma enmendada.*

Comentario al artículo 14 (Intervención)

Párrafo 1

68. El Sr. CALERO RODRIGUES, teniendo en cuenta que el párrafo 1 versa sobre importantes cuestiones de fondo, expresa el deseo de que se ponga el máximo cuidado en su redacción. Propone que se modifique la última oración a fin de no dar a entender que la enumeración que constituye su parte esencial representa una lista exhaustiva.

69. El Sr. THIAM (Relator Especial) y el Sr. BENNOUNA (Relator) aprueban esas observaciones.

70. Tras un cambio de impresiones en el que intervienen también el Sr. RAZAFINDRALAMBO y el Sr. CALERO RODRIGUES, se propone que la última oración del párrafo 1 se enmiende así: «El segundo elemento de la definición es una enumeración de actividades que constituyen una intervención: el fomento de actividades [armadas] subversivas o terroristas, o la organización, ayuda y financiación de tales actividades o el suministro de armas para tales actividades».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

Párrafo 2

71. El Sr. EIRIKSSON propone que se supriman las oraciones tercera a sexta, es decir, desde las palabras «En efecto, la vida internacional...» hasta las palabras «el deterioro de una situación en la que éste se encuentre».

72. El Sr. McCAFFREY apoya esta propuesta. Por lo que respecta a la primera oración, en la que se hace referencia al fallo dictado por la CIJ en el asunto de *Nicaragua*, señala que la Comisión se ha inspirado sobre todo a este respecto 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<sup>2</sup>, de 1970. Por lo tanto, propone que se modifique esa oración de la manera siguiente: «En la formulación de esa definición, la Comisión se inspiró 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, de 1970, y en lo que concierne al primer elemento de esa definición tuvo en cuenta la reciente jurisprudencia de la CIJ». Seguidamente se incluiría

una llamada y la referencia completa del asunto de que se trata figuraría en una nota de pie de página.

73. Por último, opina que el actual párrafo 2 del comentario debería ir precedido del párrafo 5.

74. El Sr. THIAM (Relator Especial) insiste en que se mencione el asunto de *Nicaragua*, al que había dedicado varias páginas en su sexto informe (A/CN.4/411).

75. El Sr. CALERO RODRIGUES advierte que, si se suprime el pasaje central del párrafo 2, será preciso modificar el que le sigue inmediatamente y, en particular, la expresión «En cambio» con que empieza actualmente la séptima oración. Está de acuerdo con el Sr. McCaffrey acerca de la necesidad de incluir una referencia a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de 1970.

76. El Sr. TOMUSCHAT está de acuerdo en que se suprima el pasaje mencionado por el Sr. Eiriksson. También está de acuerdo en que se incluya el párrafo 5 antes del párrafo 2. Por fin, desea asimismo que se mencione la Declaración de 1970.

77. El Sr. NJENGA aprueba asimismo esas tres propuestas.

78. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide suprimir las oraciones tercera a sexta del párrafo 2, referirse en la primera oración a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de 1970, así como al asunto de *Nicaragua*, y colocar el párrafo 5 del comentario antes del párrafo 2.

*Así queda acordado.*

79. El Sr. McCAFFREY propone que las oraciones octava y novena del párrafo 2 original se combinen y enmienden así: «Por ejemplo, en el asunto antes mencionado, la CIJ indicó que la "intervención" prohibida debía afectar a cuestiones...».

*Así queda acordado.*

80. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que se supriman en los textos francés e inglés, respectivamente, las palabras «A ce sujet» y «Here» que figuran al comienzo de la segunda oración.

*Así queda acordado.*

81. El Sr. TOMUSCHAT propone que se modifique el final de la última oración de la manera siguiente: «... el criterio decisivo del carácter de la intervención ilícita en el sentido de este artículo».

*Queda aprobado el párrafo 2 (nuevo párrafo 3), en su forma enmendada.*

Párrafo 3 (nuevo párrafo 4)

82. El Sr. McCAFFREY duda en aprobar este párrafo, ya que los ejemplos de intervención que en él se mencionan no han sido debatidos en sesión.

83. El Sr. CALERO RODRIGUES estima que el párrafo 3 recoge el debate y que está justificado explicar los términos empleados en el artículo 14.

84. El Sr. THIAM (Relator Especial), apoyado por el Sr. PAWLAK, dice que la cuestión fue largamente deba-

<sup>2</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

tida en el Comité de Redacción y se declara partidario del mantenimiento del párrafo 3.

*Queda aprobado el párrafo 3 (nuevo párrafo 4).*

Párrafo 4 (nuevo párrafo 5)

*Queda aprobado el párrafo 4 (nuevo párrafo 5).*

Párrafo 5 (nuevo párrafo 2)

85. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que en la segunda oración se sustituyan las palabras «que pueden constituir una intervención» por «que constituyen intervención» y que se supriman en la última oración las palabras «una forma particularmente odiosa, grave y dañina de asistencia».

*Así queda acordado.*

86. El Sr. TOMUSCHAT opina que en la última oración habría que sustituir las palabras «en el artículo se consideró necesario mencionar» por «se ha considerado necesario que el artículo gire en torno al».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 5 (nuevo párrafo 2), en su forma enmendada.*

Párrafo 6

87. El Sr. TOMUSCHAT señala la conveniencia de revisar los tiempos de los verbos en la tercera oración del texto inglés. Propone además que se suprima el final de la última oración, desde las palabras «a pesar de que esa palabra se empleaba ya...».

*Así queda acordado.*

88. El Sr. McCAFFREY dice que, teniendo en cuenta el principio de la igualdad soberana de los Estados, la expresión «Estados desiguales», que figura al final de la penúltima oración, parece fuera de lugar.

89. El Sr. NJENGA propone que se sustituya esa expresión por «Estados de desigual potencia».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.*

Párrafo 7

90. El Sr. McCAFFREY deplora que el párrafo 7 no explique la razón de ser de la cláusula de salvaguardia enunciada en el párrafo 2 del artículo 14.

91. El Sr. BARSEGOV estima, por el contrario, que las explicaciones que se dan en el párrafo 7 son suficientes.

92. El Sr. EIRIKSSON opina que habría que incluir al final del párrafo 7 una referencia al párrafo 4 del comentario al artículo 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera) concerniente a la expresión «tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas», que figura también en el artículo 14.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 14, en su forma enmendada.*

*Comentario al artículo 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera)*

Párrafo 1

93. El Sr. McCAFFREY recuerda que en la 2145.ª sesión (párr. 55) se sugirió emplear la fórmula «Para la redacción de este artículo la Comisión se inspiró en...», u otras similares, en vez de fórmulas como la utilizada al comienzo del párrafo 1, es decir, «Dos textos internacionales constituyeron la fuente...».

94. El Sr. TOMUSCHAT opina que habría que incluir una referencia a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, que la Asamblea General aprobó por consenso.

95. El Sr. BENNOUNA (Relator) conviene con el Sr. McCaffrey en que no se pueden colocar sobre un pie de igualdad un artículo aprobado en primera lectura —en este caso el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados— y la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales<sup>3</sup>. El artículo 19 no puede constituir la «fuente» del artículo 15. Por otra parte, habría que referirse a la resolución 1541 (XV) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1960, relativa a los principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el apartado e del Artículo 73 de la Carta, así como a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados. Así pues, propone el siguiente texto enmendado para el párrafo 1:

«Para la redacción del artículo 15, la Comisión se inspiró en las siguientes resoluciones de la Asamblea General: 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, que contiene la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, en particular su párrafo 1; 1541 (XV), de 15 de diciembre de 1960, sobre los principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el apartado e del Artículo 73 de la Carta, y 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión también tuvo en cuenta sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados y en particular el apartado b del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre esa materia.»

96. El Sr. THIAM (Relator Especial) aprueba la enmienda del Relator y propone incluso que se suprima la referencia al artículo 19.

97. El Sr. YANKOV aprueba el texto propuesto por el Relator, pero cree que la referencia al artículo 19 es útil, ya que sirve para explicar el sentido de ciertas expresiones empleadas en el artículo 15.

*Queda aprobada la enmienda del Relator.*

*Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.*

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

<sup>3</sup> Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

## 2148.ª SESIÓN

*Viernes 21 de julio de 1989, a las 15.05 horas*

*Presidente:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones (conclusión)

**CAPÍTULO III.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad** (conclusión) (A/CN.4/L.436 y Add.1 a 3)

**C.—Proyectos de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad** (conclusión) (A/CN.4/L.436/Add.3)

SUBSECCIÓN 2 (Texto de los proyectos de artículos 13, 14 y 15, con los comentarios correspondientes, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 41.º período de sesiones) (conclusión)

*Comentario al artículo 15* (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera) (conclusión)

Párrafo 2

1. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone, en respuesta a una observación formulada por el Sr. BARBOZA, que se incluya en el párrafo 2 una oración que diga: «Se entiende por “por la fuerza” el uso de la coacción militar o la amenaza de tal coacción».

*Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.*

Párrafo 3

2. El Sr. BARSEGOV dice que la interpretación que se da a las palabras «cualquier otra forma de dominación extranjera», tal como se utilizan en el artículo 15, es demasiado restringida. Dichas palabras se refieren a mucho más que las meras «nuevas formas de colonialismo». Propone, pues, que se incluyan en la primera oración del párrafo 3, después de la palabra «neocolonialismo», las palabras «o cualquier otra forma de explotación colonial».

3. El Sr. THIAM (Relator Especial) apoya la propuesta del Sr. Barsegov.

4. El Sr. MCCAFFREY cree recordar que el Comité de Redacción había rechazado la idea de la inclusión de una referencia a las nuevas formas de colonialismo o neocolonialismo, a causa del carácter indeterminado de esos conceptos. La última oración del párrafo deja totalmente expedito el camino para tipificar casi todo como dominación extranjera; la interrupción de la ayuda económica, por ejemplo. También tenía entendido que se había acordado aplicar el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* y que el código sólo versaría sobre los crímenes más graves. Es partidario de que se suprima el párrafo 3 en su totalidad.

5. El Sr. TOMUSCHAT conviene en que habría que suprimir el párrafo 3. También él recuerda que el Comité de Redacción rechazó una interpretación amplia del artículo 15 y resolvió que el neocolonialismo no era un término técnico y que el artículo debía girar en torno a la ocupación extranjera.

6. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ no puede aceptar que se suprima el párrafo 3. Es indudable que el colonialismo y el neocolonialismo existen todavía y que esos fenómenos constituyen crímenes graves.

7. El Sr. EIRIKSSON podría aceptar la supresión de parte de los elementos que contiene el párrafo 3, pero no de todos. La explicación de que las palabras «dominación extranjera» son una manera más breve de referirse a «la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras», fórmula empleada en el párrafo 1 de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, y que abarcan el fenómeno de la ocupación extranjera, es útil y debería mantenerse.

8. El Sr. BENNOUNA (Relator) dice que, aunque el neocolonialismo sigue existiendo, no es un término técnico-jurídico y, por consiguiente, no debe ser empleado en el comentario al artículo 15. También tiene la impresión de que en el párrafo 3 se mezclan dos cuestiones totalmente diferentes: las formas de dominación colonial y la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Propone que se sustituya en la primera oración la parte que viene a continuación de «cualquier otra forma de dominación extranjera» por las palabras «se refiere a la ocupación extranjera del territorio de un Estado y a cualquier otra infracción del derecho de todo Estado a elegir libremente su sistema político, económico y social».

9. El Sr. THIAM (Relator Especial) no puede apoyar la propuesta del Relator. El Comité de Redacción, aunque decidió no emplear el término «neocolonialismo» en el texto del artículo 15, no excluyó necesariamente su uso en el comentario. El artículo 15 se refiere con toda propiedad no sólo a la dominación extranjera, sino también a la explotación de los recursos naturales en contra de la voluntad soberana de un pueblo. La dominación económica es una de las nuevas formas de colonialismo y eso es exactamente a lo que se refiere el artículo.

10. El Sr. CALERO RODRIGUES no está de acuerdo con el Relator Especial. El artículo 15 versa sobre toda dominación extranjera que sea contraria al derecho de los pueblos a la libre determinación. El comentario no aclara este punto, sin embargo, y no está convencido de que la referencia en el párrafo 3 a la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, sea pertinente. Ciertamente, la dominación económica es algo deplorable, pero a menos que se lleve a cabo de un modo contrario al derecho de los pueblos a la libre determinación, no debe ser tipificada como crimen a tenor del código.

11. El Sr. BARBOZA apoya las intervenciones del Relator y el Sr. Calero Rodríguez. Sólo deben tipificarse como crímenes en el artículo 15 los actos que entrañen la violación del derecho a la libre determinación. Un concepto clave en relación con el artículo 15, a saber, el concepto de mantenimiento de la dominación por la fuerza, no ha sido definido en el comentario y conviene rectificar esa omisión.

12. El Sr. ARANGIO-RUIZ conviene en que el neocolonialismo existe, pero este término no es un término técnico perteneciente al vocabulario jurídico. En la redacción del artículo 15 y el comentario, la Comisión tiene que mantener un difícil equilibrio entre la necesidad de proteger los intereses de los países en desarrollo y el riesgo de levantar obstáculos a una cooperación internacional que tanta falta hace.

13. El Sr. McCAFFREY interpreta el artículo 15 exactamente de la misma manera que el Sr. Calero Rodrigues. Propone que se suprima la segunda parte de la primera oración del párrafo 3 y que se refundan las oraciones primera y tercera. Después vendría la segunda oración y se suprimiría la cuarta. El nuevo párrafo 3 diría lo siguiente:

«La segunda parte del artículo, es decir, la que habla de “cualquier otra forma de dominación extranjera”, se basa en el enunciado del párrafo 1 de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, antes mencionado, que se refiere a “la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras”; el artículo 15 emplea una fórmula más breve que no reduce su alcance. La Comisión entendió también que las palabras “dominación extranjera” abarcaban el fenómeno de la ocupación extranjera.»

14. El Sr. BARSEGOV dice que el párrafo 2 del comentario versa sobre la cuestión del colonialismo, y que si hay que incluir en alguna parte una referencia al neocolonialismo es en ese párrafo donde hay que hacerlo. El párrafo 3, en cambio, se refiere a algo totalmente diferente: «cualquier otra forma de dominación extranjera», es decir, fenómenos que no constituyen de por sí colonialismo, sino violaciones del derecho a la libre determinación. Propone, por lo tanto, que se enmiende el párrafo 3 de la manera siguiente: «La segunda parte del artículo, es decir, la que habla de “cualquier otra forma de dominación extranjera”, se refiere a todas las formas conocidas de dominación extranjera que violan el derecho de los pueblos a la libre determinación». A continuación podrían incorporarse las palabras mencionadas por el Sr. Eiriksson, es decir, la referencia a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, etc. La última oración del párrafo, basada en el texto actual de la última oración, diría: «Además, esta fórmula tiene la ventaja de tener en cuenta todas las formas de dominación y excluye cualquier interpretación restrictiva».

15. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que la dominación económica es una realidad del mundo moderno y debe mencionarse en el comentario.

16. El Sr. BEESLEY dice que el problema que plantea la dominación económica es semejante al de la definición de la agresión: está muy claro de lo que se trata en la práctica, pero es difícil de definir en el plano abstracto por ser un concepto movedizo.

17. El Sr. CALERO RODRIGUES sugiere que el Relator redacte un nuevo texto para el párrafo 3 que incluya las observaciones formuladas durante el debate.

*Así queda acordado.*

18. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se modifique el párrafo 3 de la manera siguiente:

«La segunda parte del artículo, es decir, la que habla de “cualquier otra forma de dominación extranjera”, se inspira directamente en el párrafo 1 de la resolución

1514 (XV) de la Asamblea General. Se refiere a toda ocupación extranjera y a cualquier privación del derecho de los pueblos a elegir libremente su sistema político, económico y social, en violación del derecho de los pueblos a la libre determinación tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. Algunos miembros estimaban que incluía la explotación de los recursos naturales y la riqueza de los pueblos en violación de la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales.»

19. El Sr. EIRIKSSON dice que la referencia original a la dominación extranjera es importante y puede incluirse sin dificultades en el texto propuesto por el Relator. Por otra parte, las palabras «cualquier privación del derecho de los pueblos a elegir libremente su sistema político, económico y social» son superfluas y harían excesivamente premioso el texto del párrafo. Basta referirse al derecho de los pueblos a la libre determinación.

20. El Sr. BARSEGOV propone que en la segunda oración del texto propuesto por el Relator se incluyan, después de las palabras «ocupación extranjera», las palabras «anexión, sojuzgamiento y todas las demás formas de dominación conocidas del derecho internacional».

21. El Sr. YANKOV se declara de acuerdo con el Sr. Eiriksson y el Sr. Barsegov y propone que después de la palabra «ocupación» se incluyan las palabras «dominación extranjera».

22. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que no tiene nada que objetar a la propuesta del Sr. Barsegov, pero que no cree que introduzca ningún elemento nuevo, puesto que la anexión está comprendida en «cualquier privación del derecho de los pueblos a elegir libremente su sistema político, económico y social», así como en otros crímenes, en particular la agresión.

23. El Sr. McCAFFREY dice que tampoco tiene nada que objetar a la inclusión del término «anexión», pero señala que ese concepto ya está incluido en el apartado a del párrafo 4 del artículo 12 (Agresión), aprobado provisionalmente por la Comisión en su período de sesiones anterior<sup>1</sup>, que se refiere a la ocupación militar y la anexión.

24. El Sr. BARSEGOV sigue creyendo que es importante referirse a la anexión en el comentario al artículo 15.

25. El Sr. PAWLAK propone que la segunda oración del texto propuesto por el Relator incluya una referencia a las nuevas formas de colonialismo.

26. El Sr. THIAM (Relator Especial) no alcanza a ver ningún motivo para oponerse a la inclusión en el comentario, a diferencia del texto mismo del artículo, de una referencia a las nuevas formas de colonialismo.

27. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que quizá sea útil explicar por qué se ha empleado una forma abreviada de la fórmula «la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras», en especial habida cuenta de que el texto enmendado propuesto para el párrafo 3 señala al principio que la segunda parte del artículo 15 se basa principalmente en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General.

<sup>1</sup> Anuario... 1988, vol. II (segunda parte), pág. 71.



28. El Sr. McCaffrey reitera las más firmes objeciones al mantenimiento de la última oración del párrafo 3 original y, en especial, a las palabras «cualquiera que sea la forma que adopte, y excluye posibles interpretaciones restrictivas».

29. El PRESIDENTE sugiere que la Comisión apruebe el párrafo 3 en la forma enmendada por el Relator (párr. 18 *supra*), y nuevamente enmendado para tener en cuenta las opiniones expresadas por el Sr. Barsegov, el Sr. Calero Rodríguez, el Sr. Eiriksson, el Sr. McCaffrey y el Sr. Pawlak.

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.*

#### Párrafo 4

30. El Sr. EIRIKSSON propone que al comienzo de la última oración se sustituyan las palabras «Se señaló asimismo que» por «Se formuló la opinión de que».

*Así queda acordado.*

31. El Sr. TOMUSCHAT dice que está en desacuerdo con todo el párrafo, que da a entender que el derecho a la libre determinación es un principio jurídico aun antes de que la Carta de las Naciones Unidas entrara en vigor: lo que simplemente no es verdad, aunque está dispuesto a convenir en que ha sido un principio político desde la Revolución francesa.

32. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ considera incontestable, por su parte, que el derecho a la libre determinación es un derecho inalienable de los pueblos.

33. El Sr. BEESLEY propone que se sustituyan en la primera oración las palabras «había nacido con» por «no hubiera existido antes de».

*Así queda acordado.*

34. El Sr. EIRIKSSON, apoyado por el Sr. McCaffrey, dice que la segunda oración es redundante y debe suprimirse.

35. El Sr. PAWLAK se opone a esta propuesta; aunque la segunda oración reitera lo que se dice en la primera, es decir, que el derecho a la libre determinación existía antes de la aprobación de la Carta, no hay ningún mal en reiterar un hecho histórico tan importante.

36. El Sr. YANKOV dice que parece haber cierto grado de confusión entre el principio jurídico o dogma del derecho de los pueblos a la libre determinación, reconocido desde hace mucho tiempo, y el derecho objetivo de los pueblos a la libre determinación, que sólo fue reconocido como norma jurídica en determinado momento del desarrollo político y social. Quienes participaron en la labor de elaboración 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<sup>2</sup> saben que algunos países occidentales, especialmente los miembros de la OTAN, adoptaron el punto de vista de que la libre determinación no era un principio jurídico. Del mismo modo, esos países consideraban que la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, que contiene la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, no

estaba en conformidad con el derecho internacional, porque hubiera puesto de manifiesto que las Potencias coloniales habían violado el ordenamiento jurídico. Nadie puede poner en duda el derecho inherente de los pueblos a la libre determinación; el problema estriba en que ese derecho no estaba reconocido universalmente como norma jurídica en el momento de la aprobación de la Carta y sigue sin ser reconocido como tal en todo el mundo.

37. El Sr. BEESLEY, aunque no disiente del Sr. Yankov en cuanto a los principios expuestos, ciertamente disiente con respecto a los ejemplos que ha mencionado en apoyo de esos principios.

38. El Sr. FRANCIS dice que el derecho a la libre determinación es indiscutiblemente un derecho jurídicamente reconocido.

39. El Sr. ARANGIO-RUIZ se adhiere a las observaciones del Sr. Yankov y dice que es indudable que algunos países vacilaron acerca de la posición que debían adoptar durante las negociaciones sobre la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.

40. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que no se pide a la Comisión que niegue o afirme el derecho a la libre determinación, sino simplemente que explique lo que se entiende por las palabras «tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas» en el contexto del artículo 15.

41. El Sr. EIRIKSSON dice que la última parte de la segunda oración del párrafo 4, que pretende ser una interpretación jurídica de la Carta, es innecesaria.

42. El PRESIDENTE, teniendo en cuenta las observaciones formuladas, propone que se enmiende la primera oración del párrafo 4 para que diga: «Algunos miembros destacaron que ese derecho era anterior a la Carta, que sólo lo había reconocido y confirmado».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el comentario al artículo 15, en su forma enmendada.*

43. El Sr. THIAM (Relator Especial) propone que, para establecer un nexo entre el crimen cometido y el autor del crimen, se incluya una nota de pie de página relativa a los artículos 13, 14 y 15 con su correspondiente llamada al final del título de la subsección 2, que diga:

«A diferencia de lo que se ha hecho en el párrafo 1 del artículo 12 (Agresión), los artículos 13, 14 y 15 se limitan, por el momento, a la definición de los actos que constituyen los crímenes enunciados en dichos artículos. La cuestión de la atribución de esos crímenes a individuos se tratará ulteriormente en el marco de una disposición general.»

*Así queda acordado.*

*Queda aprobada la sección C. 2, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el capítulo III del proyecto de informe, en su forma enmendada.*

## CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (A/CN.4/L.437)

### A.—Introducción

#### Párrafos 1 a 7

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 7.*

<sup>2</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

*Queda aprobada la sección A.***B.—Examen del tema en el actual período de sesiones**

Párrafos 8 a 28

*Quedan aprobados los párrafos 8 a 28, con pequeños cambios de estilo.*

Párrafo 29

44. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la primera oración hay que insertar las palabras «tipificados como crímenes» entre «hechos internacionalmente ilícitos» y «se podían regular» y que, al final, hay que sustituir las palabras «estableciendo listas de los hechos ilícitos y fijando las correspondientes sanciones» por «enumerando los crímenes y atribuyéndoles las penas correspondientes». La segunda oración debe suprimirse en su integridad.

*Queda aprobado el párrafo 29, en su forma enmendada.*

Párrafo 30

*Queda aprobado el párrafo 30.*

Párrafo 31

45. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la primera oración hay que sustituir la conjunción «o», entre «acto ilícito» y «la cesación», por «como», y que en la segunda oración hay que incluir las palabras «las normas relativas a» antes de las palabras «las consecuencias procesales».

*Queda aprobado el párrafo 31, en su forma enmendada.*

Párrafo 32

46. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, en el texto inglés, hay que suprimir la palabra «only» entre «Part Three» y «to the rules» en la primera oración, así como las palabras «there were» y «which» en la cuarta oración.

*Queda aprobado el párrafo 32, con las modificaciones introducidas en el texto inglés.*

Párrafo 33

*Queda aprobado el párrafo 33.*

Párrafo 34

47. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la segunda oración debe suprimirse la palabra «acertadamente», y que al comienzo de la quinta oración deben sustituirse las palabras «Se había adoptado este criterio» por «Este miembro señaló que tal era el criterio adoptado».

*Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.*

Párrafo 35

48. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que las palabras «En efecto, el mero sentido común indicaba que», al comienzo de la segunda oración, deben sustituirse por «A su juicio, en efecto,».

*Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.*

Párrafos 36 a 40

*Quedan aprobados los párrafos 36 a 40.*

Párrafo 41

49. El Sr. BARBOZA propone que la parte del párrafo que sigue después de la segunda oración se sustituya por el texto siguiente:

«Si se consideraba la cesación como el cumplimiento de la obligación primaria se difuminaría la distinción, utilizada por vez primera por la Comisión en este tema, entre normas primarias y normas secundarias, y se basarían las consecuencias de la violación en dos fundamentos diferentes. También sería falso, porque la cesación, aunque tuviera por objeto restaurar la situación existente antes de la violación de la obligación, exigía del Estado autor un comportamiento diferente del que le imponía la obligación originaria. Ese comportamiento, aunque fuera el mismo, tendría un sentido totalmente diferente. La cesación era, pues, una consecuencia jurídica de la violación de la obligación primaria y, como tal, parecía ser uno de los componentes de la reparación.»

50. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) acepta la enmienda propuesta con algunas reservas.

*Queda aprobada la enmienda del Sr. Barboza.**Queda aprobado el párrafo 41, en su forma enmendada.*

Párrafos 42 a 48

*Quedan aprobados los párrafos 42 a 48.*

Párrafo 49

51. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que al comienzo de la última oración deben incluirse las palabras «Se señaló que».

*Queda aprobado el párrafo 49, en su forma enmendada.*

Párrafo 50

*Queda aprobado el párrafo 50.*

Párrafo 51

52. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la primera oración deben sustituirse las palabras «el restablecimiento de la situación que hubiera sido objeto de la infracción» por «la restauración de la obligación violada», y las palabras «la abrogación de los actos formales y jurídicos, tanto internacionales como nacionales,» por «la revocación de los actos ilegales, internacionales y nacionales,». También había que invertir la posición de las oraciones segunda y tercera.

*Queda aprobado el párrafo 51, en su forma enmendada.*

Párrafos 52 a 58

*Quedan aprobados los párrafos 52 a 58.*

Párrafo 59

53. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la penúltima oración deben suprimirse los dos pasajes entre paréntesis.

*Queda aprobado el párrafo 59, en su forma enmendada.*

Párrafos 60 y 61

*Quedan aprobados los párrafos 60 y 61, con pequeños cambios de estilo.*

Párrafo 62

54. El Sr. BARBOZA propone que se incluya después de la tercera oración el texto siguiente:

«Un miembro opinó que había que distinguir cuidadosamente la restitución en especie de la cesación. Había que rechazar expresamente la idea de que la cesación quedaba incluida en la restitución en especie o se combinaba con ella, aun en el caso extremo de que se produjeran al mismo tiempo. Así, un hecho podía cesar sin que hubiera restitución en especie, y en los casos en que se daba ésta, se podía y debía distinguir ambos conceptos.»

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 62, en su forma enmendada.*

Párrafos 63 a 71

*Quedan aprobados los párrafos 63 a 71, con pequeños cambios de estilo.*

Párrafo 72

55. El Sr. PAWLAK dice que en la tercera oración las palabras «el ambiente en que los extranjerios tenían que vivir» requieren alguna precisión.

56. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que se sustituyan las palabras «el ambiente» por «el medio social» y que, además, se incluyan al principio de la tercera oración las palabras «A juicio de ese miembro».

*Así queda acordado.*

*Queda aprobado el párrafo 72, en su forma enmendada.*

Párrafo 73

*Queda aprobado el párrafo 73, con pequeños cambios de estilo.*

Párrafo 74

57. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que se enmiende el final de la primera oración de modo que diga «... tomar en consideración el nivel de desarrollo económico del Estado infractor».

*Queda aprobado el párrafo 74, en su forma enmendada.*

Párrafos 75 a 81

*Quedan aprobados los párrafos 75 a 81.*

Párrafo 82

58. EL Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que hay que suprimir las palabras «con razón» al final de la primera oración.

*Queda aprobado el párrafo 82, en su forma enmendada.*

Párrafo 83

59. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que al final de la segunda oración se sustituyan las palabras «seguían planteándose las cuestiones tratadas en él» por «quedaban aún aquellas cuestiones a que se referían las disposiciones del» y que se suprima la sexta oración.

*Queda aprobado el párrafo 83, en su forma enmendada.*

Párrafos 84 a 86

*Quedan aprobados los párrafos 84 a 86.*

*Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.*

# C.—Texto de los proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

Párrafo 87

*Queda aprobado el párrafo 87.*

*Queda aprobada la sección C.*

60. El Sr. EIRIKSSON pregunta si el Relator Especial tiene alguna cuestión concreta que plantear a la Sexta Comisión de conformidad con el apartado c del párrafo 5 de la resolución 43/169 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988.

61. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice haber estudiado cuidadosamente el asunto y llegado a la conclusión de que sería más apropiado formular preguntas concretas al término del próximo período de sesiones de la Comisión, cuando se haya examinado su segundo informe sobre el tema (A/CN.4/425 y Add.1).

62. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que la Comisión ha atendido la petición de la Asamblea General en relación sólo con un tema, esto es, el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, y manifiesta no saber cómo la Asamblea General acogerá esa actitud.

63. El PRESIDENTE recuerda que se ha pedido a todos los relatores especiales que formulen preguntas específicas destinadas a la Sexta Comisión, aunque sin mucho éxito.

*Queda aprobado el capítulo IV del proyecto de informe, en su forma enmendada.*

## CAPÍTULO VIII.—Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) (A/CN.4/L.441)

64. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ (Relator Especial) señala algunas correcciones al texto francés de los párrafos 25, 26, 34 y 35.

### A.—Introducción

Párrafos 1 a 17

*Quedan aprobados los párrafos 1 a 17.*

*Queda aprobada la sección A.*

### B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 18 a 21

*Quedan aprobados los párrafos 18 a 21.*

Párrafo 22

65. El Sr. YANKOV propone que en la enumeración de problemas que figura en la última oración se incluya en el lugar apropiado el término «ecológico».

*Así queda acordado.*

66. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que la última oración del texto francés se armonice con el inglés.

*Queda aprobado el párrafo 22, en su forma enmendada.*

Párrafos 23 a 28

*Quedan aprobados los párrafos 23 a 28.*

Párrafo 29

67. El Sr. BENNOUNA (Relator) propone que se incluya una nota de pie de página en la que se den los detalles de la opinión consultiva de la CIJ de 11 de abril de 1949.

*Queda aprobado el párrafo 29, en su forma enmendada.*

Párrafos 30 a 40

*Quedan aprobados los párrafos 30 a 40.*

*Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.*

*Queda aprobado el capítulo VIII del proyecto de informe, en su forma enmendada.*

68. En respuesta a una observación del Sr. NJENGA, el PRESIDENTE dice que, al presentar el informe de la Comisión en la Sexta Comisión, insistirá en que el capítu-

lo VIII figure sólo a título de información, ya que la Comisión no ha podido examinar el tema en el 41.º período de sesiones por falta de tiempo.

*Queda aprobado en su totalidad el proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones, en su forma enmendada.*

#### **Clausura del período de sesiones**

69. Tras un intercambio de cumplidos, el PRESIDENTE declara clausurado el 41.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

*Se levanta la sesión a las 18.40 horas.*



---

### كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو 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.

---