

ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1986

Volumen II
Primera parte

Documentos
del trigésimo octavo período de sesiones

NACIONES UNIDAS



ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1986

Volumen II
Primera parte

Documentos del trigésimo octavo período de sesiones

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 1988



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.

*
* * *

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaría y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma.

A/CN.4/SER.A/1986/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
<i>Número de venta:</i> S.87.V.8 (Part I)
ISBN 92-1-333146-0 ISSN 0497-9885

01900P

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas	iv
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas	iv
Responsabilidad de los Estados (tema 2 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/397 y Add.1.</i> —Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial	1
Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (tema 3 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/396.</i> —Octavo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial.....	23
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/400.</i> —Séptimo informe sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, por el Sr. Alexander Yankov, Relator Especial	41
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (tema 5 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/398.</i> —Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial	55
Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 6 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2.</i> —Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, por el Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial	91
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (tema 7 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/402.</i> —Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial	153
Relaciones entre Estados y organizaciones internacionales (segunda parte del tema) (tema 8 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/401.</i> —Tercer informe sobre las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales (segunda parte del tema), por el Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial	171
Lista de documentos del 38.º período de sesiones	177

ABREVIATURAS

BIRF Banco Mundial	}	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CDI		Comisión de Derecho Internacional
CEPE		Comisión Económica para Europa
CICR		Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ		Corte Internacional de Justicia
CPJI		Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO		Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
ILA		Asociación de Derecho Internacional
OACI		Organización de Aviación Civil Internacional
OCDE		Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OCMI		Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (actualmente OMI)
OEA		Organización de los Estados Americanos
OIEA		Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT		Organización Internacional del Trabajo
OMI		Organización Marítima Internacional
OMS		Organización Mundial de la Salud
PNUD		Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
UNESCO		Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

*
* *

<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 avis consultatifs (N.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)</i>
<i>C.P.J.I. serie A/B</i>	<i>CPJI, Arrêts, ordonnances et avis consultatifs (N.ºs 40 a 80, a partir de 1931)</i>

*
* *

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.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/397 Y ADD.1*

Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial

[Original: inglés]
[4 de marzo y 23 de abril de 1986]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Nota</i>	2
<i>Sección</i>	
I. MODO DE «HACER EFECTIVA» LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS (TERCERA PARTE DEL PROYECTO DE ARTICULOS)	2
A. Texto de los artículos y del anexo de la tercera parte del proyecto	2
B. Comentarios a los artículos y al anexo de la tercera parte del proyecto	3
Comentario general	3
Artículo 1	
Comentario	4
Artículo 2	
Comentario	4
Artículo 3	
Comentario	5
Artículo 4	
Comentario	5
Artículo 5	
Comentario	5
Anexo	
Comentario	6
II. PREPARACION DE LA SEGUNDA LECTURA DE LA PRIMERA PARTE DEL PROYECTO DE ARTICULOS (ARTICULOS 1 A 35).....	7
	<i>Parrafos</i>
A. Introducción.....	1-6 7
B. Comentarios escritos de los gobiernos	8
Artículo 1.—Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos	8
Artículo 2.—Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito	8
Artículo 3.—Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado.....	8
Artículo 6.—No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado.....	9
Artículo 7.—Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público	9
Artículo 8.—Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado	11
Artículo 10.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad.....	12
Artículo 11.—Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado	13
Artículo 12.—Comportamiento de órganos de otro Estado y	
Artículo 13.—Comportamiento de órganos de una organización internacional	13
Artículo 14.—Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional y	
Artículo 15.—Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado.....	13

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/397/Corr.2 y A/CN.4/397/Add.1/Corr.1.

	<i>Página</i>
Artículo 17.—No pertinencia del origen de la obligación internacional violada	14
Artículo 18.—Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado.....	14
Artículo 20.—Violación de una obligación internacional que exige observar un comportamiento específicamente determinado,	
Artículo 21.—Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado,	
Artículo 23.—Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado,	
Artículo 24.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo,	
Artículo 25.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo y	
Artículo 26.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado.....	17
Artículo 22.—Agotamiento de los recursos internos.....	19

NOTA

Convenciones multilaterales mencionadas en el presente informe:

	<i>Fuente</i>
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) Denominada en adelante «Convención de Viena de 1969»	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, pág. 443.
Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	<i>Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar</i> , vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.

I.—Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias (tercera parte del proyecto de artículos)

A.—Texto de los artículos y del anexo de la tercera parte del proyecto

Artículo 1

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

Artículo 2

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

2. Si las obligaciones cuyo cumplimiento hubiere de suspenderse estuvieren estipuladas en un tratado multilateral, la notificación prescrita en el párrafo 1 será transmitida a todos los Estados que sean partes en el tratado.

3. El hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el artículo 1 no obstará para que efectúe la notificación prescrita en el presente artículo cuando otro Estado reclame el cumplimiento de las obligaciones a que se refiera esa notificación.

Artículo 3

1. Si el Estado que presuntamente hubiere cometido el hecho internacionalmente ilícito u otro Estado que adujere haber sido lesionado por la suspensión del cumplimiento de las obligaciones del caso formularen objeciones respecto de medidas adoptadas o que se tuviere la intención de adoptar con arreglo al artículo 8 o al artículo 9 de la segunda parte de los presentes artículos, los Estados de que se trate buscarán una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

2. Nada de lo dispuesto en el párrafo que antecede afectará a los derechos o a las obligaciones que incumban a los Estados en virtud de disposiciones en vigor entre ellos respecto del arreglo de controversias.

Artículo 4

Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de la objeción, no se hubiere llegado a una solución conforme al párrafo 1 del artículo 3, se aplicarán los procedimientos siguientes:

a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del apartado b del artículo 12 de la segunda parte de los presentes artículos podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia;

b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a los demás derechos y obligaciones a que se hace referencia en el artículo 14 de la segunda parte de los presentes artículos podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia;

c) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o interpretación de los artículos 9 a 13 de la segunda parte de los presentes artículos podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo

de la tercera parte presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.

Artículo 5

No se podrán formular reservas a lo dispuesto en la tercera parte de los presentes artículos con la excepción de aquellas por las cuales se excluya de la aplicación del apartado c del artículo 4 a las controversias relativas a medidas que hubiere adoptado o tuviere la intención de adoptar con arreglo al artículo 9 de la segunda parte un Estado presuntamente lesionado en los casos en que el derecho presuntamente infringido por esa medida dimanare exclusivamente de un tratado celebrado antes de la entrada en vigor de los presentes artículos. Esa reserva no afectará a los derechos y obligaciones que incumbieren a los Estados en virtud de esos tratados u otras disposiciones que no sean las de los presentes artículos, en vigor entre ellos respecto del arreglo de controversias.

ANEXO

1. El Secretario General de las Naciones Unidas establecerá y mantendrá una lista de amigables componedores integrada por calificados juristas. A tal efecto, se invitará a los Estados que sean Miembros de las Naciones Unidas o partes en los presentes artículos a que designen dos amigables componedores y la lista se compondrá de los nombres de las personas así designadas. El mandato de los amigables componedores, incluido el de los que hayan sido designados para cubrir vacantes imprevistas, tendrá cinco años de duración y será renovable. El amigable componedor cuyo mandato expire seguirá desempeñando las funciones que le hayan sido encomendadas con arreglo al párrafo siguiente.

2. El Secretario General, cuando reciba una solicitud con arreglo al apartado c del artículo 4 de la tercera parte de los presentes artículos, someterá la controversia a una comisión de conciliación compuesta de la manera siguiente:

El Estado o los Estados que constituyan una de las partes en la controversia nombrarán:

a) un amigable componedor de la nacionalidad de ese Estado o de uno de esos Estados, elegido o no de la lista mencionada en el párrafo 1; y

b) un amigable componedor que no tenga la nacionalidad de ese Estado o de ninguno de esos Estados, que será elegido de la lista.

El Estado o los Estados que constituyan la otra parte en la controversia nombrarán dos amigables componedores de la misma manera.

Los cuatro amigables componedores elegidos por las partes serán nombrados dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Secretario General haya recibido la solicitud.

Los cuatro amigables componedores, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se haya efectuado el último de sus nombramientos, nombrarán un quinto amigable componedor, elegido de la lista, que será presidente.

El nombramiento del presidente o de cualquiera de los demás amigables componedores, si no se hubiere realizado en el plazo fijado para ello, será efectuado por el Secretario General durante los sesenta días siguientes a la expiración de ese plazo. El Secretario General podrá nombrar presidente a una de las personas incluidas en la lista o a un miembro de la Comisión de Derecho Internacional. Cualquiera de los plazos en los cuales deban efectuarse los nombramientos podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes en la controversia.

Las vacantes deberán cubrirse en la forma prescrita para el nombramiento inicial.

3. El hecho de que una o varias partes no sometan la controversia a conciliación no será obstáculo para la sustanciación del procedimiento.

4. Todo desacuerdo en cuanto a la competencia de una comisión de conciliación establecida con arreglo al presente anexo será dirimido por esa comisión.

5. La comisión de conciliación fijará su propio procedimiento. La comisión, previo consentimiento de las partes en la controversia, podrá invitar a cualquier Estado a exponerle sus opiniones verbalmente o por escrito. La comisión adoptará sus decisiones y recomendaciones por mayoría de votos de sus cinco miembros.

6. La comisión podrá señalar a la atención de las partes en la controversia todas las medidas que puedan facilitar una solución amistosa.

7. La comisión oír a las partes, examinará sus pretensiones y objeciones y les hará propuestas con miras a que lleguen a una solución amistosa de la controversia.

8. La comisión presentará su informe dentro de los doce meses siguientes a la fecha de su constitución. El informe será depositado en poder del Secretario General y transmitido a las partes en la controversia. El informe de la comisión, incluidas las conclusiones que en él se indiquen en cuanto a los hechos y las cuestiones de derecho, no obligará a las partes ni tendrá otro carácter que el de enunciado de recomendaciones presentadas a las partes para su consideración a fin de facilitar una solución amistosa de la controversia.

9. Los honorarios y gastos de la comisión correrán a cargo de las partes en la controversia.

B.—Comentarios a los artículos y al anexo de la tercera parte del proyecto¹

Comentario general

1) En todo sistema jurídico se plantea el interrogante de qué ha de ocurrir cuando no se cumplen en la práctica sus normas primarias de conducta. La respuesta evidente y fácil en ese caso es que debería haber alguna forma de hacer cumplir las normas primarias, una forma de llegar a una situación de hecho que se acerque lo más posible a la que habría resultado del cumplimiento voluntario de las normas. Una de ellas consiste en imponer esa situación; otra, en inducir el cumplimiento voluntario mediante la amenaza de consecuencias perjudiciales en caso de incumplimiento.

2) Existen en el ordenamiento jurídico internacional limitaciones intrínsecas para hacer cumplir normas primarias que sean obligatorias respecto de Estados soberanos, territorialmente separados. De hecho, la ausencia de un poder central con su propio substrato hace necesario aplicar técnicas más sutiles para lograr el resultado deseado. Una de ellas se refiere a las nuevas relaciones jurídicas sustantivas entre Estados que dimanen de un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, subsiste la necesidad de algún grado de «organización»; al reemplazar un conjunto de relaciones jurídicas sustantivas por otro no se logra más que volver a plantear el mismo problema de hacer cumplir este segundo conjunto de normas. Además, el conjunto «secundario» de derechos y obligaciones inevitablemente tiende a apartarse más aún del resultado deseado, expresado en las normas primarias. Así queda especialmente de manifiesto cuando la falta de «organización» da lugar a la aceptación de una respuesta descentralizada a un (presunto) hecho internacionalmente ilícito, esto es, a medidas de reciprocidad, represalias e incluso autodefensa y castigo.

3) Por otra parte, la existencia misma de un hecho internacionalmente ilícito depende de una serie de circunstancias y de un conjunto de normas primarias; en ambos respectos bien puede haber una genuina discrepancia de opinión entre los Estados involucrados en un caso concreto.

¹ La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 fueron aprobados por la Comisión en primera lectura, se reproduce en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.; la segunda parte del proyecto de artículos (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 5 fueron aprobados provisionalmente por la Comisión y los artículos 6 a 16 remitidos al Comité de Redacción, se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26 (arts. 1 a 5), y págs. 21 y 22, nota 66 (arts. 6 a 16).

4) La afirmación por el Estado A de que el Estado B ha cometido un hecho internacionalmente ilícito puede hacer que el Estado A, presuntamente lesionado, adopte medidas que, en sí, no se ajusten a las obligaciones primarias que tiene respecto del Estado B. El Estado B, al tiempo de negar que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, puede luego aducir por su parte que ha sido lesionado por un hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado A y tomar medidas que a su vez no se ajusten a las obligaciones que le incumben. Estas medidas pueden dar lugar a contramedidas, situación que puede repetirse indefinidamente. Nace así el riesgo de que las viejas relaciones jurídicas primarias que existían antes desaparezcan por completo.

5) Sólo mediante un grado de «organización», alguna forma de procedimiento obligatorio de arreglo de controversias con intervención de terceros puede ayudar a evitar que la situación se agrave.

6) Los Estados, al crear normas primarias con fuerza obligatoria para ellos, prevén a veces también el caso de (presunto) incumplimiento de esas normas y establecen un mecanismo de organización a fin de hacer frente a esa situación, tal vez un procedimiento obligatorio de arreglo de controversias con intervención de terceros que culmine en una decisión definitiva y obligatoria en casos concretos y que, en algunos casos, incluya quizá algún mecanismo de organización para la situación en que no se cumpla esa decisión definitiva y obligatoria. Sin embargo, lo normal es que no se establezca un mecanismo de esa índole pero tampoco quede excluido *a priori*.

7) Los artículos de la tercera parte obedecen a la intención de fijar un mínimo de normas y procedimientos residuales que se han de aplicar en el caso de que los Estados de que se trate no acepten expresamente otro mecanismo (véase el artículo 2 de la segunda parte). El texto se inspira en los mecanismos previstos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982.

Artículo 1

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

Comentario

1) Evidentemente, cuando se aduce la existencia de un hecho internacionalmente ilícito el primer paso consiste en que el Estado o los Estados presuntamente lesionados exijan una reparación *lato sensu*, esto es, medidas que deba tomar el presunto Estado autor para restablecer una situación que se acerque en toda la medida de lo posible a la que habría imperado si se hubiese cumplido la norma primaria, con inclusión, tal vez, de medidas que sirvan para prevenir que se repita el acto (véase el artículo 6 de la segunda parte).

2) La notificación que se efectúe con arreglo al artículo 1 debe indicar los hechos (presuntos) y las normas que (presuntamente) no fueron cumplidas.

3) Este texto debe compararse con el párrafo 1 del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969.

Artículo 2

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

2. Si las obligaciones cuyo cumplimiento hubiere de suspenderse estuvieren estipuladas en un tratado multilateral, la notificación prescrita en el párrafo 1 será transmitida a todos los Estados que sean partes en el tratado.

3. El hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el artículo 1 no obstará para que efectúe la notificación prescrita en el presente artículo cuando otro Estado reclame el cumplimiento de las obligaciones a que se refiera esa notificación.

Comentario

1) Normalmente hay que dejar cierto tiempo para que el presunto Estado autor considere la situación una vez recibida la notificación y formule objeciones o declare que está dispuesto a tomar las medidas requeridas.

2) Sin embargo, es posible que haya «casos de especial urgencia» en que el Estado lesionado tenga que proteger de inmediato sus intereses, quizá mediante la adopción en su propio territorio de medidas que, en sí, no sean conformes a sus obligaciones internacionales (véase también el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 10 de la segunda parte). En este último caso, sin embargo, hay que efectuar otra notificación (párr. 1).

3) Esas medidas pueden afectar a los intereses de terceros Estados, particularmente en aquellos casos en que las obligaciones cuyo cumplimiento ha de suspender el Estado lesionado estén estipuladas en un tratado multilateral (véanse los artículos 10 a 13 de la segunda parte). Por lo tanto, hay que poner al corriente a esos terceros Estados de manera que puedan formular objeciones (párr. 2).

4) El párrafo 3 se inspira en el párrafo 5 del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. Bien puede ocurrir que un Estado cuyos intereses se vean perjudicados por el hecho de otro Estado, considere por el momento que la medida que ha adoptado de inmediato constituye una retorsión (hecho que en sí no prohíbe el derecho internacional). Si el segundo Estado, sin embargo, considera que esa medida constituye un hecho internacionalmente ilícito, el primer Estado debe estar en condiciones de poder invocar el artículo 8 o el artículo 9 de la segunda parte.

Artículo 3

1. Si el Estado que presuntamente hubiera cometido el hecho internacionalmente ilícito u otro Estado que adujere haber sido lesionado por la suspensión del cumplimiento de las obligaciones del caso formularen objeciones respecto de medidas adoptadas o que se tuviere la intención de adoptar con arreglo al artículo 8 o al artículo 9 de la segunda parte de los presentes artículos, los Estados de que se trate buscarán una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

2. Nada de lo dispuesto en el párrafo que antecede afectará a los derechos o a las obligaciones que incumban a los Estados en virtud de disposiciones en vigor entre ellos respecto del arreglo de controversias.

Comentario

La notificación y la objeción a la notificación crean una situación de controversia entre Estados, que debe ser resuelta por medios pacíficos. Los párrafos 1 y 2 del artículo 3 repiten básicamente el texto de los párrafos 3 y 4 del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969.

Artículo 4

Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de la objeción, no se hubiere llegado a una solución conforme al párrafo 1 del artículo 3, se aplicarán los procedimientos siguientes:

a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del apartado b del artículo 12 de la segunda parte de los presentes artículos podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia;

b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a los demás derechos y obligaciones a que se hace referencia en el artículo 14 de la segunda parte de los presentes artículos podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia;

c) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o interpretación de los artículos 9 a 13 de la segunda parte de los presentes artículos podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo de la tercera parte presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.

Comentario

1) Este artículo se inspira en el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 y, por consiguiente, establece una distinción entre los tipos de normas de derecho internacional cuya aplicación e interpretación son objeto de la controversia.

2) El apartado a del artículo 4 se refiere al caso en que se aduce que se trata de *jus cogens* en el contexto de la aplicación del apartado b del artículo 12 de la segunda parte. El efecto normal es que una norma de *jus cogens* no pueda ser derogada por otra norma de derecho internacional salvo que se trate de una norma de *jus cogens* internacional (por lo general posterior pero que podría ser contemporánea como ocurriría en el caso hipotético en que la norma de *jus cogens* prevea que dejará de ser

tal para los demás en caso de transgresión de ella por uno o más Estados). La situación en que un Estado, para justificar la adopción de medidas de reciprocidad o represalia que son en sí contrarias a una norma de *jus cogens* internacional, aduce que otro Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito es comparable con aquella en que se invoca un tratado para justificar actos del Estado que son conformes a las obligaciones que le incumben en virtud del tratado pero están en conflicto con una norma perentoria de derecho internacional general. Sin embargo, la supremacía de esta última norma entraña la necesidad de determinar su cualidad especial. En caso de que distintos Estados tengan opiniones discrepantes al respecto, «el principal órgano judicial de las Naciones Unidas» es el más calificado para dirimir la cuestión.

3) Aunque una conducta que no sea conforme a una norma de *jus cogens* internacional no constituye necesariamente un delito internacional, el vínculo entre los dos conceptos es evidente, aunque no sea más que por el hecho de que ambos se refieren a la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional y el reconocimiento de esa comunidad en su conjunto de que tal protección hace necesario implantar una norma especial que tiene primacía respecto de las demás normas de conducta internacionales y entraña otras consecuencias jurídicas especiales en caso de incumplimiento. En consecuencia, en el apartado b del artículo 4 se prevé el mismo procedimiento de decisión definitiva y obligatoria de la CIJ que en el apartado a. Este apartado no hace referencia al artículo 15 de la segunda parte (consecuencias jurídicas adicionales de la agresión) por la razón de que la (presunta) agresión y la pretensión conexa de legítima defensa deben examinarse en primer lugar de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas. El hecho de que corresponda a la CIJ una función en ese proceso, el ámbito de esa función y la forma en que la ha de desempeñar son cuestiones de interpretación y aplicación de la propia Carta.

4) Por último, el apartado c del artículo 4 se refiere a los casos en que se organiza un procedimiento de conciliación obligatoria con el objetivo principal de prevenir un agravamiento de la controversia. Cuando se formule una objeción respecto de una notificación de medidas de reciprocidad o represalias (que se tiene la intención de adoptar) y no se llegue a una solución por otro medio pacífico, la intervención de terceros, aunque no culmine en una decisión obligatoria, puede servir para restablecer en la medida de lo posible las relaciones jurídicas originales entre los Estados de que se trate.

Artículo 5

No se podrán formular reservas a lo dispuesto en la tercera parte de los presentes artículos, con la excepción de aquellas por las cuales se excluya de la aplicación del apartado c del artículo 4 a las controversias relativas a medidas que hubiere adoptado o tuviere la intención de adoptar con arreglo al artículo 9 de la segunda parte un Estado presuntamente lesionado en los casos en que el derecho presuntamente infringido por esa medida dimanare exclusivamente de un tratado celebrado antes de la entrada en vigor de los presentes artículos. Esa reserva no afectará a los derechos y obligaciones que incum-

bieren a los Estados en virtud de esos tratados u otras disposiciones, que no sean las de los presentes artículos, en vigor entre ellos respecto del arreglo de controversias.

Comentario

1) El artículo 5 se inspira en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, al reconocer la interacción y, por lo tanto, el nexo jurídico entre las normas sustantivas y el mecanismo internacional de solución de las inevitables dificultades que ha de entrañar su aplicación en casos concretos.

2) De todas maneras, las disposiciones de la tercera parte han de tener el carácter de normas residuales; al crear una norma primaria de conducta (o al menos antes de que la cuestión del cumplimiento efectivo dé lugar a una controversia) los Estados pueden prever expresamente otra forma de resolver las controversias que se planteen. En particular, es posible que al momento de establecer una norma de derecho internacional hayan previsto que las controversias futuras relativas a su aplicación se han de resolver exclusivamente por consenso como resultado de negociaciones. Por más que esa actitud arroje ciertas dudas sobre el carácter jurídico de la propia norma y de los derechos y obligaciones dimanados de ella, es innegable que los artículos de la tercera parte (al igual que otros artículos sobre cumplimiento respecto de otros temas, propuestos por la CDI o aprobados en conferencias de las Naciones Unidas) contienen un elemento de «desarrollo progresivo» del derecho internacional. En realidad, hay una armonía con otras partes de los presentes artículos en que se observa un cierto alejamiento del «unilateralismo» (aceptación ilimitada de las contramedidas) y el «bilateralismo» (relaciones exclusivamente entre el Estado autor y el Estado directamente afectado) que caracterizan a las normas más antiguas del derecho internacional.

3) En todo caso, parecería procedente aceptar una reserva, aunque fuere exclusivamente respecto de las consecuencias jurídicas previstas en el apartado c del artículo 4 de la tercera parte, en el caso de transgresión de un «derecho» establecido por un tratado concertado antes de la fecha de entrada en vigor de los presentes artículos.

ANEXO

1. El Secretario General de las Naciones Unidas establecerá y mantendrá una lista de amigables componedores integrada por calificados juristas. A tal efecto, se invitará a los Estados que sean Miembros de las Naciones Unidas o partes en los presentes artículos a que designen dos amigables componedores y la lista se compondrá de los nombres de las personas así designadas. El mandato de los amigables componedores, incluido el de los que hayan sido designados para cubrir vacantes imprevistas, tendrá cinco años de duración y será renovable. El amigable componedor cuyo mandato expire seguirá desempeñando las funciones que le hayan sido encomendadas con arreglo al párrafo siguiente.

2. El Secretario General, cuando reciba una solicitud con arreglo al apartado c del artículo 4 de la tercera parte de los presentes artículos, someterá la controversia

a una comisión de conciliación compuesta de la manera siguiente:

El Estado o los Estados que constituyan una de las partes en la controversia nombrarán:

a) un amigable componedor de la nacionalidad de ese Estado o de uno de esos Estados, elegido o no de la lista mencionada en el párrafo 1; y

b) un amigable componedor que no tenga la nacionalidad de ese Estado o de ninguno de esos Estados, que será elegido de la lista.

El Estado o los Estados que constituyan la otra parte en la controversia nombrarán dos amigables componedores de la misma manera.

Los cuatro amigables componedores elegidos por las partes serán nombrados dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Secretario General haya recibido la solicitud.

Los cuatro amigables componedores, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se haya efectuado el último de sus nombramientos, nombrarán un quinto amigable componedor, elegido de la lista, que será presidente.

El nombramiento del presidente o de cualquiera de los demás amigables componedores, si no se hubiere realizado en el plazo fijado para ello, será efectuado por el Secretario General durante los sesenta días siguientes a la expiración de ese plazo. El Secretario General podrá nombrar presidente a una de las personas incluidas en la lista o a un miembro de la Comisión de Derecho Internacional. Cualquiera de los plazos en los cuales deban efectuarse los nombramientos podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes en la controversia.

Las vacantes deberán cubrirse en la forma prescrita para el nombramiento inicial.

3. El hecho de que una o varias partes no sometan la controversia a conciliación no será obstáculo para la sustanciación del procedimiento.

4. Todo desacuerdo en cuanto a la competencia de una comisión de conciliación establecida con arreglo al presente anexo será dirimido por esa comisión.

5. La comisión de conciliación fijará su propio procedimiento. La comisión, previo consentimiento de las partes en la controversia, podrá invitar a cualquier Estado a exponerle sus opiniones verbalmente o por escrito. La comisión adoptará sus decisiones y recomendaciones por mayoría de votos de sus cinco miembros.

6. La comisión podrá señalar a la atención de las partes en la controversia todas las medidas que puedan facilitar una solución amistosa.

7. La comisión oír a las partes, examinará sus pretensiones y objeciones y les hará propuestas con miras a que lleguen a una solución amistosa de la controversia.

8. La comisión presentará su informe dentro de los doce meses siguientes a la fecha de su constitución. El informe será depositado en poder del Secretario General y transmitido a las partes en la controversia. El informe de la comisión, incluidas las conclusiones que en él se indiquen en cuanto a los hechos y las cuestiones de derecho, no obligará a las partes ni tendrá otro carácter que el de enunciado de recomendaciones presentadas a las partes para su consideración a fin de facilitar una solución amistosa de la controversia.

9. Los honorarios y gastos de la comisión correrán a cargo de las partes en la controversia.

Comentario

1) Los párrafos 1 y 2 del anexo reproducen (con las modificaciones de referencia necesarias) los párrafos 1 y 2 de la Convención de Viena de 1969. Los párrafos 3 y 4 proceden de los artículos 12 y 13 del anexo V de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 1982; se encuentra implícito en sus disposiciones el concepto de un procedimiento de conciliación obligatoria.

2) Los párrafos 5, 6, 7 y 8 siguen el modelo de los párrafos 3 (salvo que en lugar de hacer referencia a «cualquiera de las partes en el tratado» se hace referencia a «cualquier Estado»), 4, 5 y 6 del anexo de la Convención de Viena de 1969. El párrafo 9 ha sido tomado también del artículo 9 del anexo V de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. En el contexto de la responsabilidad de los Estados, esta norma parecería preferible a la que figura en el párrafo 7 del anexo de la Convención de Viena de 1969, en el cual, en la hipótesis de que serían menos frecuentes los procedimientos relativos a la validez de un tratado, se hace recaer la carga financiera sobre las Naciones Unidas.

II.—Preparación de la segunda lectura de la primera parte del proyecto de artículos (artículos 1 a 35)

A.—Introducción

1. En sus comentarios escritos y orales sobre los artículos 1 a 35 de la primera parte del proyecto de artículos, diversos gobiernos han señalado que sus comentarios son a título provisional ya que dependen de las partes segunda y tercera del proyecto, que no conocían aún. Por ello, cabe prever que al menos parte de los gobiernos formularán más adelante comentarios escritos u orales sobre esos artículos a la luz del conjunto del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

2. Sin embargo, tras la aprobación provisional de los proyectos de artículos correspondientes a las partes segunda y tercera, parecería conveniente que la Comisión comenzase la segunda lectura de la primera parte a la luz de los comentarios y observaciones ya recibidos de los gobiernos y teniendo en cuenta también en lo posible los comentarios publicados por eruditos acerca de la labor de la Comisión en la materia.

3. Por el momento parecería aconsejable centrar la atención en las críticas expresadas respecto de disposiciones concretas de los artículos I a 26 (capítulos I a III de la primera parte de proyecto). Desde luego, los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre los sucesivos informes de la CDI en la materia parecen indicar que, en general, el enfoque del tema y los diversos proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la CDI cuentan con la aprobación de la Sexta Comisión.

4. Por consiguiente, la presente sección no se hará cargo de las observaciones hechas en ocasiones en el sentido de que es dudosa la posibilidad de que la codificación y el desarrollo progresivo de las normas de derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados sean generalmente aceptables, sea en la forma de una convención de las Naciones Unidas o en otra.

5. Evidentemente, en la etapa final de su labor sobre el tema la Comisión habrá de decidir si formula recomendaciones a la Asamblea General en lo que respecta a la forma en que proseguirá sus trabajos pero en este momento, como metodología, parece irreprochable la de presentar un conjunto de proyectos de artículos.

6. En consecuencia, en la presente sección se tratará de resumir, respecto de los artículos de los capítulos I a III de la primera parte del proyecto, las sugerencias hechas para mejorar el proyecto (incluida, según el caso, la de suprimirlos) en los comentarios escritos recibidos hasta el presente de los gobiernos².

² Los comentarios escritos de los gobiernos sobre los artículos de la primera parte del proyecto, que se mencionan en la presente sección, se han reproducido como sigue:

Anuario... 1980, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4:

	<i>Páginas</i>	<i>Párrafos</i>
Austria		
Artículo 1	96	26
Artículo 3	96-97	32-33
Artículo 7	96	28-30, 34
Artículo 8	97	36
Artículo 13	97	37
Artículo 14	97	38
Artículo 18	97	39
Artículo 22	98	42
Artículo 23	98	44
Canadá		
Artículo 7	98-99	2
Artículo 8	98-99	2-3
Artículo 18	99	4
Artículos 20, 21 y 23	99	6
Artículo 22	99	7
Artículos 24 a 26	99-100	8
Chile		
Artículo 10	102	14
Artículo 18	103-104	23
Mali		
Artículo 18	106	1
Artículo 22	106	3
Artículo 23	106	4
Países Bajos		
Artículo 8	107	7
Artículo 10	107-108	8
Artículo 18	108	9
Artículos 21 y 23	108	11
Artículo 22	108	12
Yugoslavia		
Artículo 6	111	11
Artículo 8	111	13-14
Artículo 10	111	12
Artículo 18	111	17

(Continúa en la página siguiente.)

B.—Comentarios escritos de los gobiernos

Artículo 1.—Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.

1) Austria parece sugerir que el texto de este artículo debe expresar más claramente «que la responsabilidad internacional no se limita a los hechos internacionalmente ilícitos» y, en este sentido, se refiere a los «comentarios aparentemente contradictorios» de la Comisión sobre los artículos 1 y 2 referentes, entre otras cosas, a las circunstancias que excluyen la ilicitud.

2) A juicio del actual Relator Especial, el texto del artículo 1 puede quedar tal como está redactado. La relación entre el artículo 1 y el artículo 3, el capítulo II, el capítulo III y el capítulo V (en especial el artículo 35) se desprende en forma suficientemente clara de los propios textos. Es cierto que el artículo 35 es únicamente una cláusula de reserva, pero ello no significa necesariamente que toda «cuestión que pueda surgir en relación a la indemnización de los daños causados por ese hecho» (a saber, un hecho cuya ilicitud haya quedado excluida en virtud de las disposiciones, no exhaustivas, de los demás artículos del capítulo V) sea necesariamente una cuestión que haya de tratarse en el marco del tema «responsabilidad por las consecuencias perjudiciales dimanantes de hechos no prohibidos por el derecho internacional». Desde luego, la sugerencia sobre la limitación del alcance de este último tema a las cuestiones relativas al medio ambiente excluiría esa posibilidad. En cambio, determinar si el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debe colmar la laguna que deja el artículo 35 es una cuestión muy distinta sobre la que la Comisión no se ha pronunciado todavía.

(Continuación de la nota 2.)

Anuario... 1981, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4:

	Páginas	Párrafos
Alemania, República Federal de		
Artículo 2	80	
Artículo 6	80-81	
Artículo 11	80-81	
Artículos 12 y 13	80-81	
Artículo 17	81	
Artículos 20 a 26	82	
Artículo 22	82	
Checoslovaquia		
Artículo 3	83	3
Artículo 7	84	5
Artículos 14 y 15	84	6
Mongolia		
Artículo 7	84	3
Suecia		
Artículo 18	86	

Anuario... 1982, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/351 y Add.1 a 3:

	Páginas	Párrafos
España		
Artículo 22	19	3

Artículo 2.—Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito

Todo Estado está sujeto a la posibilidad de que se considere que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad internacional.

1) La República Federal de Alemania estima que el concepto consignado en este artículo cae por su peso y sugiere que sea suprimido o, por lo menos, que se incorpore su contenido jurídico al artículo 1.

2) A juicio del actual Relator Especial, la última sugerencia es aceptable. En efecto, los artículos 1 y 2 consagran una misma norma jurídica desde dos puntos de vista diferentes, el del Estado que ha sufrido un perjuicio y el del Estado autor. No parece necesario un cambio de redacción; basta que el artículo 2 pase a ser el párrafo 2 del artículo 1.

3) Los comentarios de Austria se refieren a la posición de los Estados miembros de un Estado federal y es preferible analizarlos en relación con el artículo 7.

Artículo 3.—Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando:

a) un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado, y

b) ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

1) Austria plantea la cuestión de la omisión del concepto de «falta» en la definición de los elementos subjetivos así como la omisión de los conceptos de «daño» o «perjuicio» en la definición de los elementos objetivos del hecho internacionalmente ilícito.

2) Checoslovaquia plantea esa misma cuestión y, además, la de la omisión de una referencia a la «existencia de una relación causal».

3) En ambos comentarios escritos se hace reserva de la posición de los respectivos gobiernos, cuya opinión dependerá en definitiva del proyecto de artículos en su conjunto.

4) A juicio del Relator Especial, el artículo 3 puede quedar tal como está redactado. Los elementos *subjetivos* y *objetivos* de un hecho internacionalmente ilícito se basan necesariamente en la interpretación de la norma primaria de que se trata. En efecto, la relación jurídica entre los Estados, dado que es una relación jurídica entre personas jurídicas, supone necesariamente una transposición de los conceptos jurídicos a los hechos (incluido el de la relación causal) y viceversa, para llegar en definitiva al resultado deseado por las normas primarias, que es una situación de hecho. En este sentido, las «abstracciones» y las «ficciones» (en esencia, ambas entrañan distinguir entre los elementos que son pertinentes y los que no lo son) son figuras necesarias de las normas jurídicas primarias. Como el presente proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se aplicará cualquiera sea el «origen» y el contenido de las normas primarias de que se trate, su texto supone necesariamente un nivel más elevado de abstracción y de ficción.

5) Por consiguiente, el artículo 3 restringe los elementos de un hecho internacionalmente ilícito a dos: que un

comportamiento humano sea atribuible a un Estado y la violación de una obligación internacional. En el capítulo V se agrega un tercer elemento, la inexistencia de «circunstancias que excluyen la ilicitud», mientras que el artículo 18 agrega lo que puede considerarse cuarto elemento, la condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado en el momento en que se cometa el hecho, idea que se desarrolla en los artículos 24 a 26.

6) El actual Relator Especial considera que los tres nuevos elementos a que se refieren las sugerencias de Austria y Checoslovaquia (a saber, la *falta*, la *relación causal* y el *daño*) están previstos de una u otra forma en el sistema del proyecto de artículos.

7) La *falta* puede considerarse de hecho una «violación de una obligación internacional», en el sentido del artículo 16, cuando la norma primaria sólo exija del Estado un comportamiento que pueda razonablemente esperarse de él. Esto es particularmente valedero cuando el comportamiento consiste en una omisión (en el caso de la obligación de actuar con la debida diligencia). Hasta qué punto ello sea así dependerá de la propia norma primaria (o de su interpretación), especialmente a la luz de su objetivo y finalidad. Evidentemente, las circunstancias que excluyen la ilicitud también pueden tener algo que ver en la determinación de la existencia de una falta del Estado. Al mismo tiempo, el elemento de la imputación al Estado de un comportamiento humano contiene un elemento de falta de parte del Estado. Los proyectos de artículos reconocen esta circunstancia cuando admiten que se atribuya al Estado el comportamiento de personas que son órganos del Estado pero que se han excedido en su competencia o han contravenido las instrucciones, cuando admiten que se atribuya al Estado el comportamiento de personas que no son órganos de él pero que actúan «de hecho por cuenta del Estado» y cuando admiten que el «comportamiento relacionado con el de las personas o grupos de personas» que no actúen por cuenta del Estado, pueda dar origen a la responsabilidad del Estado.

8) El *daño*, como posible elemento de un hecho internacionalmente ilícito también es cuestión (de interpretación) de la norma primaria de que se trate. Como en el caso de la falta, los artículos 20, 21 y 23 de la primera parte del proyecto son pertinentes a este respecto. Además, en otro sentido, el artículo 35 es pertinente en la materia. Por otra parte, es obvio que únicamente puede reclamarse una indemnización (pecuniaria) si ha habido un daño (compárese también con el artículo 6 de la segunda parte).

9) Por último, la *relación causal* en cuanto posible elemento de un hecho internacionalmente ilícito, se refiere al vínculo entre un acto u omisión y una situación de hecho, que puede calificarse de «daño». En este caso es todavía más obvio que lo que importa es la norma primaria o su interpretación. Existen en el derecho internacional obligaciones que exigen *per se* un comportamiento determinado, con independencia de las posibles consecuencias de hecho de un comportamiento que no sea acorde con el exigido (como se reconoce en el artículo 20).

Artículo 6.—No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado

El comportamiento de un órgano del Estado se considerará un hecho de ese Estado según el derecho internacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado.

1) Yugoslavia y la República Federal de Alemania sugieren que se suprima el artículo 6 dado que su contenido es actualmente indiscutible.

2) El actual Relator Especial estima que es aconsejable mantener el artículo 6 tal como está. Es un hecho que en un Estado moderno el poder está funcionalmente descentralizado y que los órganos del Estado suelen ser en mayor o menor medida independientes unos de otros. En este sentido, considerar al Estado una entidad única de carácter monolítico significa crear una ficción jurídica. Sin embargo, se trata de un instrumento básico del derecho internacional y, por tanto, el artículo 6, al igual que su homólogo territorial el artículo 7, debe figurar en el presente proyecto. Por otra parte, cabe notar a este respecto que en ciertos casos las normas de derecho internacional reconocen la descentralización funcional del poder dentro de un Estado y la posición relativa de sus órganos. El artículo 21 (párr. 2) y el artículo 22 son un ejemplo en este sentido (compárese también con el artículo 18, párr. 5).

Artículo 7.—Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público

1. Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

2. Se considerará igualmente hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, ese órgano haya actuado en esa calidad.

Párrafo 1

1) Austria se refiere a las cuestiones que se suscitan cuando un Estado miembro de un Estado federal conserva una cierta personalidad internacional.

2) Cabe recordar que la Comisión se refirió a esta cuestión por primera vez en su comentario (párrs. 10 y 11) al artículo 7³ y más adelante en su comentario (párr. 18) al artículo 28⁴. La Comisión llegó a la conclusión de que: a) «en cuanto a los casos [...] en que los Estados miembros conservan una personalidad internacional propia [...] parece evidente que el comportamiento de sus órganos es [...] atribuible al Estado federal cuando ese comportamiento constituye una violación de obligaciones internacionales de este último»; b) «en el supuesto de que [...] la actuación de los órganos de un Estado miembro constituya la violación de una obligación internacional cuyo titular sea el Esta-

³ Anuario... 1974, vol. II (primera parte), pág. 285, documento A/9610/Rev.1.

⁴ Anuario... 1979, vol. II (segunda parte), pág. 118.

⁵ Párr. 10 del comentario al artículo 7 (véase nota 3 *supra*).

do miembro, dicha actuación es atribuible a este último y no al Estado federal»⁶; y c) «el Estado federal debe responder de los hechos internacionalmente ilícitos atribuibles al Estado miembro, si se han cometido en una esfera de actividad sometida a un poder de control o de dirección del Estado federal»⁷ (en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 28).

3) Cabe notar que Austria, en su comentario escrito, se refiere a una cuestión completamente diferente y parece sugerir «que las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado miembro de una unión federal pueden afectar al Estado federal, por ejemplo cuando, como consecuencia de ese hecho, exista una obligación de indemnizar monetariamente y el Estado miembro no tenga autonomía financiera».

4) A juicio del actual Relator Especial, la Comisión debe examinar nuevamente esta cuestión. La posición de la Comisión, como se señala en el párrafo 2 *supra*, parece basarse en una estricta distinción entre los Estados miembros que conservan «una personalidad internacional propia» y, por ello, son capaces de contraer por sí mismos obligaciones internacionales cuya violación entraña para ellos responsabilidad internacional, por una parte y, por la otra, el Estado federal que, en cierto sentido, es un «tercer» Estado en lo que respecta a la relación jurídica entre el Estado que lo integra y otro Estado y, por ello, sólo será responsable ante este último Estado si el hecho internacionalmente ilícito del Estado que lo integra se ha «cometido [...] en una esfera de actividad en la que» éste «esté sometido al poder de dirección o de control» del Estado federal. Por otra parte, incluso cuando el Estado miembro haya conservado «una personalidad internacional propia» se considera que es «una entidad pública territorial dentro del Estado» (dentro del Estado federal) y, por consiguiente, el comportamiento de sus órganos se considera un hecho del Estado federal con independencia de que, con arreglo a la constitución del Estado federal, el Estado miembro haya o no actuado dentro de la esfera de su «autonomía» (y no bajo la dirección o el control del Estado federal, o en otros términos, sin estar en una «posición subordinada» en el sentido del artículo 6).

5) La falta de concordancia es evidente, pero ello no entraña necesariamente que el conjunto de los artículos 6, 7 (párr. 1) y 28 (párr. 1) no sea aplicable al caso de las uniones federales. Antes bien, es importante que cualquiera que sea el grado de «personalidad internacional» que conserve el Estado miembro, el territorio de esta entidad pública territorial es al mismo tiempo parte del territorio del Estado federal. Este aspecto tendrá importancia cuando se examine la cuestión de los nuevos derechos del Estado que ha sufrido el daño. Si se admite que entre esos nuevos derechos figura el de reclamar indemnización *lato sensu* (según se propone en el proyecto de artículo 6 de la segunda parte) y, en ciertos casos, el derecho del Estado que ha sufrido el daño de suspender el cumplimiento de las obligaciones contraídas con el Estado autor (como se propone en los artículos 8 y 9 de la segunda parte), se suscita la cuestión de determinar en qué medida es realista el concepto de la «distinción» que

es la base misma del párrafo 1 del artículo 28. Como ha observado Austria (véase párr. 3 *supra*), un Estado miembro que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no «en una esfera de actividad en la que ese Estado esté sometido al poder de dirección o de control» del Estado federal, tal vez no disponga por sí mismo de los medios (financieros y de otra índole) para dar cumplimiento a las nuevas obligaciones dimanantes del proyecto de artículo 6 de la segunda parte. Además, puede que no esté en condiciones de que se suspenda exclusivamente a su respecto el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Por último, y quizá todavía más importante, cualquier medida que adopte el Estado que ha sufrido el daño, aunque sólo sea a título de retorsión, afectará necesariamente también a los intereses del Estado federal en su conjunto.

6) Por consiguiente, la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de simplificar esta cuestión colocando a los Estados miembros de un Estado federal (siempre que, desde luego, sea un Estado) en un plano de igualdad con todas las demás entidades públicas territoriales de un Estado. En última instancia, el grado de personalidad internacional (en sí misma un concepto de carácter más histórico que jurídico) que conserve un Estado miembro de un Estado federal será necesariamente restringido, por el solo hecho de la personalidad internacional plena que posee el Estado federal.

7) Por consiguiente, el actual Relator Especial propone que: a) al final del párrafo 1 del artículo 7, se agreguen las palabras «, esté o no facultado por el derecho interno de ese Estado para contraer obligaciones internacionales»; y b) en los comentarios a los artículos 7 y 28 se suprima toda referencia a la situación de los Estados miembros de un Estado federal que conserven una cierta personalidad internacional.

8) Básicamente, ello entraña que en lo concerniente a las normas (secundarias) sobre la responsabilidad de los Estados, las obligaciones (primarias) internacionales de un Estado miembro de un Estado federal se equiparan a las obligaciones internacionales del Estado federal (aunque, desde luego, su contenido quede limitado a ese Estado miembro).

9) Las observaciones de Checoslovaquia y Mongolia se refieren a las cuestiones examinadas en los párrafos precedentes.

Párrafo 2

1) Según el Canadá, había que delimitar en forma más restrictiva la responsabilidad con respecto al comportamiento de una entidad que no formara parte de la estructura misma del Estado.

2) Mongolia expresó que esta disposición no debía «servir en ningún caso ni circunstancia como base para atribuir al Estado el comportamiento de órganos suyos que no sean órganos de Estado».

3) A juicio del actual Relator Especial, el párrafo 2 del artículo 7 debe mantenerse tal como está redactado; es un elemento necesario en la concatenación de los artículos 5, 6, 7 y 8. Como señaló la Comisión en el comentario (párr. 18) al artículo 7:

⁶ *Idem.*

⁷ Párr. 18 del comentario al artículo 28 (véase nota 4 *supra*).

La justificación de la atribución al Estado, según el derecho internacional, del comportamiento de un órgano de una u otra de estas entidades radica siempre, en último análisis, en el hecho de que el derecho interno del Estado ha conferido a la entidad de que se trate el ejercicio de ciertas prerrogativas del poder público. [...]»⁸.

En efecto, los Estados sólo pueden actuar por conducto de seres humanos y la forma en que se «organice» a esos seres humanos con el fin de ejercer prerrogativas del poder público no es pertinente a los efectos de su responsabilidad en derecho internacional. En este sentido, la forma más oficial de organización de que trata el artículo 5 contrasta con la forma más oficiosa a que se refiere el artículo 8.

4) Tampoco parece necesario ni aconsejable tratar de definir la expresión «prerrogativas del poder público». Desde luego, aunque las funciones o el papel del Estado en una sociedad determinada varían según de quien se trate, el ejercicio de las prerrogativas del poder público puede distinguirse claramente en derecho de otras actividades estatales. Además, en los casos previstos en el ámbito del párrafo 2 del artículo 7, la cuestión de si el derecho interno de un Estado faculta o no a una entidad determinada para ejercer prerrogativas del poder público se soluciona fácilmente comparando la naturaleza de las facultades conferidas y la naturaleza de las facultades que conservan los órganos del Estado (en el sentido del artículo 5) o los órganos de una entidad pública territorial (en el sentido del párrafo 1 del artículo 7).

Artículo 8.—Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado

Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si

a) consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado; o

b) esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas.

1) Austria sugiere que se agregue al apartado a la condición del «ejercicio efectivo de prerrogativas del poder público» o, cuando menos, que se excluyan «las transacciones de derecho privado».

2) Los Países Bajos consideran que el apartado a puede suprimirse siempre que se suprima del apartado b la frase «en defecto de las autoridades oficiales».

3) El Canadá opina que «las circunstancias en que debe considerarse responsable a un Estado por esos hechos» (a saber, las que se señalan en el apartado b) «deben delimitarse en forma más restrictiva».

4) Yugoslavia considera que, desde un punto de vista lógico, el artículo 8 debería figurar después de los artículos 9 y 10 y sugiere que se inserte en el proyecto una cláusula que, entre otras cosas, defina la noción de «entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público».

5) A juicio del actual Relator Especial, hay razones válidas para que se consignen en artículos separados los casos a que se refiere el apartado a y los que se señalan en el apartado b. Como observó la Comisión en el co-

mentario (párr. 1) al artículo 8^o, existe una clara distinción entre ambos grupos de casos en lo que respecta a la iniciativa. En este sentido, los casos previstos en el apartado a del artículo 8 constituyen situaciones intermedias entre la situación a que se refiere el párrafo 2 del artículo 7 y la que se señala en el párrafo 1 del artículo 11, mientras que los casos previstos en el apartado b del artículo 8 son más bien situaciones intermedias entre la situación a que se refiere el párrafo 2 del artículo 7 y la que se señala en el artículo 14; se trata de gradaciones entre el ejercicio legítimo y el ejercicio ilegítimo del poder.

6) El apartado a se refiere a los agentes oficiosos de las entidades de Estado *lato sensu*. Es evidente que si la calidad de tales agentes se invoca como pretexto para eximirse de la responsabilidad estatal que existiría en el caso de un comportamiento análogo de un agente oficial, el derecho internacional no puede admitir esa exención. En efecto, la entidad del Estado, al hacer uso de un agente oficioso, estaría cuando menos, cometiendo un hecho relacionado en el sentido del párrafo 2 del artículo 11. Del mismo modo, parece claro que en esas circunstancias los elementos objetivos y subjetivos del hecho ilícito internacional son inseparables (como sucede también en el caso del artículo 27).

7) Por esta razón, la formulación de la norma en términos solamente de «atribución» reviste especiales dificultades.

8) Si bien puede aducirse que las palabras «actuaba de hecho por cuenta de ese Estado» son algo imprecisas, sería difícil hacer referencia en el apartado a a un «ejercicio efectivo de prerrogativas del poder público» dado que esos términos entrañan *prima facie* una justificación de ese ejercicio, al menos según el derecho interno del Estado de que se trate. Todavía más difícil sería agrupar en una norma única los apartados a y b, como sugieren los Países Bajos, aunque sólo sea porque un elemento esencial de los casos previstos en el apartado b es el hecho de que se produzcan «en defecto de las autoridades oficiales».

9) Sin embargo, la Comisión podría considerar otra solución, la de refundir las normas del apartado a del artículo 8 y del párrafo 1 del artículo 11, dándoles el carácter de una excepción. El texto del párrafo 1 del artículo 11 podría ser el siguiente:

«1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúen como órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, salvo que se demuestre que tal persona o grupo de personas han actuado de acuerdo con el órgano de un Estado y por instigación de éste.»

Las palabras «de acuerdo con el órgano de un Estado y por instigación de éste» se emplean en el comentario (párr. 5) al artículo 8^o. Esta solución, a la vez que permite mantener los casos previstos en el apartado a del artículo 8 dentro del marco de la atribución, expresa

⁸ *Anuario...* 1974, vol. II (primera parte), pág. 287, documento A/9610/Rev.1.

⁹ *Ibid.*, págs. 287 y 288.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 288.

mejor que la atribución obedece no tanto al hecho de que las personas actúan por cuenta de un Estado sino al de que la calidad de meros agentes *de facto* del Estado de esas personas no obsta a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito, en los mismos términos en que si se hubiera cometido directamente.

10) Si se adoptara esa solución, el artículo 8 se limitaría al actual apartado *b*. Como ya se señaló, el apartado se refiere a una situación absolutamente diferente ya que la iniciativa radica en las personas de que se trata y no en los órganos del Estado. Aun cuando no se han presentado comentarios escritos de los gobiernos sobre el apartado *b* del artículo 8, el Relator Especial sugiere que la Comisión considere si conviene mantener al final las palabras «y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas».

11) El actual Relator Especial cree que esas palabras no son necesarias para distinguir los casos del apartado *b* de los de un «movimiento insurreccional» en el artículo 14. Por otra parte, el solo hecho de que «en defecto de las autoridades oficiales» una persona o grupo de personas, por su propia iniciativa, «llenen un vacío» hace que desde el punto de vista del derecho internacional ese comportamiento o el ejercicio de hecho de prerrogativas del poder público se equipare al comportamiento de las autoridades oficiales. De cualquier modo, determinar si las circunstancias justifican o no que se llene ese vacío es más bien una cuestión que deberá apreciarse con arreglo al derecho interno del Estado. No parece conveniente que un juicio de ese tipo entrase la aplicación de normas de derecho internacional sobre responsabilidad de los Estados.

12) Por otra parte, la fusión del apartado *a* del artículo 8 y el párrafo 1 del artículo 11 coincide en cierta medida con la secuencia de artículos propuesta por Yugoslavia (véase párr. 4 *supra*). En cuanto a la definición de las «prerrogativas del poder público», se podría hacer una referencia al párrafo 4 del comentario al párrafo 2 del artículo 7 *supra*.

Artículo 10.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad

El comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad.

1) Chile sugiere el texto siguiente:

«Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento del órgano o entidad, según se trate, que se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad.»

2) Los Países Bajos y Yugoslavia señalan que el artículo 10 debería también ser aplicable al órgano mencionado en el artículo 9.

3) A juicio del Relator Especial, la redacción actual del artículo 10 es suficientemente clara para dar a entender que se refiere a «una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público», tanto en la situación mencionada en el párrafo 2 del artículo 7 como en el artículo 10.

4) La sugerencia formulada por Chile suscita el problema de distinguir entre el comportamiento de un órgano «que ha actuado en esa calidad» y el comportamiento del mismo individuo, actuando en calidad de particular. Según el comentario (párr. 29) al artículo 10¹¹, la Comisión introdujo la expresión «cuando tal órgano ha actuado en esa calidad», que se omite en la redacción sugerida por Chile, «para indicar que el comportamiento previsto consiste únicamente en acciones u omisiones cometidas por órganos en el ejercicio de sus funciones oficiales y no en acciones y omisiones cometidas en el marco de su vida privada por individuos que tengan la calidad de órganos». Por otra parte, en ese mismo comentario, la Comisión examinó y rechazó la posibilidad de imponer a la norma de responsabilidad de los Estados establecida en el artículo 10, limitaciones tales como la condición de que el comportamiento de la persona de que se trate se hubiese mantenido por lo menos dentro de la «competencia general» o la «competencia aparente», o hubiese tenido lugar «empleando los medios propios de la función» (párrs. 22 a 25)¹² aunque se reconoció al mismo tiempo (párr. 26)¹³ «que no siempre resulta fácil probar en un caso concreto si la persona ha actuado en calidad de órgano o a título particular».

5) A juicio del Relator Especial, la distinción entre el comportamiento de una persona que actúa en el marco del desempeño de sus funciones oficiales y el comportamiento de esa persona en su vida privada es un tanto artificial y difícil de hacer en la práctica. Existe un único ser humano y la cuestión de si su motivo para realizar o abstenerse de realizar ciertos actos es el deseo de satisfacer los intereses del Estado o atender sus preferencias personales probablemente no resulte clara en muchos casos siquiera para el propio autor. En cambio, para la víctima de su comportamiento, la distinción carece obviamente de importancia y la cuestión de la prueba cobra importancia primordial (compárese con el párrafo 18 del comentario al artículo 10¹⁴). Por consiguiente, la redacción correcta del artículo 10 depende del sentido que se quiera dar al desarrollo de las normas sobre la responsabilidad de los Estados en relación con el desarrollo de las normas primarias del derecho internacional. Parece claro que los Estados son renuentes a asumir el riesgo de ser responsables por los hechos de sus órganos unipersonales, que obedecen a preferencias personales (generalmente prohibidas por el derecho interno). Sin embargo, hay al menos *culpa in eligendo* por parte del Estado, y por otra parte, la protección efectiva de los intereses de los Estados lesionados con arreglo al derecho internacional exige que no se imponga a estos la carga de probar que una persona, que actúa como órga-

¹¹ *Anuario...* 1975, vol. II, págs. 75 y 76, documento A/10010/Rev.1.

¹² *Ibid.*, págs. 73 y 74.

¹³ *Ibid.*, pág. 75.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 72.

no de otro Estado, ha actuado realmente en el caso concreto «en nombre» de ese Estado.

6) En suma, el actual Relator Especial opina que la utilización de la expresión «cuando tal órgano ha actuado en esa calidad» en el artículo 10 podría (en forma no deliberada) crear incertidumbre en las relaciones internacionales, pues podría interpretarse en el sentido de que permite la defensa, en sí lógica, de que el órgano, al «haber contravenido las instrucciones», y más aún cuando «se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno», no ha actuado en calidad de «órgano del Estado». Por consiguiente, el Relator Especial propone que se acepte la sugerencia de Chile (párr. 1 *supra*) acerca del texto del artículo 10. Ello sería compatible además con la combinación que se ha propuesto del apartado *a* del artículo 8 con el párrafo 1 del artículo 11 (véase párr. 9 del comentario al artículo 8 *supra*).

Artículo 11.—Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

1) La República Federal de Alemania sugiere «que el contenido del artículo 11 sea incorporado al artículo 8».

2) El actual Relator Especial está de acuerdo con el fondo de esta propuesta, pero preferiría seguir el camino inverso, como se propuso anteriormente en el párrafo 9 del comentario al artículo 8 *supra*.

Artículo 12.—Comportamiento de órganos de otro Estado

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento que haya observado en su territorio, o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, un órgano de otro Estado que actúe en esa calidad.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el previsto en dicho párrafo, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Artículo 13.—Comportamiento de órganos de una organización internacional

No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción.

1) La República Federal de Alemania considera que «las normas enunciadas en los artículos 12 y 13 pueden darse por supuestas y podrían omitirse sin grave pérdida».

2) El actual Relator Especial opina que habría que mantener los artículos. En tiempo de paz, el órgano de un Estado que actúe en esa calidad en el territorio de otro Estado sólo puede hacerlo con el consentimiento de este último. Parece útil establecer, aunque sólo sea implícitamente, que dicho consentimiento de por sí no responsabiliza al otro Estado por el comportamiento de ese

órgano. Obran consideraciones similares en favor de que se mantenga el artículo 13.

3) Austria señala, en relación con el artículo 13, que «cabe preguntarse si, con la decisión adoptada por la Comisión de no incluir en este artículo un segundo párrafo que corresponda a las disposiciones de los artículos 11, 12 y 14, se ha resuelto satisfactoriamente la cuestión».

4) El actual Relator Especial opina que las razones aducidas por la Comisión en el comentario (párr. 13) al artículo 13¹⁵ para no incorporar una cláusula que corresponda al párrafo 2 de los artículos 11, 12 y 14 no son particularmente convincentes. Si bien, como ya se ha dicho, el mero consentimiento del Estado territorial a las actividades de órganos de organizaciones internacionales dentro de su territorio no lo hace responsable del comportamiento de esas organizaciones, la situación no es esencialmente distinta de la prevista en el artículo 12. La propia Comisión reconoce, en el párrafo que acaba de citarse, que:

[...] si el Estado territorial se asociara a la realización, por un órgano de la organización, de una acción constitutiva de un hecho internacionalmente ilícito, o si, ante la realización de esa acción, no reaccionara en las formas apropiadas, podría comprometer su propia responsabilidad internacional por su propio comportamiento que, en virtud de los artículos 5 a 10 del proyecto, le sería siempre atribuible.

De hecho, dado que las organizaciones internacionales tienen en general menos poder que un Estado, parecería efectivamente más probable que si la organización internacional llegara a cometer un hecho internacionalmente ilícito, habría tenido o podría tener cierto apoyo del Estado territorial.

5) Tampoco cree el actual Relator Especial que la formulación de esa disposición «plantearía en el caso del artículo 13 problemas particulares que excederían del alcance del presente proyecto». En definitiva, la cláusula obedece más bien al propósito de recordar que, mientras por una parte la mera presencia del órgano de un Estado extranjero o de una organización internacional en el territorio de un Estado no hace de por sí recaer la responsabilidad sobre éste, por la otra, la situación real podría entrañar también un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado territorial.

6) Por lo tanto, se propone agregar al artículo 13 un segundo párrafo con una redacción idéntica a la del párrafo 2 del artículo 12.

Artículo 14.—Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio bajo su administración.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el del órgano del movimiento insurreccional, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

3. Asimismo, el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución del comportamiento del órgano del movimiento insurreccional a ese movimiento en todos los casos en que tal atribución pueda hacerse según el derecho internacional.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 98.

Artículo 15.—Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado

1. El hecho de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno de un Estado se considerará hecho de ese Estado. No obstante, tal atribución se entenderá sin perjuicio de la atribución a ese Estado de un comportamiento que antes hubiera sido considerado hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

2. El hecho de un movimiento insurreccional cuya acción dé lugar a la creación de un nuevo Estado en una parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio bajo su administración se considerará hecho de ese nuevo Estado.

1) Austria expresa la opinión de que «no se ve claramente si el párrafo 1 del artículo 14 comprende el caso de un movimiento insurreccional, reconocido por Estados extranjeros como gobierno local *de facto*, que no logra en última instancia establecerse en ninguna de las formas previstas en el artículo 15, sino que es derrotado por las autoridades centrales».

2) A juicio del actual Relator Especial, los artículos 14 y 15 y sus comentarios son suficientemente claros sobre la cuestión; el hecho de que el movimiento insurreccional sea reconocido o no por los Estados extranjeros no es pertinente en cuanto a que el comportamiento no sea atribuible al Estado en cuyo territorio ha surgido.

3) Checoslovaquia considera adecuado que la Comisión preste la atención debida a la definición [de la expresión «movimiento insurreccional»] y se remite a este respecto a los Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

4) El actual Relator Especial recuerda que la Comisión, en el comentario (párr. 29) al artículo 14¹⁶ y en el comentario (párr. 22) al artículo 15¹⁷, señaló claramente su intención de que la expresión «movimiento insurreccional» fuese neutral y abarcara también a los movimientos de liberación nacional. Para los efectos de los artículos 14 y 15 no parece necesario distinguir entre ambos tipos de movimientos. Sin embargo, si la Comisión, en la última etapa, deseara incluir en el conjunto de artículos una definición de términos (incluida la expresión «movimiento insurreccional») parecería adecuado mencionar concretamente en ese contexto a los movimientos de liberación nacional.

Artículo 17.—No pertinencia del origen de la obligación internacional violada

1. Un hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el origen, consuetudinario, convencional u otro, de esa obligación.

2. El origen de la obligación internacional violada por un Estado no afectará a la responsabilidad internacional a que dé lugar el hecho internacionalmente ilícito de ese Estado.

1) La República Federal de Alemania sugiere que se examine la posibilidad de incorporar en el párrafo 1 del artículo 17 el concepto que figura en el párrafo 1 del artículo 19, agregando las palabras «y sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada».

2) El actual Relator Especial, si bien se inclinaría por aceptar la sugerencia, considera que sólo cabría adoptar

una decisión en ese sentido una vez completada la segunda lectura del artículo 19.

Artículo 18.—Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado

1. El hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional sólo constituirá una violación de esa obligación si el hecho hubiera sido realizado hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado.

2. No obstante, el hecho del Estado que, en el momento de su realización, no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional en vigor respecto de ese Estado dejará de considerarse como un hecho internacionalmente ilícito si, ulteriormente, tal hecho se hubiere convertido en hecho obligatorio en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general.

3. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional fuere un hecho de carácter continuo, sólo habrá violación de esa obligación en lo que se refiere al período durante el cual, hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado, se desarrolle el hecho.

4. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional estuviere compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos, habrá violación de esa obligación si tal hecho puede considerarse constituido por las acciones u omisiones que hayan tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado.

5. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional fuere un hecho complejo constituido por acciones u omisiones del mismo órgano o de órganos diferentes del Estado en relación con un mismo caso, habrá violación de esa obligación si el hecho complejo no conforme a ésta da comienzo por una acción u omisión que haya tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado, aunque tal hecho se complete después de ese período.

1) Respecto al párrafo 2 del artículo 18, Austria opina que «las palabras “dejará de considerarse como un hecho internacionalmente ilícito si, ulteriormente”, carecen de la precisión necesaria para evitar que se produzcan situaciones que, según el mencionado comentario, la Comisión trataba de eludir».

2) El Canadá considera que el concepto de retroactividad, incorporado en el párrafo 2 del artículo 18, «debe circunscribirse en la mayor medida posible».

3) Chile sugiere, con respecto al párrafo 2 del artículo 18, «la necesidad de dejarse constancia de que este apartado regiría sólo en el intervalo que media entre la configuración de la infracción y la utilización de los mecanismos destinados a hacer efectiva la responsabilidad internacional subsecuente».

4) Los Países Bajos hacen observar lo siguiente: «la objeción que se puede hacer a la formulación actual del párrafo 2 del artículo 18 es que no establece con bastante claridad que es la norma fundamental del carácter perentorio de la ley lo que determina sus efectos: fuerza retroactiva o efecto inmediato».

5) Yugoslavia sugiere incorporar «algunos elementos del comentario en el párrafo 2 [del artículo 18] a fin de que las disposiciones propuestas resulten más claras de la lectura misma del texto».

6) Suecia considera que el párrafo 2 del artículo 18 «no parece compatible con los artículos 64 y 71 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados» y señala que «se puede alegar que el párrafo 2 del artículo 18 trata de la existencia o inexistencia de una obligación [...] y que, por consiguiente, no debiera figurar en un

¹⁶ *Ibid.*, pág. 107.

¹⁷ *Ibid.*, págs. 113 y 114.

instrumento jurídico que trata de codificar únicamente normas secundarias».

7) Malí subraya la relación entre el artículo 18 y los artículos 24 a 26 y, por consiguiente, sugiere poner de relieve esa vinculación, bien ajustando la redacción de esos artículos al artículo 18 o mediante referencias cruzadas.

8) Suecia expresa algunas dudas acerca de los párrafos 4 y 5 del artículo 18, y los considera «de difícil comprensión», pues tratan de «problemas que supuestamente podrían resolverse usando la lógica común».

9) En opinión del actual Relator Especial, es evidente que el párrafo 2 del artículo 18 trata de una cuestión del denominado derecho intertemporal (es decir, del conflicto entre normas primarias en el tiempo). Dichas cuestiones surgen en cualquier sistema jurídico. En realidad, en los casos en que se establece una norma, corresponde en primera instancia a los que la han establecido indicar su ámbito previsto de aplicación, incluida su aplicación frente a otras normas primarias, pasadas, presentes y futuras.

10) En el sistema jurídico internacional podemos establecer como punto de partida que existen, posiblemente existían y esperamos que existirán, ciertas normas imperativas de derecho internacional *jus cogens*, formalmente definidas en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite *acuerdo en contrario** y que sólo puede ser *modificada** por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

11) En cuanto a la vigencia de una norma imperativa de derecho internacional general referente a las normas establecidas en los tratados, la Convención de Viena de 1969 contiene disposiciones especiales en los artículos 53 (primera oración), 64, 71 y apartado *a* del artículo 66. Todas estas disposiciones, al igual que la definición de *jus cogens*, están «orientadas hacia el futuro», en el sentido de que nos dicen cuáles son las relaciones jurídicas entre Estados desde el momento en que una norma de *jus cogens* entra en vigor, y hasta el momento en que una norma posterior de *jus cogens* establece una disposición en contrario.

12) Obviamente, «la comunidad internacional en su conjunto» no está obligada ni por la definición ni por las demás disposiciones sobre *jus cogens* que figuran en la Convención de Viena de 1969. Cabe concebir, por ejemplo, que la comunidad, a la vez que acepta y reconoce una norma determinada, derogue su aplicación expresamente, en virtud del apartado *b* del párrafo 2 del artículo 71, al determinar que dicha norma no afecta a los derechos, obligaciones o situaciones (específicos) creados por la ejecución de un tratado (específico) antes de su terminación en virtud de esa norma.

13) Lo mismo cabe decir del párrafo 2 del artículo 18 del presente proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Cabe concebir, por ejemplo, que la comunidad internacional en su conjunto, al crear una norma imperativa de derecho internacional, determine expresamente que esa norma no surtirá los efectos retroactivos previstos en el párrafo 2 del artículo 18. En este

sentido, la observación formulada por los Países Bajos (párr. 4 *supra*) resulta correcta, aunque, a juicio del actual Relator Especial, no es preciso modificar la redacción de ese artículo.

14) Por otra parte, debe recordarse que, en virtud del párrafo 2 del artículo 18, el efecto retroactivo de una norma de *jus cogens* es más bien limitado. Incluso habría afirmar que, en cierto modo, no existe ningún efecto retroactivo; la disposición se aplica más bien a la hipótesis de un procedimiento de arreglo de una controversia entre Estados, iniciado después de la entrada en vigor de una norma de *jus cogens*. En el arreglo de dicha controversia la norma de *jus cogens* se debe tener en cuenta en la medida en que la conducta prescrita (no simplemente admitida) por esa norma a partir de su entrada en vigor, «dejará de considerarse como un hecho internacionalmente ilícito». En su comentario (párr. 18) al artículo 18¹⁸, la Comisión ha dejado perfectamente claro que «el hecho del Estado no se considera retroactivamente lícito *ab initio*, sino únicamente a partir del momento en que haya entrado en vigor la nueva norma de *jus cogens*». Lo que tal vez resulte menos claro es que la aplicación de la norma intertemporal del párrafo 2 del artículo 18 debe suscitar la cuestión del momento y la duración de la violación de una obligación internacional, cuestión que se trata en los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 18 y en los artículos 24, 25 y 26.

15) La consecuencia normal (véanse de todos modos párrs. 12 y 13 *supra*) de una norma de *jus cogens* que prescribe una conducta determinada es que, desde el momento de su entrada en vigor, la conducta prescrita ya no constituye violación de una obligación internacional. El efecto retroactivo del párrafo 2 del artículo 18 consiste entonces en que, incluso aunque la conducta nuevamente prescrita se produjo antes de la entrada en vigor de la norma pertinente de *jus cogens*, esa conducta ya no se considera como un hecho internacionalmente ilícito después de la entrada en vigor de dicha norma. Si se siguen los razonamientos expuestos por la Comisión a lo largo de su tratamiento del tema, es decir, que un hecho internacionalmente ilícito crea nuevas relaciones jurídicas desde el momento en que se produce, parecería justificado establecer una analogía con un tratado que crea (o cuya ejecución crea) una nueva relación jurídica entre Estados. Habría que referirse entonces al inciso *b* del párrafo 2 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969 para orientarse. Esta norma se inspira en una distinción bien conocida, establecida por el árbitro Max Huber en el *Asunto de la isla de Las Palmas (Miangas)*¹⁹, entre «la creación» de una situación jurídica y su «manifestación continua». Aparte de la dificultad intrínseca, a menudo mencionada, de esta distinción²⁰, surge la dificultad de que algunas de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito, de conformidad con los artículos de la segunda parte del proyecto, no están en sí mismas en conflicto con la (nueva) norma de *jus cogens*. De este modo, aun-

¹⁸ *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), pág. 90.

¹⁹ Fallo arbitral de 4 de abril de 1928; véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), pág. 829.

²⁰ Véase, por ejemplo, P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.

que es evidente que el Estado lesionado por la violación de una obligación internacional cometida antes de la entrada en vigor de la norma de *jus cogens*, no puede, después de esa entrada en vigor, exigir el cumplimiento tardío de la obligación, el sustituto del cumplimiento, consistente en el pago de una suma de dinero, no está en sí mismo «en conflicto» con la norma de *jus cogens*. Sin embargo, un tribunal internacional que, tras la entrada en vigor de la norma de *jus cogens*, decide que dicha reclamación es válida, considera necesariamente que la conducta pasada constituye un hecho internacionalmente ilícito. Además, si los Estados interesados llegan a un acuerdo, según el cual el Estado que cometió en el pasado lo que, a la sazón, constituía un hecho internacionalmente ilícito se compromete a pagar una suma de dinero, a título de indemnización, al Estado entonces lesionado, dicho acuerdo probablemente no sea nulo *ab initio*, incluso aunque se haya concertado después de la entrada en vigor de la (nueva) norma de *jus cogens*.

16) En realidad, lo que el párrafo 2 del artículo 18 parece querer expresar es, más bien, que tras la entrada en vigor de una norma de *jus cogens*, los Estados —utilizando la redacción del apartado a del párrafo 1 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969— deberán «eliminar [...] las consecuencias» (en este contexto, las consecuencias jurídicas en el sentido del artículo 1 de la segunda parte del proyecto) de todo acto que ahora esté prescrito por esa norma, siempre que se mantengan las consecuencias jurídicas ya «ejecutadas» antes de la entrada en vigor de esa norma (como por ejemplo un acuerdo alcanzado mediante negociaciones o por otros conductos).

17) Sin embargo, en su comentario, la Comisión no parece ir tan lejos, ya que establece una distinción entre el período de tiempo anterior a la entrada en vigor de la norma de *jus cogens* y el período posterior a dicha entrada en vigor, independientemente de la fecha de arreglo de la reclamación pertinente del Estado lesionado, ya que el hecho original internacionalmente ilícito continúa siéndolo hasta la fecha de entrada en vigor de la norma de *jus cogens*. Probablemente esta posición está motivada por la consideración de que la negociación de un arreglo lleva a menudo mucho tiempo y el Estado autor del hecho original no debe beneficiarse del subsiguiente cambio radical de opinión de «la comunidad internacional de los Estados en su conjunto» en cuanto a la ilicitud de cierta conducta, demorando intencionalmente el arreglo de la reclamación original.

18) En opinión del Relator Especial todo depende del objeto y la finalidad de la norma particular de *jus cogens* en el caso de que se trate. Si se examina la situación en sí misma, en el plano internacional, no parece muy probable que la conducta que se consideró ilícita de repente pase a ser considerada no sólo como permitida sino incluso obligatoria. Parece mucho más probable que se produzca una etapa intermedia (como si dijéramos de gestación) en la que la ilicitud original pasa a ser dudosa. Después de todo la resolución de un conflicto entre la necesidad de reglamentar las relaciones entre los Estados en su dimensión de tales y los intereses de la humanidad en su conjunto constituye, con frecuencia, la razón de ser de la emergencia de una norma imperativa de derecho internacional. Por consiguiente, una norma residual de derecho intertemporal en esta esfera, aunque

por una parte no debe interferir con las reclamaciones respecto de las cuales ya se ha conseguido un arreglo, tal vez debiera al mismo tiempo mantener abierta la posibilidad de una indemnización por daños causados por un hecho que anteriormente se consideraba internacionalmente ilícito y que luego pasó a ser obligatorio.

19) De este modo, el efecto normal de la aparición de una norma imperativa de derecho internacional, mediante la que una conducta se convierte en obligatoria, tendría más bien las características de una «circunstancia que excluye la ilicitud» de esa conducta específica en el pasado mientras que, no obstante —por analogía con el artículo 35 de la primera parte del proyecto—, no prejuzgaría «ninguna cuestión que pudiera surgir respecto de la indemnización por daños causados por ese acto».

20) Mitigada de este modo —y sin perjuicio del lugar que se le asigne en el proyecto final—, la redacción de la norma que figura actualmente en el párrafo 2 del artículo 18 podría dejarse en su forma actual aunque, por supuesto, debería modificarse el comentario. En realidad, el comentario actual —tal como se hizo observar en los comentarios escritos de Austria (véase párr. 1 *supra*) y Yugoslavia (véase párr. 5 *supra*)— no está plenamente reflejado en el texto mismo del párrafo.

21) Las reservas sugeridas en el párrafo 19 *supra* apuntarían hacia la misma dirección que los comentarios escritos del Canadá (véase párr. 2 *supra*).

22) A juicio del actual Relator Especial, la sugerencia que figura en los comentarios escritos de Chile (véase párr. 3 *supra*) no solucionaría el problema. En efecto, existen tres fechas pertinentes: a) la fecha en que se produce la violación; b) la fecha de entrada en vigor de la norma imperativa de derecho internacional; y c) la fecha de utilización de los mecanismos destinados a hacer efectiva la responsabilidad internacional subsiguiente. Si, en la serie cronológica, la fecha c figura antes de la fecha b, no parecería haber problema alguno; normalmente no cabe suponer que al establecer una norma imperativa de derecho internacional medie intención alguna de interferir en el arreglo de la reclamación original, ni con ningún otro tipo de arreglo cuyo procedimiento se haya iniciado formalmente. Por supuesto, tampoco se plantea ningún problema si la fecha a aparece después de la fecha b. El único caso en que surgen problemas es cuando las fechas a y b aparecen antes de la fecha c.

23) Los comentarios escritos de Suecia (véase párr. 6 *supra*) parecen correctos. En efecto, el párrafo 2 del proyecto de artículo 18 trata de describir los efectos —en términos del tiempo— de determinadas normas primarias. Pero parece inevitable hacerlo en el contexto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El concepto de norma imperativa de derecho internacional ha sido aceptado y no cabe ignorar sus consecuencias sobre las normas de responsabilidad de los Estados. La Comisión ha reconocido la posición especial del *jus cogens* en varios otros contextos de la responsabilidad de los Estados.

24) Los comentarios escritos de Malí (véase párr. 7 *supra*) son correctos (compárese con el párr. 14 *supra*) y plantean la cuestión del lugar que ha de asignarse al párrafo 2 del proyecto de artículo 18, así como la mitigación sugerida (compárese con el párr. 19 *supra*), en el

conjunto final del proyecto de artículos. El actual Relator Especial está plenamente convencido de la estrecha vinculación existente entre los párrafos 1, 3, 4 y 5 del proyecto de artículo 18 y los proyectos de artículo 24 a 26; el efecto de la obligación y la determinación jurídica del «momento y la duración» de su violación son efectivamente dos caras de la misma moneda. Ello tal vez mueva a la Comisión a colocar finalmente al importantísimo proyecto de artículo 19 inmediatamente después del proyecto de artículo 17 y ubicar al párrafo 2 del proyecto de artículo 18, en su forma mitigada sugerida, como disposición que trata un aspecto especial del problema intertemporal, inmediatamente después del proyecto de artículo 26.

25) Las dudas expresadas por Suecia (véase párr. 8 *supra*) se refieren a los párrafos 4 y 5 del artículo 18 únicamente; aparentemente, los párrafos 1 y 3 no suscitan tales dudas. A juicio del actual Relator Especial, los párrafos 1, 3, 4 y 5 del proyecto de artículo 18 deben leerse conjuntamente con los artículos 24 a 26, que, a su vez, están relacionados con los artículos 20, 21 y 23, ya que introducen una tipología de obligación y de los correspondientes hechos del Estado. Por consiguiente, se propone tratar al mismo tiempo los comentarios escritos sobre estas disposiciones.

Artículo 20.—Violación de una obligación internacional que exige observar un comportamiento específicamente determinado

Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige observar un comportamiento específicamente determinado cuando el comportamiento de ese Estado no esté en conformidad con el que de él exige esa obligación.

Artículo 21.—Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado

1. Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige el logro, por el medio que elija, de un resultado determinado si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra el resultado que de él exige esa obligación.

2. Cuando un comportamiento del Estado haya creado una situación que no esté en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay violación de la obligación si el Estado tampoco logra mediante su comportamiento ulterior el resultado que de él exige esa obligación.

Artículo 23.—Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado

Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional sea prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado, sólo habrá violación de esa obligación si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra ese resultado.

Artículo 24.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo

La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo se producirá en el momento en que se realice ese hecho. La perpetración de la violación no se extenderá más allá de ese momento, aunque los efectos del hecho del Estado se prolonguen en el tiempo.

Artículo 25.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter continuo se producirá en el momento en

que comience ese hecho. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período durante el cual ese hecho continúe y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos se producirá en el momento en que se realice la acción u omisión de la serie que determine la existencia del hecho compuesto. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período desde la primera de las acciones u omisiones que en conjunto constituyan el hecho compuesto que no esté en conformidad con la obligación internacional y mientras se repitan esas acciones u omisiones.

3. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter complejo, constituido por una sucesión de acciones u omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan en un mismo asunto, se producirá en el momento en que se realice el último elemento constitutivo de ese hecho complejo. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período comprendido entre el comportamiento que haya iniciado la violación y el que la haya perfeccionado.

Artículo 26.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado

La violación de una obligación internacional que exija del Estado prevenir un acontecimiento dado se producirá en el momento en que comience ese acontecimiento. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período durante el cual continúe el acontecimiento.

1) El Canadá considera que los artículos 20, 21 y 23 deben «revisarse para determinar con certeza si la distinción que hacen es necesaria y práctica».

2) La República Federal de Alemania considera que los artículos 20 y 26 son «muy abstractos y teóricos», y en especial considera necesario «aclarar la relación» entre los artículos 20 y 23.

3) Austria señala, en relación con el artículo 23, que la calificación de las obligaciones que figura en el comentario no se encuentra en el texto mismo del artículo.

4) Los Países Bajos opinan que la diferencia entre las disposiciones que figuran en el párrafo 1 del artículo 21 y el artículo 23 es «demasiado ligera para justificar un tratamiento separado».

5) Malí considera que la redacción actual del artículo 23 es «demasiado categórica» y opina que debe definirse la relación entre este artículo y el párrafo 1 del artículo 21.

6) A propósito de los artículos 24, 25 y 26, el Canadá se pregunta «si existe realmente una necesidad que justifique los detalles y la complejidad de estas tres normas».

7) En opinión del actual Relator Especial existen dos razones principales para que la Comisión establezca una tipología de obligaciones y de violaciones de éstas. Una de las razones está relacionada con el artículo 22, relativo al agotamiento de los recursos internos, y se tratará bajo ese título. La otra es el *factor tiempo* (momento y duración) y su pertinencia jurídica para varias cuestiones que surgen en el contexto de las partes segunda y tercera del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La última razón se subraya en el comentario (párr. 5) al artículo 24²¹. El factor cronológico, por supuesto, también resulta pertinente en relación con los plazos de los efectos de la norma de derecho in-

²¹ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 86.

ternacional que impone la obligación violada (véase art. 18).

8) Debe recordarse que en el apartado *b* del artículo 3 y en el artículo 16 se expone el elemento objetivo de un hecho internacionalmente ilícito en términos de «violación de una obligación internacional del Estado». Resulta evidente que el comportamiento exigido de un Estado en virtud de una obligación internacional es un asunto de (interpretación de) la norma primaria. Cabe distinguir varios tipos de exigencias, pero la pertinencia de dichas distinciones para las distintas cuestiones, indicadas en los párrafos anteriores, necesita demostrarse en cada caso concreto. De este modo, por ejemplo, como ya se hizo observar anteriormente en el contexto del párrafo 2 del artículo 18, los efectos de una norma de derecho internacional no se limitan necesariamente a los actos o los hechos que tuvieron lugar, ni a las situaciones que comenzaron y cesaron de existir dentro del plazo que va desde la entrada en vigor hasta la extinción de esa norma.

9) La Comisión ha distinguido tres tipos de exigencias (observar un comportamiento específicamente determinado, el logro de un resultado determinado, y la prevención de un acontecimiento dado) y cuatro tipos de hechos del Estado (hecho que no se extienda en el tiempo; hecho de carácter continuo; hecho compuesto, y hecho de carácter complejo). En realidad, por lo que hace a los artículos de la primera parte del proyecto aprobados en primera lectura, y los artículos de las partes segunda y tercera propuestos o aprobados en primera lectura, la pertinencia jurídica de estas distinciones tiene más bien un carácter limitado.

10) Por otra parte, ha de existir una gran variedad de obligaciones en virtud del derecho internacional. En particular, las obligaciones de observar un comportamiento determinado impuestas por una norma de derecho internacional están por lo general explícita o implícitamente vinculadas a la protección de intereses particulares de otro sujeto de derecho internacional, posiblemente mediante el «objetivo y finalidad» de la norma²². La particularidad del comportamiento, además del carácter específico del resultado exigido, no se caracterizan muchas veces por sí mismos. De ahí las objeciones que, por ejemplo, se han suscitado respecto de la redacción del artículo 23 (véanse párrs. 3 y 5 *supra*).

11) Respecto de los cuatro tipos de hechos del Estado, debe reconocerse que, en realidad, «un hecho que no se extienda en el tiempo» es algo que no existe. Por supuesto, pueden existir obligaciones jurídicas que solamente pueden cumplirse o violarse mediante una serie de actos u omisiones que se producen en momentos distintos, a fin de constituir un comportamiento específicamente determinado o para lograr acumulativamente un resultado determinado. Por otra parte, pueden existir obligaciones *per se*, para las que los efectos (en términos de resultados) de un comportamiento que no se ajusta a las exigencias resultan irrelevantes. La cuestión de si, en tales casos, los actos u omisiones, o los resultados (finales), que se producen más allá del período en que la obligación está en vigor deben tenerse en cuenta para

evaluar la existencia o la inexistencia de una violación de la obligación es difícil de determinar, ya que hay que reconocer que no siempre se puede dar la misma respuesta para todas las consecuencias jurídicas de una violación (véase párr. 7 *supra* y párr. 14 *infra*).

12) A este respecto, los párrafos 1, 3, 4 y 5 del artículo 18, que tratan de los «hechos del Estado», no parecen estar completamente de acuerdo con los artículos 24 a 26, que tratan de las «violaciones». Mientras que en el primer conjunto de disposiciones se prevé que se tengan en cuenta los hechos acaecidos únicamente durante el período en que la obligación estaba en vigor respecto del Estado interesado, el segundo grupo de disposiciones se interpreta de manera diferente y en ellas se distingue entre el comienzo y la terminación de la violación. En el caso del artículo 24, se supone que ambos momentos coinciden (en efecto, en los ejemplos dados —muerte, destrucción— el hecho, hablando en términos jurídicos, es el resultado); en el párrafo 1 del artículo 25, a efectos de determinar la existencia de una violación, sólo es pertinente el momento en que comience el hecho, aunque la duración de la violación no puede exceder el período de vigencia de la obligación («y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional»); en el caso del párrafo 2 del artículo 25, sólo resulta pertinente el momento de la terminación, aunque la duración de la violación se retrotrae hasta el momento de la primera acción u omisión (¿independientemente del momento de entrada en vigor de la obligación?); en el párrafo 3 del artículo 25, se aplica la misma solución que en el caso del párrafo 2 de ese mismo artículo; finalmente, en el artículo 26, en que el resultado exigido es la ausencia de un acontecimiento dado, sólo es pertinente el momento en que se produce el acontecimiento, aunque la duración de la violación abarca todo el período durante el cual continúe el acontecimiento (¿independientemente del momento en que la obligación deje de estar en vigor?).

13) A juicio del actual Relator Especial el hecho de que: *a*) la vigencia de la obligación (art. 18); *b*) el contenido de la obligación (arts. 20, 21 y 23); *c*) el momento y duración de la violación (arts. 24, 25 y 26), y *d*) las consecuencias jurídicas de la violación (párrafo 5 del comentario al artículo 24) se consideren como grupos distintos de cuestiones jurídicas (separadas en grupos y unificadas en el seno de cada grupo) no tiene en cuenta la relación que existe entre esas fases en el proceso jurídico total y, por consiguiente, podría dar lugar a confusiones e interpretaciones artificiales a efectos de la aplicación de las normas, incluso aunque se admita el carácter residual de las disposiciones (como, por ejemplo, en el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969). Esto puede explicar las dudas expresadas —aunque vagamente, según se reconoce— en los comentarios escritos de los Gobiernos. Por otra parte, en la literatura sobre el tema las dudas están mucho más sustanciadas²³.

²² Compárese, por ejemplo, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

²³ Véase, por ejemplo, J. Combacau, «Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse», *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pág. 181; J. Combacau et D. Alland, «“Primary” and “secondary” rules in the law of State responsibility categorizing international obligations», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haya, vol 16, pág. 81; y J. J. A. Salmon, «Le fait étatique complexe: une notion contestable», *Annuaire français de droit international*, 1982, Paris, vol. 28, pág. 709.

14) Un ejemplo puede ilustrar la idea anterior. La primera cuestión se plantea en relación con el significado de las palabras «momento» y «duración» de una violación. A primera vista, cabría inclinarse a pensar que la «duración» es una secuencia continua de momentos, en especial cuando esas palabras van acompañadas con expresiones tales como «comienza», «continúa», «se culminó», «se inició» y «se completó», y se refieren conjuntamente a lo que cabría denominar «tiempo de perpetración» (arts. 24, 25 y 26). La consecuencia necesaria de esta opinión sería que cualquier momento incluido en el tiempo de perpetración constituiría un momento en que se produce la violación. Empero, esta conclusión es incompatible con la diferenciación establecida en los artículos 24 a 26. Aparentemente, el momento y la duración de una violación no están en una relación de equivalencia. En efecto, el «momento» parece referirse al plazo de vigencia de la obligación, mientras que el término «duración» parece más bien pertinente a una de las consecuencias jurídicas de una violación, es decir, según el comentario (párr. 5) al artículo 24²⁴, la determinación de los perjuicios ocasionados por un determinado hecho internacionalmente ilícito y, por consiguiente, del monto de la indemnización que debe pagar el Estado que ha cometido el hecho de que se trata». Sin embargo, a este respecto, en virtud del artículo 24, el hecho de un Estado «que no se extienda en el tiempo» carece en absoluto de duración; no obstante, los efectos de dicho acto son claramente pertinentes para determinar el monto de la indemnización y dichos efectos tienen que evaluarse, entre otras cosas, en términos de la duración del interés permanentemente afectado por la violación. Por otra parte, como se indica en el mismo párrafo del comentario del artículo 24: «la determinación del momento y la duración de la violación de una obligación afectará siempre la determinación del *momento** a partir del que comenzará a correr el plazo de prescripción [...]». Pero cabe preguntarse qué momento es ese: ¿la primera o última secuencia del «tiempo de perpetración» (ampliado), o un momento intermedio? Y, pasando a otra fase del proceso jurídico total, en el mismo párrafo se indica que la determinación del momento y duración de una violación puede resultar decisiva

[...] para dilucidar cualquier duda respecto de la existencia de la competencia de un tribunal internacional para entender de una controversia dimanante de la violación por un Estado de una obligación internacional, cuando el acuerdo concertado por las partes en la controversia incluye una cláusula que limite la jurisdicción establecida en el acuerdo, o en él mencionada, a las controversias relativas a «hechos» o «situaciones» subsiguientes a una fecha específica, siempre que las partes no hayan establecido expresamente criterios especiales para la interpretación de esa cláusula [...]

Por otra parte, las últimas palabras que acaban de citarse subrayan el carácter residual de los proyectos de artículos que en este contexto se examinan. En cualquier caso, la Comisión, en el comentario (párr. 10) al artículo 24²⁵, considera el análisis del *Asunto de los fosfatos de Marruecos*²⁶ «especialmente instructivo» para la distinción entre hechos instantáneos de efectos continuados y hechos continuados de naturaleza duradera. Pero este caso se basa en la interpretación de las pa-

labras «con respecto a situaciones o hechos subsiguientes a dicha ratificación» que figuran en el instrumento pertinente. Además, en el contexto de la aplicación de la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la tendencia —citada en el comentario (párr. 21) al artículo 18²⁷— ha sido más bien aceptar la competencia del órgano judicial incluso si el hecho del Estado, que limita o niega a un individuo una de sus libertades fundamentales, data de antes de la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto del Estado implicado en la controversia. Indudablemente el objetivo y la finalidad del sistema creado en virtud de esa Convención es paralelo a esta tendencia.

15) Habida cuenta de las observaciones anteriores, el actual Relator Especial opina que la Comisión debe reconsiderar si es conveniente tratar en absoluto el *factor tiempo* en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Indudablemente el problema en cuanto tal existe, y tiene que solucionarse en la práctica. Se trata sólo de determinar si es factible elaborar de una manera suficientemente clara, y sin ambigüedades, las normas para la solución del problema. El actual Relator Especial tiene dudas a este respecto. En realidad, en la esfera de los sistemas jurídicos nacionales de varios países, la jurisprudencia ha demostrado que las disposiciones legislativas generales en esta esfera rara vez se prestan con facilidad a proporcionar directrices que estén en consonancia con la gran variedad de normas y situaciones. Ello no es sorprendente, ya que, como señaló el famoso escritor argentino Jorge Luis Borges, el tiempo es un tema poco dócil.

16) En la esfera jurídica, toda norma, relación, estatuto u obligación tiene sus límites en el tiempo: entra en vigor y se extingue. Ello no significa que los hechos acaecidos fuera de estos límites temporales carezcan *a priori* de pertinencia a efectos del contenido de esa norma, relación, estatuto u obligación. Pero la medida y la manera en que son pertinentes²⁸ es un asunto de elección que han de efectuar quienes establecen la norma, relación, estatuto u obligación. A menudo esta elección no se lleva a cabo, o la cuestión se deja de una manera más o menos ambigua. Pero dichas normas —o más bien metanormas— son inevitablemente más abstractas y se prestan en mayor medida al uso de la ficción que cuando se efectúa la elección por parte de quienes establecen la norma, relación, estatuto u obligación. Dichas metanormas tienden a ser o demasiado revolucionarias o demasiado conservadoras. Ello es especialmente cierto en el caso del derecho internacional moderno, debido a su característica de tratar de conciliar la coexistencia de Estados soberanos y las exigencias de la humanidad.

Artículo 22.—Agotamiento de los recursos internos

Cuando el comportamiento de un Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda, no obstante, lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay

²⁴ Véase nota 21 *supra*.

²⁵ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 88.

²⁶ Fallo de 14 de junio de 1938, *C.P.J.I. serie A/B, N.º 74*, pág. 10.

²⁷ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 91, nota 436.

²⁸ Compárese con el comentario al artículo 18, *ibid.*, pág. 91, nota 433.

violación de la obligación si los particulares interesados han agotado los recursos internos efectivos que tienen a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación, o si esto no fuera posible, un trato equivalente.

1) Austria «no considera conveniente limitar la aplicación del artículo 22 a las obligaciones mencionadas en el artículo 21, sino que habría que incluir las obligaciones que exigen la adopción de un tipo determinado de comportamiento en la oración introductoria del artículo 22».

2) El Canadá considera que el proyecto de artículo 22 debe volver a formularse, a fin de tener en cuenta la excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos en los casos «de perjuicios causados a extranjeros o sus bienes fuera del territorio del Estado interesado».

3) Malí opina que «el artículo 22 debe reflejar el hecho de que la violación de una obligación puede producirse mientras los recursos internos se prolongan indefinidamente».

4) Los Países Bajos consideran que el requisito de agotamiento de los recursos internos debe limitarse a aquellos casos en que la violación se produce dentro de la jurisdicción de ese Estado.

5) La República Federal de Alemania «ha considerado siempre que esta norma constituye un requisito *procesal* para la sustanciación de reclamaciones dimanantes de la violación de una obligación internacional sustantivamente definida».

6) España, en relación con el artículo 22, hace observar que este artículo no abarca la situación en que —como sucede en virtud de la Constitución española de 1978— el Gobierno central, por propia iniciativa, puede impedir o reparar el daño cuando una entidad pública territorial comete una violación del derecho internacional.

7) El actual Relator Especial opina que en estos comentarios escritos se reflejan dudas acerca de la interpretación de la norma del agotamiento de los recursos internos, incorporada en el proyecto de artículo 22, en relación con el párrafo 2 del artículo 21 y con la noción de «hecho complejo» (art. 18, párr. 5, y art. 25, párr. 3). En efecto, el proyecto de artículo 22 se considera como un caso especial de aplicación del párrafo 2 del artículo 21 y la «sucesión de acciones u omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan en un mismo asunto», tal como puede ocurrir durante el agotamiento de los recursos internos, constituye el principal ejemplo de la noción de hecho complejo.

8) Es evidente que se trata de nuevo de una cuestión de interpretación de la norma primaria misma, es decir, si la obligación —según la expresión utilizada en el párrafo 2 del artículo 21 y el artículo 22— «permite que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado». Según el proyecto de artículo 22, cuando se trata de «una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros», el particular extranjero interesado debe tomar la iniciativa de agotar los «recursos internos efectivos que tiene a su dis-

posición», y la violación queda entonces «perfeccionada» únicamente cuando el agotamiento de los recursos internos no consigue obtener el resultado exigido (o uno equivalente); no obstante, según el párrafo 5 del proyecto de artículo 18, se produce una violación incluso si el «hecho complejo» se completa únicamente después del período durante el cual la obligación se halla en vigor respecto del Estado interesado. No se menciona en esta disposición la situación en la que, después de la terminación de la vigencia de la obligación, el «hecho complejo» no se completa, y el resultado (que ya no se exige), o un resultado equivalente, se consigue mediante el agotamiento definitivo de los recursos internos o de cualquier otro modo mediante actos *motu proprio* del Estado.

9) Parece, pues, plantearse la cuestión de por qué debe concederse un trato especial a las «obligaciones internacionales relativas al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros». ¿Acaso la razón de la norma que impone el agotamiento de los recursos internos estriba en el razonamiento de que el Estado no ha actuado verdaderamente hasta que todos sus órganos competentes hayan adoptado una postura definitiva en el caso? ¿O se considera que el no agotamiento de los recursos internos constituye una especie de negligencia por parte del extranjero? En el primer caso no parece haber razón alguna que justifique un trato especial de las obligaciones relativas al trato que ha de concederse a los extranjeros, ya que basta con la afirmación de que cualquier obligación que exige el logro de un resultado determinado permite que dicho resultado, o un resultado equivalente, pueda lograrse mediante una conducta subsiguiente del Estado. En el segundo caso, cabe establecer el requisito de que el extranjero mismo tome la iniciativa pero dicho requisito o exigencia tiene más bien las características de una condición para que los intereses del extranjero se atribuyan a su Estado, en el plano internacional, y debe calificarse. De hecho, dichas calificaciones se sugieren tanto en los comentarios escritos de la República Federal de Alemania (véase párr. 5 *supra*) como en los del Canadá, Malí y los Países Bajos (véanse párrs. 2, 3 y 4 *supra*).

10) Cabe señalar que si la Comisión ha de aprobar el apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 de la segunda parte, la interpretación de dicha obligación de resultado, cuando no es realmente una obligación de lograr un resultado específico, sino que se permite lograr un resultado final equivalente en algún momento indefinido, parecería un ejercicio innecesario. En efecto, la única razón de dicha interpretación sería suspender la aplicación de contramedidas o la presentación de una reclamación ante un tribunal internacional por parte del Estado lesionado por un período razonable, durante el cual el Estado autor podría, mediante un comportamiento sustitutivo (equivalente), legalizar la situación. Las exigencias de una iniciativa del particular extranjero mismo (el agotamiento de los recursos internos) se basan en una razón completamente distinta, a saber, que la situación se halla dentro de la jurisdicción del Estado presuntamente autor del hecho ilícito.

11) Por las razones anteriormente expuestas, el actual Relator Especial presenta las siguientes sugerencias para que la Comisión las considere:

a) Supresión del párrafo 2 del artículo 21; y

b) Volver a redactar el artículo 22 del modo siguiente:

«Cuando el comportamiento de un Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas naturales o jurídicas, sólo hay violación de la obligación si los particulares interesados han agotado los recursos internos efectivos que tienen a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación o, si esto no fuera posible, un trato equivalente.»

12) La nueva formulación sugerida para el artículo 22 estaría también en consonancia con el comentario escrito de Austria (véase párr. 1 *supra*). Las observaciones formuladas por España (véase párr. 6 *supra*) no requieren una nueva formulación del artículo 22. La mera posibilidad de que el Gobierno central pueda «prevenir o reparar el daño causado» por su propia iniciativa no impone al extranjero la obligación de solicitar dichas medidas. En realidad, el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 10 se aplican al caso mencionado por España; si se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito y si el Gobierno central interviene, se cumple el requisito mencionado en el apartado b del párrafo 1 del artículo 7 de la segunda parte, propuesto por el actual Relator Especial.

INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/396*

Octavo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial

[Original: inglés]
[3 de marzo de 1986]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Nota</i>	25
PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES	25
	<i>Párrafos</i>
Nota preliminar.....	1-6 25
<i>Capítulo</i>	
I. A. Proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión	26
PARTE I.—INTRODUCCIÓN	
Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos.....	26
Artículo 2.—Términos empleados	
Párrafo 1, apartados <i>a</i> y <i>g</i>	26
Artículo 3.—Disposiciones interpretativas	
Párrafo 2	26
	<i>Párrafos</i>
<i>Notas explicativas</i>	7-10 26
PARTE II.—PRINCIPIOS GENERALES	
Artículo 6.—Inmunidad del Estado	27
Artículo 7.—Modalidades para hacer efectiva la inmunidad de los Estados	27
Artículo 8.—Consentimiento expreso para el ejercicio de jurisdicción	27
Artículo 9.—Efecto de la participación en un procedimiento ante un tribunal	27
Artículo 10.—Reconvenciones	27
	<i>Párrafos</i>
<i>Notas explicativas</i>	11-12 27
PARTE III.—EXCEPCIONES A LAS INMUNIDADES DE LOS ESTADOS	
Artículo 12.—Contratos mercantiles.....	27
Artículo 13.—Contratos de trabajo	28
Artículo 14.—Lesiones a las personas y daños a los bienes	28
Artículo 15.—Propiedad, posesión y uso de bienes	28
Artículo 16.—Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otros objetos de propiedad intelectual o industrial	28
Artículo 17.—Cuestiones tributarias	28
Artículo 18.—Participación en sociedades u otras colectividades	28
Artículo 19.—Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial.....	28
Artículo 20.—Efectos de un compromiso arbitral	29
	<i>Párrafos</i>
<i>Notas explicativas</i>	13-25 29
B. Proyectos de artículos no examinados aún por el Comité de Redacción.....	26-33 30

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/396/Corr.1.

	<i>Página</i>
PARTE II.—PRINCIPIOS GENERALES	
Artículo 6.—Inmunidad del Estado	31
	<i>Párrafos</i>
Notas explicativas	27-30 31
Artículo 6.—Inmunidad del Estado	
Alternativa A	31
Alternativa B	31
Alternativa C	31
PARTE III.—EXCEPCIONES A LAS INMUNIDADES DE LOS ESTADOS	
Artículo 11.—Aplicación de las excepciones establecidas en la presente parte [<i>texto revisado</i>]	31
	<i>Párrafos</i>
Notas explicativas	31-32 31
PARTE IV.—INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO DE LAS MEDIDAS DE EJECUCIÓN DE SUS BIENES	
Artículo 21.—Alcance de la presente parte	32
Artículo 22.—Inmunidad del Estado respecto de las medidas de ejecución	32
Artículo 23.—Efectos del consentimiento expreso a las medidas de ejecución	32
Artículo 24.—Clases de bienes que gozan generalmente de inmunidad respecto de las medidas de ejecución	32
	<i>Párrafos</i>
Notas explicativas	33 32
C. Proyectos de artículos en espera de un nuevo examen por la Comisión [<i>textos revisados y actualizados</i>]	34-42 32
PARTE I.—INTRODUCCIÓN	
Artículo 2.—Términos empleados	
Párrafo 1, apartado e, y párrafo 2	32
Artículo 3.—Disposiciones interpretativas	
Párrafo 1	33
Artículo 4.—Inmunidades jurisdiccionales no incluidas en el ámbito de los presentes artículos	33
Artículo 5.—Irretroactividad de los presentes artículos	33
	<i>Párrafos</i>
Notas explicativas	35-39 33
PARTE V.—DISPOSICIONES DIVERSAS	
Artículo 25.—Inmunidades de los soberanos y otros jefes de Estado	34
Artículo 26.—Citación y fallo dictado en rebeldía	34
Artículo 27.—Privilegios procesales	34
Artículo 28.—Restricción y ampliación de las inmunidades y privilegios	34
	<i>Párrafos</i>
Notas explicativas	40-42 34
II. OTRAS PARTES	43-50 35
A. Arreglo de controversias	44-48 35
PARTE VI.—ARREGLO DE CONTROVERSIAS	
Artículo 29.—Consulta y negociación	36
Artículo 30.—Conciliación	36
Artículo 31.—Arreglo judicial y arbitraje	36
Artículo 32.—Arreglo por acuerdo mutuo	36
Artículo 33.—Vigencia de otras disposiciones sobre arreglo de controversias	36
Anexo	36
	<i>Párrafos</i>
B. Disposiciones finales	49-50 37
PARTE VII.—DISPOSICIONES FINALES	
Artículo 34.—Firma	37
Artículo 35.—Ratificación	37
Artículo 36.—Adhesión	37
Artículo 37.—Entrada en vigor	37
Artículo 38.—Textos auténticos	37
	<i>Párrafos</i>
III. NOTA FINAL	51-60 38

NOTA

Convenciones multilaterales mencionadas en el presente informe :

	<i>Fuente</i>
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</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 de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, pág. 443.
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.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico</i> , 1978 (N.º de venta: S.80.V.1), pág. 130.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 7 de abril de 1983)	A/CONF.117/14.
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.

Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes

NOTA PRELIMINAR

1. El presente informe es el octavo y último informe preparado por el Relator Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes; contiene una serie de proyectos de artículos que la Comisión de Derecho Internacional debe examinar en primera lectura. Esta serie está casi completa, con excepción de las cláusulas finales, de las que se podría encargar la propia conferencia de codificación, y de una disposición sobre arreglo de controversias que podría consistir en un artículo o en un protocolo opcional que sería aprobado después de la aprobación general del proyecto de artículos en su conjunto. Antes de considerar si en esta etapa es necesario presentar más proyectos de artículos para completar la primera lectura, tal vez sea útil proceder a hacer una recapitulación y a determinar el estado actual de los proyectos de artículos presentados hasta ahora con miras a dejarlos listos para su primera lectura.

2. Para todos los efectos prácticos, en primer lugar es necesario hacer un recuento de los proyectos de artículos provisionalmente aprobados por la Comisión. El texto de esos proyectos se encuentra en una nota del Secretario General presentada a la Asamblea General en su cuadragésimo período de sesiones, que en su sección IV se refiere al «Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en su forma aprobada provisionalmente por la

Comisión de Derecho Internacional»¹. Para facilitar la referencia, esos proyectos se reproducen en la sección A del capítulo I, con comentarios adicionales que parecen apropiados. En ese primer grupo se incluyen, en la parte I del proyecto, el artículo 1 y partes de los artículos 2 y 3; en la parte II, los artículos 7 a 10; y en la parte III, los artículos 12 a 20.

3. En segundo lugar, sería útil mencionar los proyectos de artículos debatidos en la Comisión y sometidos a la consideración del Comité de Redacción. En esta categoría se incluyen el artículo 6 de la parte II, el proyecto de artículo 11 de la parte III y los proyectos de artículos 21 a 24 de la parte IV. Esos textos, en su versión revisada por el Relator Especial, figuran en la sección B del capítulo I con notas explicativas cuando es necesario.

4. En tercer lugar, hay proyectos de artículos de la parte I y de la parte V que ya han sido presentados por el Relator Especial y que probablemente requieran un nuevo debate en la Comisión antes de remitirlos al Comité de Redacción. En este grupo se incluyen parte de los artículos 2 y 3 y los artículos 4 y 5 de la parte I y los artículos 25 a 28 de la parte V. Esos proyectos figuran en la sección C del capítulo I.

¹ A/40/447.

5. También cabe señalar a la atención de la Comisión la posibilidad de agregar una nueva parte VI relativa al arreglo de controversias o una nueva parte VII relativa a las cláusulas finales. Esas cuestiones se examinan en el capítulo II de este informe.

6. En el capítulo III, el Relator Especial presenta las conclusiones, en las que trata de aclarar algunas dudas expresadas en el debate por la CDI o la Sexta Comisión de la Asamblea General a fin de disiparlas e insistir en la necesidad urgente de una Convención sobre la materia en vista de los alarmantes acontecimientos que se obser-

van en la práctica, en rápido desarrollo, de algunos Estados. Los principios de las inmunidades de los Estados sólo se podrán preservar cuando se convenza a los Estados de que lleguen a un acuerdo sobre el alcance de su aplicación, dejando cierta flexibilidad. De no aprobarse una convención general de esta índole o de seguir demorándose su aprobación, quedará de manifiesto que hay Estados que no tienen mayor intención de encontrar una solución de avenencia para los apremiantes problemas que subsisten. No cabe ninguna duda de que, en esa hipótesis, quienes sufrirán las peores consecuencias serán la gran mayoría de los países en desarrollo.

CAPÍTULO PRIMERO

A.—Proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión

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;

[...]

g) 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.

Artículo 3.—Disposiciones interpretativas

[...]

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.

Notas explicativas

7. El texto inicial del artículo 1 fue aprobado, con un comentario, en el 32.º período de sesiones de la Comisión² y posteriormente revisado en el 34.º período de sesiones³ para precisar con mayor exactitud el alcance más estrecho del proyecto de artículos, limitándolo a la inmunidad de un Estado de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado. Queda excluida así la cuestión

más amplia de la inmunidad de un Estado respecto del ejercicio del poder soberano de órganos no judiciales de otro Estado, como autoridades ejecutivas, administrativas o militares, en materias distintas de las funciones judiciales. Es probable que este aspecto deba ser revisado después del examen de la parte IV del proyecto.

8. El párrafo 1, apartado a, del artículo 2 es consecuencia del texto revisado del artículo 1. Se estimó necesario definir el concepto de «tribunales». En este contexto, se entiende por «tribunal» cualquier órgano de un Estado, sea cual fuere su denominación, con potestad para ejercer funciones judiciales⁴. Es posible que haya que reconsiderar esta definición a la luz del nuevo examen del ejercicio del poder para ordenar o aprobar medidas destinadas a asegurar el cumplimiento de fallos por un órgano del Estado que no desempeñe funciones judiciales.

9. El párrafo 1, apartado g, del artículo 2, cuya numeración se podrá modificar posteriormente, se introdujo como parte de un acuerdo global acerca de la excepción de los «contratos mercantiles» consignada en el artículo 12 y fue aprobado en el 35.º período de sesiones junto con las disposiciones interpretativas del párrafo 2 del artículo 3⁵. La acepción del término «contrato mercantil» queda intrínsecamente ampliada por la enumeración de tres categorías de contratos o acuerdos, excluidos los contratos de trabajo.

10. En el artículo 3, para determinar si un contrato es mercantil o no mercantil se han dado importancia y prioridad adecuadas a la prueba de la «naturaleza» y a la de la «finalidad». La referencia primordial es a la naturaleza de la transacción. Si con arreglo a la prueba de la «naturaleza» la transacción no es mercantil, decididamente el contrato no es mercantil, pero si el contrato pareciera ser mercantil por su naturaleza, habría que tener también en cuenta su finalidad si en la práctica del propio Estado, es decir, el Estado parte en el contrato, la «finalidad» es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato. La pertinencia no es un factor decisivo, ni la expresión «se tendrá en cuenta» es necesariamente determinante del carácter no mercantil

² Anuario... 1980, vol. II (segunda parte), pág. 138.

³ Anuario... 1982, vol. II (segunda parte), pág. 107, con comentario.

⁴ Ibid.

⁵ Anuario... 1983, vol. II (segunda parte), pág. 38.

del contrato. No se debe desestimar la finalidad y hay que tenerla especialmente en cuenta en relación con los esfuerzos por mitigar una hambruna o por hacer frente al brote de una epidemia o a un desastre natural en un país en desarrollo. Las consideraciones humanitarias pueden bastar para eclipsar la naturaleza aparentemente mercantil del acuerdo, de manera de dar mayor prominencia a su carácter no mercantil. En cambio, si en la práctica del Estado parte en el contrato la finalidad de la transacción no es pertinente, no se debería permitir que invocara la prueba de la finalidad para pasar sobre la naturaleza mercantil del acuerdo. La práctica del Estado del foro no está en entredicho en este contexto. En general los tribunales tienen libertad para adoptar cualquier criterio o para seguir la práctica de la rama ejecutiva de su propio gobierno al determinar el carácter no mercantil de un contrato con referencia a su «finalidad» además de la prueba primaria de su «naturaleza».

PARTE II PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 6.—Inmunidad del Estado⁶

Artículo 7.—Modalidades para hacer efectiva la inmunidad de los Estados

1. Un Estado hará efectiva la inmunidad del Estado [a que se refiere el artículo 6] absteniéndose de ejercer jurisdicción en un procedimiento ante sus tribunales contra otro Estado.

2. Un procedimiento ante un tribunal de un Estado se entenderá promovido contra otro Estado, se designe o no a éste como parte en ese procedimiento, siempre que el procedimiento tenga efectivamente por objeto obligar a dicho 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 derechos, intereses, bienes o actividades de dicho Estado.

3. En particular, un procedimiento ante un tribunal de un Estado se entenderá promovido contra otro Estado cuando se promueva contra uno de sus órganos, o contra uno de sus organismos o entidades en relación con un acto realizado en ejercicio de prerrogativa del poder público, o contra uno de sus representantes en relación con un acto realizado en su calidad de representante, o cuando el procedimiento tenga por objeto privar a dicho Estado de sus bienes o del uso de bienes que estén en su posesión o bajo su control.

Artículo 8.—Consentimiento expreso para el ejercicio de jurisdicción

Un Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un procedimiento 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:

⁶ El texto del artículo 6, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 32.º período de sesiones, con un comentario, era el siguiente:

«Artículo 6.—Inmunidad del Estado

»1. Todo Estado goza de inmunidad de la jurisdicción de otro Estado conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.

»2. La inmunidad de un Estado se hará efectiva conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.»

[*Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 139 y ss.]

Este artículo fue examinado nuevamente por la Comisión y siguió suscitando diversidad de pareceres. El Comité de Redacción también volvió a examinar el artículo 6 tal como había sido aprobado provisionalmente. Aunque el Comité de Redacción no propuso ninguna nueva formulación del artículo, la Comisión decidió volver a examinar este artículo en sus futuros períodos de sesiones. El Comité de Redacción estudió brevemente el artículo 6 en el 37.º período de sesiones, pero por falta de tiempo no pudo terminar su examen.

- 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 procedimiento ante un tribunal

1. Un Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado:

- a) si él mismo ha promovido ese procedimiento; o
- b) si ha intervenido en ese procedimiento 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 de:

- a) invocar la inmunidad; o
- b) hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en el procedimiento.

3. La falta de comparecencia de un Estado en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado no se considerará como consentimiento de ese Estado en que ese tribunal ejerza jurisdicción.

Artículo 10.—Reconvenciones

1. Un Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un procedimiento 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. Un Estado que intervenga en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado para presentar una demanda no 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. Un Estado que formule reconvención en un procedimiento promovido contra él ante un tribunal de otro Estado no podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de ese tribunal en lo concerniente a la demanda principal.

Notas explicativas

11. Los artículos de la parte II del proyecto, aprobados provisionalmente por la Comisión, con excepción del artículo 6, han suscitado relativamente pocos comentarios. Cabe observar en todo caso que el artículo 7, en la versión aprobada provisionalmente, todavía contiene entre corchetes una referencia al artículo 6, que se podrá mantener o suprimir según el resultado del nuevo examen del artículo 6.

12. En el 34.º período de sesiones la Comisión aprobó provisionalmente con sus comentarios los artículos 7, 8 y 9⁷. El artículo 10 fue aprobado provisionalmente, con un comentario, en el 35.º período de sesiones⁸.

PARTE III

EXCEPCIONES A LAS INMUNIDADES DE LOS ESTADOS

Artículo 12.—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 procedimiento basado en ese contrato mercantil y, por consiguiente, no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en ese procedimiento.

⁷ *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 108 a 120.

⁸ *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 24 y ss.

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 13.—Contratos de trabajo

1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa al respecto, la inmunidad de un Estado no podrá invocarse ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un procedimiento concerniente a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona física relativo a 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 será aplicable:

- a) si el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio de prerrogativas del poder público;
- b) si el procedimiento 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 procedimiento;
- 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 procedimiento.

Artículo 14.—Lesiones a las personas y daños a los bienes

Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa al respecto, un Estado no podrá invocar la inmunidad de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado con respecto a un procedimiento concerniente a la 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 alega ser atribuible al Estado y que ha 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 15.—Propiedad, posesión y uso de bienes

1. No podrá invocarse la inmunidad de un Estado para impedir que el tribunal de otro Estado, por lo demás competente, ejerza su jurisdicción en un procedimiento concerniente 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 en 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;
- 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 procedimiento 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 procedimiento contra él o si el derecho o interés reivindicado por el Estado no está reconocido ni fundado en un principio de prueba.

3. Lo dispuesto en los párrafos precedentes se entenderá sin perjuicio de la inmunidad de los Estados en lo que concierne al embargo y

la ejecución de sus bienes, de la inviolabilidad de los locales de una misión diplomática o especial u otra misión oficial o de los locales consulares o de la inmunidad jurisdiccional de que goza un agente diplomático en lo que concierne a los bienes inmuebles privados que posee por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión.

Artículo 16.—Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otros objetos de propiedad intelectual o industrial

Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa al respecto, la inmunidad de un Estado no podrá invocarse ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un procedimiento concerniente:

- 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 una presunta infracción cometida 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 17.—Cuestiones tributarias

Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa al respecto, la inmunidad de un Estado no podrá invocarse ante un tribunal de otro Estado en un procedimiento conveniente 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 18.—Participación en sociedades u otras colectividades

1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa al respecto, un Estado no podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado en un procedimiento 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;
- 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 19.—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 al respecto, el Estado que tenga la propiedad de un buque destinado a un servicio comercial [no estatal], o que lo explote, no podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un procedimiento concerniente 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 estatales].

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 estatal no comercial.

3. A los efectos de este artículo, se entenderá por «procedimiento concerniente a la explotación de ese buque», en particular, cualquier procedimiento 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 al respecto, un Estado no podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un procedimiento concerniente al transporte de un cargamento a bordo de un buque de propiedad de ese Estado o explotado por él y desti-

nado a un servicio comercial [no estatal] 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 estatales].

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 estatal 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 procedimiento surge alguna cuestión en relación con el carácter estatal 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 20.—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 relativo a un [contrato mercantil] [negocio civil o mercantil], ese Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, competente para ese caso concreto, en un procedimiento concerniente:

- 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.

Notas explicativas

13. La Comisión, en su 35.º período de sesiones, aprobó provisionalmente con sus comentarios el texto de los artículos 12 y 15º. El título de la parte III será examinado nuevamente una vez que se hayan considerado todas las excepciones posibles⁹.

14. El artículo 12 fue aprobado junto con sus disposiciones conexas (art. 2, párr. 1, apartado g, y art. 3, párr. 2) como se ha indicado antes (párrs. 9 y 10). Cabe recordar que la excepción que figura en este artículo se refería originalmente a un concepto más amplio de las «actividades mercantiles» pero está limitada ahora a los «contratos mercantiles» definidos en el párrafo 1, apartado g, del artículo 2 e interpretados en el párrafo 2 del artículo 3. En el curso del debate subsiguiente en la Sexta Comisión y en la CDI, se ha observado que habría que consignarse una relación más clara y marcada con el territorio del Estado del foro para justificar el ejercicio de la jurisdicción de este Estado respecto del contrato mercantil de que se trate. Se ha observado que el artículo 12, en su forma provisionalmente aprobada, deja librada la cuestión de la jurisdicción existente a «las normas aplicables de derecho internacional privado» y podría hacerse más estricta a fin de establecer un vínculo territorial más estrecho con el Estado del foro mediante la exigencia adicional de que el contrato debe celebrarse o ejecutarse total o parcialmente en el territorio del Estado del foro o, en forma más explícita aún, de que el Estado parte en el contrato mercantil debe tener establecida o mantener una oficina en el Estado del foro, de manera de afianzar la conexión territorial en virtud de la cual se justificaría el ejercicio de la jurisdicción.

⁹ *Ibid.*, págs. 27 a 38 y 39 a 42.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 23, nota 68.

15. La Comisión, en su 36.º período de sesiones, aprobó provisionalmente con sus comentarios los artículos 13 y 14, junto con los artículos 16, 17 y 18¹¹. Todas las excepciones que figuran en esos cinco artículos han sido objeto de otras observaciones en la Sexta Comisión. Las excepciones serán examinadas a la luz de los comentarios y observaciones que se formulen en el curso de la segunda lectura de los proyectos de artículos.

16. Respecto del artículo 13, cabe señalar en este punto que el requisito adicional enunciado en el párrafo 1, según el cual el trabajador debe estar «protegido por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en ese otro Estado» suscita cada vez más objeciones debido a que se considera superfluo. Esa observación se basa en que en muchos países, en su mayoría países en desarrollo, no hay disposiciones de seguridad social vigentes o cuya aplicabilidad conste.

17. La excepción relativa a las «lesiones a las personas y daños a los bienes» que figura en el artículo 14 ha dado origen a nuevas controversias y publicidad debido a las posibilidades que se abrieron a raíz del caso *Letelier c. República de Chile* (1980)¹² y del incidente relacionado con el atentado contra el buque *Rainbow Warrior* en Nueva Zelanda en julio de 1985¹³. Por otra parte, está siempre presente el peligro de que se planteen irritantes litigios, práctica que debe desalentarse, especialmente en los países altamente desarrollados en que los tribunales están asumiendo una jurisdicción cada vez más amplia y hay cada vez más oportunidades de demandas contra órganos o representantes de gobiernos extranjeros en relación con la responsabilidad por accidentes o la responsabilidad extracontractual no mercantil. Aun cuando los tribunales dieran lugar a la inmunidad o el Estado la invocara con éxito, el costo podría ser muy alto para un país en desarrollo y completamente desproporcionado con los méritos relativos de la demanda, que en todo caso podría causar problemas innecesarios. Se trata de problemas y consideraciones prácticos que merecen una atención minuciosa y seria. Una cuestión que hay que considerar en este contexto es la posibilidad de mantener la inmunidad de los Estados en relación con lesiones a las personas o daños a los bienes resultantes de actos ejecutados en el ejercicio de una función o potestad pública. Cuando la responsabilidad del Estado surge de un acto de Estado que puede calificarse de acto *jure imperii*, es dudoso que los tribunales del Estado del foro constituyan el mejor medio de resolver la controversia. Cabe aducir que el requisito de que se hayan agotado los recursos internos obliga a que el Estado del foro ejerza jurisdicción y deniegue la inmunidad y, en consecuencia, se evite una posible denegación de justicia, en particular si el Estado del foro es en realidad el *locus delicti commissi*. Bien cabe preguntarse si los tribunales

¹¹ *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 66 y ss.

¹² Estados Unidos de América, *Federal Supplement*, 1980, vol. 488, pág. 665. Véase también H. D. Collums, «The *Letelier* case: foreign sovereign liability for acts of political assassination», *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville (Va.), vol. 21, 1981, pág. 251.

¹³ Este incidente surgió a raíz de que Francia se oponía a las actividades de la organización Greenpeace, lo que culminó con el atentado contra el *Rainbow Warrior*; como consecuencia, ante los tribunales de Nueva Zelanda se han interpuesto acciones judiciales contra el Gobierno de Francia y sus agentes.

territoriales o locales deben abstenerse de ejercer jurisdicción en relación con lesiones o daños sufridos por sus propios nacionales a manos de un gobierno extranjero. Un criterio equilibrado es esencial para una buena solución de este problema. El artículo 14 bien puede constituir un equilibrio justo y delicado. Es de esperar que en la segunda lectura se aclare más la cuestión, cuando se puedan tener en cuenta más plenamente las opiniones y reacciones de los gobiernos.

18. El artículo 15 ha sido recibido favorablemente como clara excepción a la inmunidad de los Estados sobre la base del predominio de la *lex rei sitae* del foro, principio también generalmente aceptado en el derecho internacional privado en cuanto a la aplicación de la ley del lugar. Esta norma es coherente con el principio de la soberanía territorial en derecho internacional público.

19. Los artículos 16, 17 y 18 no han suscitado tanta oposición como los artículos 13 y 14, ya que, de algún modo, cada una de las tres excepciones se relaciona con la excepción principal de los contratos mercantiles que figura en el artículo 12 o la excepción relativa a los bienes que figura en el artículo 15. Además, encuentran apoyo en la práctica, bastante coherente, de los Estados en las respectivas esferas.

20. El artículo 16 ha suscitado reservas por parte de representantes de algunos países en desarrollo que quieren aclarar y disipar todas las dudas posibles respecto de su libertad de elección, su autoridad soberana para nacionalizar propiedades dentro de su propio territorio y la extensión del efecto extraterritorial que se reconocerá en relación con un decreto de nacionalización o medida de expropiación, especialmente en el contexto de la transferencia de tecnología y de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Aunque esas dudas pueden disiparse en cierto grado con el texto del párrafo 2 del artículo 11 propuesto para examen, algunos miembros de la Comisión parecen todavía renuentes a apoyar plenamente esta excepción.

21. La excepción relativa a las cuestiones tributarias que figura en el artículo 17 es esencialmente limitada en su naturaleza y ámbito de aplicación. Está justificada por la supremacía territorial del Estado del foro en relación con su facultad indiscutida de imponer gravámenes sobre las fuentes de ingresos, en el territorio o sobre la importación o entrada de bienes en el territorio.

22. La excepción de la participación en sociedades u otras colectividades que figura en el artículo 18 se basa en consideraciones similares a la de los contratos mercantiles, las que indican claramente la voluntad o el consentimiento del Estado en participar en sociedades o colectividades formadas y en funcionamiento en otro Estado.

23. La Comisión aprobó provisionalmente los artículos 19 y 20 con sus comentarios en su 37.º período de sesiones¹⁴. En razón de su alcance limitado y de su contenido especializado, cabe formular algunas otras observaciones sobre las excepciones que figuran en ellos.

24. Respecto al artículo 19, la excepción relativa al Estado que tiene la propiedad de un buque o lo explota está bien establecida en la práctica, confirmada por tratados y fallos judiciales¹⁵. En convenciones¹⁶ también se reafirma la dicotomía de dos categorías de buques sobre la base de la naturaleza de su servicio, es decir, estatal y no comercial en oposición a comercial y no estatal. La prolongada controversia se refiere a la fórmula que se apruebe finalmente, que no necesariamente reflejará esta posible dicotomía. Si bien no impugnaban la expresión «servicio estatal no comercial», algunos miembros de la Comisión se opusieron a la expresión «servicio comercial no estatal», aduciendo que la expresión «no estatal» era superflua y tal vez diera lugar a la interpretación errónea de que puede existir un servicio «comercial estatal». En una etapa posterior, posiblemente durante la segunda lectura, habrá que decidir si es necesario o no poner de relieve la posible dicotomía, ya que en todo caso hay inmunidad para el «servicio estatal no comercial» y no la hay en relación con el «servicio comercial». De ser necesaria una mayor aclaración, podría hacerse en el texto del propio artículo o en una disposición interpretativa separada. Por otra parte, pueden existir otras combinaciones y permutaciones de los dos términos opuestos, estatal y no estatal y comercial y no comercial, que no guarden relación con el presente estudio.

25. La excepción que figura en el artículo 20, como indica su nuevo título, se refiere a los «efectos de un compromiso arbitral» y, como tal, se limita a las consecuencias directas de la expresión del consentimiento para someter a arbitraje desacuerdos relativos a contratos mercantiles o a negocios civiles o mercantiles. Todavía no se ha decidido el alcance preciso del artículo. Se espera en todo caso que la cuestión quede resuelta mucho antes de que comience la segunda lectura.

B.—Proyectos de artículos no examinados aún por el Comité de Redacción

26. Los artículos que deberá examinar el Comité de Redacción en el 38.º período de sesiones de la Comisión son los que la Comisión ha remitido al Comité de Redacción en períodos de sesiones anteriores, y los que la Comisión deberá volver a examinar antes de remitirlos al Comité de Redacción (véase *infra*, secc. C).

¹⁴ Véase el comentario al artículo 19, *ibid.*, págs. 65 a 68. Véase también el sexto informe del Relator Especial, *Anuario...* 1984, vol. II (primera parte), págs. 33 y ss., documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párrs. 136 a 230.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, la Convención de Bruselas para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de buques de propiedad estatal, de 1926, y el Protocolo adicional de 1934 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, págs. 199 y 214); y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, 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, parte XII, secc. 10].

¹⁴ *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 65 y ss.

PARTE II
PRINCIPIOS GENERALES

*Artículo 6.—Inmunidad del Estado*¹⁷

Notas explicativas

27. Como ya se ha señalado, el texto del artículo 6 fue aprobado provisionalmente en el 32.º período de sesiones de la Comisión, pero ésta decidió volver a examinarlo habida cuenta de las discrepancias de opinión expresadas y de la revisión del artículo 1.

28. En el texto del artículo 6 habrá que tener en cuenta un cambio correlativo en el texto revisado del artículo 1, de modo que, en el párrafo 1, la referencia a la «inmunidad de jurisdicción» deberá ser calificada necesariamente con la expresión «de los tribunales». A raíz de la aprobación del artículo 7, el párrafo 2 es totalmente redundante. Tras celebrar consultas con los miembros del Comité de Redacción, el Relator Especial propuso algunas versiones alternativas del proyecto de artículo, ninguna de las cuales ha sido aprobada hasta el momento. A fin de facilitar el examen ulterior del artículo por el Comité de Redacción, el Relator Especial desea recordar las diversas fórmulas sugeridas, que podrían servir de base para el examen por el Comité de Redacción.

Artículo 6.—Inmunidad del Estado

ALTERNATIVA A

Todo Estado goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado en la medida prevista en los presentes artículos y con sujeción a las excepciones establecidas en ellos.

ALTERNATIVA B

Todo Estado goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado con sujeción a las excepciones (y limitaciones) establecidas en los presentes artículos.

ALTERNATIVA C

Todo Estado goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado con sujeción a lo dispuesto en los presentes artículos.

29. Se han empleado distintas expresiones para designar las excepciones establecidas en el proyecto de artículos, por ejemplo «limitaciones», «condiciones» o «salvedades». Aunque es posible que «excepciones» no sea un término suficientemente amplio, parece más realista y por lo tanto aceptable para muchos. Por otra parte, la frase «en la medida [...] y con sujeción a las excepciones establecidas en ellos» contó también con apoyo como determinación adicional del grado o la magnitud de la inmunidad que se reconoce y otorga. Hay, sin embargo, quienes no encuentran aceptable esa frase. En general, la alternativa C, que contiene la calificación más corta, «con sujeción a lo dispuesto en los presentes artículos», parece tener una acogida más favorable, aunque no ha llegado a ser objeto de consenso. Se ha sugerido una redacción similar: «salvo que en los presentes artículos se disponga otra cosa». Un miembro del Comité de Redacción no consideraba satisfactoria la alternativa C, pero la mayoría de los miembros del Comité estaría dispuesta a aceptar la fórmula «con sujeción a lo dispuesto en los presentes artículos», se incluyera o no una referencia

expresa a «las excepciones o limitaciones establecidas en los presentes artículos».

30. Puesto que el artículo 6 es fundamental en el proyecto, hay que obrar con gran cautela y moderación para que el resultado sea satisfactorio. El Comité de Redacción había estado a punto de aprobar la segunda alternativa del proyecto de artículo como fórmula de transacción que podría atender a las necesidades de todos los Estados sin menoscabar la norma de derecho internacional vigente sobre la inmunidad del Estado. El método inductivo que originariamente había recomendado y adoptado la Comisión parecería descartar el concepto de que la inmunidad no existe en caso alguno en la práctica estatal o de que la inmunidad existe en todos los casos, sin excepciones ni salvedades. La verdad parece estar en un punto intermedio, y el artículo 6 debe consignar el principio básico lo más fielmente posible. De otra manera no se podrá llegar a una solución de avenencia que sea generalmente aceptable para los Estados de diversas regiones geográficas y con distintos niveles de desarrollo.

PARTE III

EXCEPCIONES A LAS INMUNIDADES DE LOS ESTADOS

Artículo 11.—Aplicación de las excepciones establecidas en la presente parte

[Texto revisado]

1. La aplicación de las excepciones establecidas en la parte III de los presentes artículos podrá estar sujeta a una condición de reciprocidad o a cualquier otra condición pactada entre los Estados interesados.

2. Ninguna de las disposiciones de la presente parte prejuzgará la cuestión de los efectos extraterritoriales de las medidas de nacionalización tomadas por un Estado en el ejercicio de prerrogativas del poder público respecto de bienes muebles o inmuebles o de objetos de propiedad industrial o intelectual que estén situados en su territorio.

Notas explicativas

31. El único artículo de la parte III que no ha sido todavía examinado por el Comité de Redacción es el artículo 11, de carácter introductorio, y que servirá de prólogo para las excepciones a las inmunidades de los Estados establecidas en los artículos 12 a 20. El texto revisado del párrafo 1 fue presentado por el Relator Especial tras el debate que efectuó la Comisión en su 34.º período de sesiones¹⁸ con el propósito de poner de relieve el carácter residual de las excepciones establecidas en la parte III. Ha quedado de manifiesto que, si se ha de mantener el artículo 11 con su texto actual, habría que cambiar su título en la forma correspondiente. El artículo 11, en su texto actual, no apunta a definir el ámbito de aplicación de la parte III, sino que indica en general ciertas condiciones que deben darse para que se apliquen las excepciones establecidas en la parte III de conformidad con lo pactado por las partes, en particular la condición de reciprocidad y cualesquiera otras que sean pactadas. Su existencia ya no depende de lo que se decida respecto del artículo 6.

32. El párrafo 2 fue agregado después de que el proyecto de artículo 16 fuera aprobado provisionalmente

¹⁷ Véase nota 6 *supra*.

¹⁸ *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 107, nota 237.

en el 36.º período de sesiones¹⁹; fue apoyado en general por la Comisión y remitido al Comité de Redacción para su consideración²⁰. El Comité de Redacción tendría que examinar la procedencia y utilidad de incluir un párrafo de esa índole, cualquiera que sea el lugar en que haya de figurar, en el artículo 11 o en cualquier otro hacia el comienzo o el final del proyecto de artículos.

PARTE IV

INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO DE LAS MEDIDAS DE EJECUCIÓN DE SUS BIENES

Artículo 21.—Alcance de la presente parte

La presente parte se aplica a la inmunidad de un Estado respecto de las medidas judiciales de restricción del uso de bienes, incluidas las medidas de embargo y ejecución, decretadas con motivo de un procedimiento sustanciado ante el tribunal de otro Estado, en lo que concierne a sus bienes, los bienes que están en su posesión o bajo su control, o los bienes en los que tiene un interés.

Artículo 22.—Inmunidad del Estado respecto de las medidas de ejecución

Salvo cuando medie su consentimiento a tal efecto, todo Estado goza de inmunidad respecto de las medidas judiciales de restricción del uso de bienes, incluidas las medidas de embargo y ejecución decretadas con motivo de un procedimiento sustanciado ante el tribunal de otro Estado, en lo que concierne a sus bienes, los bienes que están en su posesión o bajo su control, o los bienes en los que tiene un interés, a menos que los bienes de que se trate sean especialmente utilizados o estén especialmente destinados a ser utilizados por el Estado en servicio comercial y no estatal oficial y que, encontrándose en el territorio del Estado del foro, estén asignados a un pago determinado o sean bienes especialmente afectados a la ejecución de una sentencia o al pago de otras deudas.

Artículo 23.—Efectos del consentimiento expreso a las medidas de ejecución

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 24, un Estado no podrá invocar la inmunidad respecto de las medidas judiciales de restricción del uso de sus bienes o de bienes que estén en su posesión o bajo su control, o en los que tenga un interés, en un procedimiento sustanciado ante el tribunal de otro Estado, si los bienes de que se trata se encuentran en el territorio del Estado del foro y ha consentido expresamente en el ejercicio de las medidas judiciales de restricción sobre bienes que ha identificado expresamente para tal efecto,

- a) por acuerdo internacional, o
- b) en un contrato escrito, o
- c) por una declaración ante el tribunal en un asunto determinado.

2. El consentimiento otorgado para el ejercicio de la jurisdicción con arreglo a lo previsto en el artículo 8 no podrá entenderse como consentimiento para el ejercicio de las medidas judiciales de restricción previstas en la parte IV de los presentes artículos, para el cual se requerirá una renuncia aparte.

Artículo 24.—Clases de bienes que gozan generalmente de inmunidad respecto de las medidas de ejecución

1. Salvo que los Estados interesados hayan convenido expresa y especialmente en otra cosa, no podrán ser objeto de ninguna medida judicial de restricción impuesta por el tribunal de otro Estado los bienes siguientes:

- a) los bienes utilizados o destinados a ser utilizados para fines diplomáticos o consulares o para fines de misiones especiales o de la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales y regionales amparadas por la inviolabilidad;
- b) los bienes de naturaleza militar, o que se han utilizado o estén destinados para ser utilizados con fines militares, o que pertenezcan a la autoridad militar o al organismo de defensa del Estado o sean administrados por éstos; o

c) los bienes de un banco central que éste posea para los fines de sus operaciones de banco central y no estén destinados a atender determinados pagos; o

d) los bienes de una autoridad monetaria estatal que ésta posea para fines monetarios no mercantiles y no estén destinados especialmente a la ejecución de sentencias ni al pago de otras deudas; o

e) los bienes públicos que formen parte de los archivos nacionales de un Estado o del patrimonio cultural propio de la nación.

2. En ningún caso los bienes enumerados en el párrafo 1 podrán ser considerados bienes utilizados o destinados a ser utilizados para fines comerciales y no estatales.

Notas explicativas

33. Es posible que los miembros de la Comisión y el Comité de Redacción tengan todavía un vívido recuerdo del debate en el 37.º período de sesiones de los proyectos de artículos de la parte IV²¹, tan vívido que no es necesario referirse a él en este momento. Esos proyectos de artículos han sido revisados por el Relator Especial²² a la luz de los comentarios y observaciones formulados en este período de sesiones por la Comisión antes de que fueran remitidos al Comité de Redacción para su examen. No parece necesario volver a reestructurarlos teniendo en cuenta las ulteriores observaciones y declaraciones formuladas en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo período de sesiones. El Relator Especial sigue manteniendo una actitud flexible en cuanto al número de artículos de esta parte, que podría variar entre dos y cuatro.

C.—Proyectos de artículos en espera de un nuevo examen por la Comisión

[Textos revisados y actualizados]

34. El resto de los artículos incluidos en las partes I y V del proyecto ha sido presentado oralmente a la Comisión y objeto de un debate preliminar. Se espera que, tras su examen en el 38.º período de sesiones, queden listos para su remisión al Comité de Redacción a fin de que pueda completarse el examen del proyecto de artículos antes de que finalice el mandato de los actuales miembros de la Comisión. Por consiguiente, se reproducen aquí esos proyectos de artículos con notas que sirven para explicar su estado actual y actualizar el proyecto teniendo en cuenta los cambios recientes.

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Artículo 2.—Términos empleados

1. Para los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por «tribunal»... [aprobado]

a) se entiende por «inmunidad»... [retirado]

b) se entiende por «inmunidades jurisdiccionales»... [retirado]

c) se entiende por «Estado territorial»... [retirado]

d) se entiende por «Estado extranjero»... [retirado]

e) se entiende por «bienes de Estado» los bienes, derechos e intereses que son propiedad de un Estado o que éste puede explotar o utilizar de alguna manera conforme a su derecho interno; [revisado]

²¹ Anuario... 1985, vol. II (segunda parte), págs. 57 a 62, párrs. 12 a 247.

²² Para los textos presentados inicialmente por el Relator Especial, *ibid.*, págs. 57 y 58, notas 191 a 194.

¹⁹ Anuario... 1984, vol. II (segunda parte), pág. 62, nota 200.

²⁰ *Ibid.*, pág. 71, comentario al artículo 16, párr. 10.

- f) se entiende por «actividad mercantil o comercial»... [retirado]
 g) se entiende por «contrato mercantil»... [aprobado]
 g) se entiende por «jurisdicción»... [retirado]

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 acerca de los términos empleados en los presentes artículos debe entenderse sin perjuicio de su utilización o significado en el derecho interno de cualquier Estado o en las normas de una organización internacional.

Artículo 3.—Disposiciones interpretativas

1. Para los efectos de los presentes artículos, y a menos que se establezca otra cosa:

- a) el término «Estado» comprende:
- el soberano o jefe de Estado;
 - el gobierno central y sus distintos órganos o departamentos;
 - las subdivisiones políticas de un Estado en el ejercicio del poder público; y
 - los organismos o entidades que actúan como órganos de un Estado en el ejercicio del poder público, estén o no dotados de personalidad jurídica propia y formen o no parte del mecanismo operacional del gobierno central; [revisado]
- b) la expresión «funciones judiciales» comprende:
- la potestad de fallar en los pleitos o de solucionar controversias;
 - la potestad de decidir cuestiones de derecho y de hecho;
 - la potestad de administrar justicia en todas sus formas;
 - la potestad de dictar medidas provisionales y de ejecución en todas las fases de los procedimientos judiciales; y
 - el ejercicio de todas las demás funciones administrativas y ejecutivas que normalmente desempeñan las autoridades judiciales, administrativas o de policía de un Estado en relación con un proceso, en el curso de éste o como consecuencia de él. [revisado]
2. [...] [aprobado]

Artículo 4.—Inmunities jurisdiccionales no incluidas en el ámbito de los presentes artículos

El hecho de que los presentes artículos no se apliquen a las inmunities jurisdiccionales concedidas o acordadas a:

- las misiones diplomáticas, en virtud de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961;
- las misiones consulares, en virtud de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963;
- las misiones especiales, en virtud de la Convención sobre misiones especiales, de 1969;
- la representación de los Estados, en virtud de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975;
- las misiones o delegaciones permanentes de los Estados ante las organizaciones internacionales en general;
- las personas internacionalmente protegidas, con arreglo a la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973, [agregado]

no afectará a:

- la condición jurídica y el alcance de las inmunities jurisdiccionales reconocidas y concedidas a dichas misiones y representaciones de los Estados o personas internacionalmente protegidas en virtud de las mencionadas convenciones;
- la aplicación a dichas misiones o representaciones de los Estados u organizaciones internacionales o personas internacionalmente protegidas de cualquiera de las normas establecidas en los presentes artículos a las que también estarían sujetas, con independencia de éstos, en virtud del derecho internacional; [revisado]
- la aplicación de cualquiera de las normas establecidas en los presentes artículos a los Estados y organizaciones internacionales, no partes en los artículos, en la medida en que dichas normas puedan tener la fuerza de obligar del derecho internacional consuetudinario con independencia de los artículos.

Artículo 5.—Irretroactividad de los presentes artículos

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas establecidas en los presentes artículos a las que, independientemente de éstos, estarían sometidas las relaciones entre los Estados en virtud del derecho internacional, los presentes artículos se aplicarán únicamente a la concesión o la denegación de inmunities jurisdiccionales a los Estados extranjeros y sus bienes a partir de la entrada en vigor de dichos artículos con respecto a los Estados partes en ellos o a los Estados que se han declarado obligados por ellos. [revisado]

Notas explicativas

35. Los artículos de la parte I del proyecto, que anteceden, fueron presentados a la Comisión en su 32.º período de sesiones²³. Después de considerar que la labor sobre el tema estaba en su fase inicial, la Comisión decidió postergar el debate de fondo de los problemas de definición y los problemas de redacción e interpretación a que daban lugar²⁴. Como se ha señalado (párr. 9 *supra*), la Comisión consideró en su 35.º período de sesiones que sería útil aprobar provisionalmente el texto de partes de los artículos 2 y 3²⁵ junto con el artículo 12²⁶. En varios períodos de sesiones anteriores, la Comisión tuvo ocasión de deliberar sobre el fondo de diversas partes de los artículos 2 a 5 en diversos contextos al examinar los artículos correspondientes a las partes III y IV del proyecto. Por consiguiente, en esta última etapa son pocas las explicaciones que cabe añadir.

36. En la versión revisada del proyecto de artículo 2 se ha definido un número menor de términos. Se han aprobado provisionalmente el término «tribunal» (párr. 1, apartado a) y la expresión «contrato mercantil» (párr. 1, apartado g). La mayoría de los demás términos propuestos originalmente han sido retirados por el Relator Especial porque ya no parecían necesarios, como «inmunidad» e «inmunities jurisdiccionales», o porque se han adoptado otros términos más directos como en el caso de la sustitución de «Estado territorial» y «Estado extranjero» por «un Estado» y «otro Estado». La expresión «actividad mercantil o comercial» ha sido sustituida por «contrato mercantil», más restringida, en tanto que el término «jurisdicción» ha sido sustituido por «tribunal». Se amplió el concepto «bienes propiedad del Estado» o «bienes del Estado» a fin de que abarcara no sólo la relación con el Estado mediante la propiedad sino también mediante la explotación o el uso, pues resulta cada vez más patente que es válido atenerse a la naturaleza del uso para sostener o rechazar la inmunidad respecto de bienes utilizados por el Estado.

37. Las disposiciones interpretativas que figuran en el párrafo 1, apartados a y b, del proyecto de artículo 3 se han revisado y actualizado ligeramente. Aunque no es necesario definir el término «Estado», quizás lo sea enumerar los tipos de entidades que pueden asimilarse al Estado o equipararse con él a los efectos de la inmunidad. A raíz de la parte IV del proyecto, relativa a las me-

²³ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 135 y ss., párrs. 111 a 121.

²⁴ *Ibid.*, pág. 138, párr. 122.

²⁵ Véase el comentario al párrafo 1, apartado g, del artículo 2, y el comentario al párrafo 2 del artículo 3, *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 38 y 39.

²⁶ Véase el párrafo 10 del comentario al artículo 12, *ibid.*, pág. 29; y el comentario al párrafo 1, apartado a, del artículo 2, *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 107 y 108.

didas de ejecución, se ha revisado ligeramente el apartado *b*, relativo a las «funciones judiciales, que, para los fines del caso, debería abarcar tanto las medidas provisionales como las de ejecución, e incluso las medidas preventivas o aquellas que dictaran las autoridades competentes en relación con un proceso previamente a éste, durante su desarrollo o incluso con posterioridad a él. El párrafo 2 del artículo 3 fue aprobado provisionalmente en una etapa anterior por la Comisión en relación con la excepción de los contratos mercantiles (véase párr. 10 *supra*).

38. El proyecto de *artículo 4* ha sido revisado y actualizado mediante el agregado de una referencia a un nuevo grupo, las «personas internacionalmente protegidas» incluidos los agentes diplomáticos. Proporciona una aclaración necesaria acerca del ámbito de aplicación y los efectos del proyecto en relación con las normas vigentes de derecho internacional y el requisito establecido en convenciones anteriores que se refieren a ciertos aspectos de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

39. El proyecto de *artículo 5*, relativo a la irretroactividad, simplemente confirma el uso normal en convenciones recientes que no obedecen al propósito de desconocer ni deshacer relaciones o situaciones anteriores que constituyan un *fait accompli* o un derecho histórico o adquirido. Por lo tanto, en lo que hace a la dimensión temporal, el punto de partida es la fecha de entrada en vigor de los artículos, sin efecto retroactivo que pueda entrañar complicaciones inconvenientes e innecesarias.

PARTE V DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 25.—Inmunidades de los soberanos y otros jefes de Estado

1. Un soberano o jefe de Estado goza de inmunidad de la jurisdicción penal y civil de los tribunales de otro Estado durante su mandato. No es necesario concederle inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa:

a) en un procedimiento relativo a bienes inmuebles privados situados en el territorio del Estado del foro, a menos que los posea en nombre del Estado para fines gubernamentales; o

b) en un procedimiento relativo a la sucesión con respecto a bienes muebles o inmuebles en la que esté involucrado como albacea, administrador, heredero o legatario con carácter privado; o

c) en un procedimiento relativo a cualquier actividad profesional o comercial distinta de sus funciones soberanas o gubernamentales.

2. No puede adoptarse medida alguna de embargo o ejecución con respecto a los bienes de un soberano o jefe de Estado si no es posible adoptarla sin infringir la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

Artículo 26.—Citación y fallo dictado en rebeldía

1. La citación mediante un mandamiento u otro escrito en que se notifique la incoación de un procedimiento contra un Estado podrá efectuarse de conformidad con cualquier acuerdo especial o convención internacional vinculante para el Estado del foro y el Estado interesado, o podrá transmitirse por correo certificado con acuse de recibo o por conducto diplomático, dirigida y enviada al ministro de relaciones exteriores del Estado interesado.

2. Todo Estado que comparezca en el procedimiento no podrá más adelante alegar el incumplimiento del procedimiento de citación establecido en el párrafo 1.

3. No se dictará ningún fallo en rebeldía contra un Estado salvo que se haya probado el cumplimiento del párrafo 1 del presente artículo y el vencimiento del plazo razonable que se conceda.

4. Se enviará al Estado interesado, por uno de los medios establecidos para la citación, una copia de todo fallo dictado en rebeldía contra ese Estado, y cualquier plazo establecido para recurrir contra el fallo comenzará a contar a partir de la fecha en que el Estado interesado reciba la copia del fallo.

Artículo 27.—Privilegios procesales

1. No se exigirá a ningún Estado que cumpla un mandamiento de un tribunal de otro Estado en que se ordene realizar un acto específico o abstenerse de determinada acción.

2. Un Estado no podrá ser multado o sancionado de ningún otro modo por el tribunal de otro Estado por no haber revelado o presentado un documento u otra información a los efectos de los procedimientos en que ese Estado sea parte, o por negarse a revelarlo o presentarlo.

3. No se exigirá a ningún Estado que constituya una garantía para el pago de las costas en los procedimientos en que sea parte ante el tribunal de otro Estado.

Artículo 28.—Restricción y ampliación de las inmunidades y privilegios

Todo Estado puede restringir o ampliar con respecto a otro Estado las inmunidades y privilegios previstos en los presentes artículos en la medida en que parezca conveniente por razón de reciprocidad, o de acuerdo con la práctica normal de ese otro Estado, o cuando un tratado, una convención u otro acuerdo internacional aplicable entre ellos requiera reajustes consiguientes.

Notas explicativas

40. Los artículos correspondientes a la parte V del proyecto fueron presentados a la Comisión en su 37.º período de sesiones pero, por falta de tiempo, ésta no pudo examinarlos y se limitó a los proyectos de artículos 19 y 20 de la parte III y 21 a 24 de la parte IV²⁷. Algunos miembros formularon observaciones acerca de ciertos proyectos de artículos de la parte V, que deberían ser objeto de un completo examen en el 38.º período de sesiones de la Comisión.

41. El Relator Especial tendrá otra ocasión de aclarar algunas de las cuestiones que se han planteado acerca de la necesidad y utilidad de la parte V, que prácticamente vendrá a completar los artículos de fondo relativos al tema. El proyecto de *artículo 25* parece absolutamente necesario por razones históricas y prácticas. Un miembro de la Comisión señaló que no era posible borrar de la historia de las instituciones jurídicas varios siglos de práctica de los Estados en materia de inmunidades de los soberanos. Además, las inmunidades de los agentes diplomáticos y de los funcionarios consulares han sido objeto separadamente de dos convenciones distintas²⁸. Sólo se ha propuesto incluir un artículo que se refiera, con disposiciones apropiadas y basadas en la práctica constante de los Estados, a otra categoría de inmunidades que se otorgan a los soberanos y jefes de Estado que, al igual que las inmunidades diplomáticas, tienen dos dimensiones, *ratione materiae* y *ratione personae*.

42. El proyecto de *artículo 26* se refiere a las prácticas procesales relativas a la citación y a la cuestión del fallo dictado en rebeldía, en tanto que el proyecto de

²⁷ *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 56, párr. 213.

²⁸ Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, y Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963.

artículo 27 se refiere a los privilegios procesales como ramificaciones ineludibles que acompañan a las inmunidades jurisdiccionales, incluida la exención del cumplimiento de ciertos mandamientos judiciales, de ciertas sanciones y de la garantía de las costas. El proyecto de *artículo 28* es una norma residual que da cierta flexibilidad para ajustar el alcance y la naturaleza de los privilegios e inmunidades que se otorguen a los Estados de

conformidad con convenciones, tratados o acuerdos aplicables entre ellos según la práctica normal de los Estados de que se trate y teniendo en cuenta la reciprocidad²⁹.

²⁹ Véase el séptimo informe del Relator Especial, *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), págs. 46 a 49, documento A/CN.4/388, párrs. 118 a 135.

CAPÍTULO II

Otras partes

43. Los veintiocho artículos presentados por el Relator Especial en sus siete informes anteriores parecen haber prácticamente completado las disposiciones de fondo y de procedimiento del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Como se indicó en la nota preliminar (párr. 5 *supra*), sólo quedan pendientes dos cuestiones, a saber, la posibilidad de incluir normas sobre el arreglo de controversias y la necesidad de incluir cláusulas finales. A los efectos prácticos, dichas cuestiones podrían ser objeto de artículos adicionales que serían incluidos en última instancia como nuevas partes del proyecto de artículos, una parte VI (Arreglo de controversias) y una parte VII (Disposiciones finales).

A.—Arreglo de controversias

44. La posibilidad de incluir en la parte VI una o más normas sobre el arreglo de controversias dimana de la existencia de disposiciones análogas en recientes convenciones de codificación preparadas por la CDI como, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 (art. 66), la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978 (arts. 84 y 85) y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986 (art. 66). Por otra parte, cabe observar que no todas y cada una de las convenciones recientes incluyen una norma sobre la solución de controversias. Constituye un interesante ejemplo la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, de 1983. Además, el procedimiento para el arbitraje y la conciliación establecido en el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969, así como la norma correlativa de la Convención de Viena de 1986 se refieren simplemente a una categoría determinada de controversias relacionadas con la interpretación de qué constituye una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

45. En cuanto al tema que se examina, existen dos posibilidades. No parece haber inconveniente alguno en incluir una parte sobre arreglo de controversias, ya que las disposiciones de esa índole se observan cada vez con mayor frecuencia en los textos de codificación preparados recientemente. Esa disposición podría abarcar las

controversias relativas a la aplicación o interpretación del proyecto de artículos en general o podría limitarse a ciertos aspectos, como la aplicación de una de las excepciones reconocidas, exista o no reciprocidad.

46. Por otra parte, la necesidad de incluir una cláusula relativa al arreglo de controversias puede depender del fondo del proyecto de artículos. En el presente contexto, la inmunidad del Estado es relativa en el sentido de que el Estado puede, en cualquier momento, consentir en ella o renunciar a ella. El ejercicio de la jurisdicción por un tribunal puede ser obligatorio, como sucede en algunos sistemas jurídicos derivados del derecho romano, o discrecional en términos generales, no sólo en razón de la inmunidad jurisdiccional sino de otras cuestiones de fondo, por ejemplo el «hecho de Estado», el *forum non conveniens* o la falta de jurisdicción en razón de la persona o la materia. En la práctica de los Estados, que no se limita a la práctica judicial y en la que a menudo influyen las opiniones y decisiones del poder ejecutivo o la aprobación de leyes por el poder legislativo, una vez que la inmunidad del Estado se reconoce y aplica judicialmente no hay controversia posible. De hecho, cabe decir que la cuestión de la inmunidad jurisdiccional ha sido resuelta fundamentalmente por el tribunal competente del Estado del foro a satisfacción del Estado extranjero, que se ha amparado en su inmunidad jurisdiccional. En caso de que los tribunales rechazaran la inmunidad y ejercieran su jurisdicción en un proceso que afectara a los intereses de otro Estado, hay una posible situación de controversia secundaria o incidental entre el Estado cuya inmunidad ha sido rechazada y el Estado del foro. La experiencia demuestra que en tal situación, que no deja de producirse con cierta frecuencia, el Estado puede impugnar la decisión del tribunal de otro Estado. Sin embargo, no se encuentra en los anales de los litigios internacionales caso alguno en que la impugnación haya culminado en una controversia relativa a cuestiones de inmunidad jurisdiccional. En el caso relativo al *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la CIJ dirimió una cuestión similar, la inviolabilidad de los locales y archivos diplomáticos y de las oficinas consulares, así como la inviolabilidad personal de los agentes diplomáticos y funcionarios consulares de los Estados Unidos de América en el Irán³⁰. Sin embargo, ese caso tampoco constituye un buen ejemplo,

³⁰ Fallo de 24 de mayo de 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 3.

dado que la controversia no surgió del ejercicio de jurisdicción por un tribunal, que hubiese podido dar origen a la alegación de inmunidad jurisdiccional. Se refería básicamente a la obligación del Estado receptor de proteger la inviolabilidad de los locales diplomáticos y del personal de la embajada y el consulado.

47. Aparte de este caso, no se encuentran otros de controversia entre Estados en esa esfera u otras conexas. La posibilidad de una controversia depende, por lo tanto, de la decisión afirmativa del tribunal de ejercer jurisdicción en un proceso contra otro Estado. Cuando se ha ejercido la jurisdicción, sólo en raras ocasiones los Estados perjudicados por el rechazo de la inmunidad han adoptado una medida que no sea presentar una simple protesta³¹. A la luz de la práctica anterior, tal vez la Comisión no considere estrictamente necesario incluir una disposición relativa al arreglo de controversias en el proyecto de artículos sobre el tema. Por su parte, el Relator Especial no propondría que se incluyera una parte relativa a la cuestión, teniendo en cuenta que ha habido muy pocos casos de diferendos o controversias entre Estados a raíz del ejercicio de la jurisdicción de un tribunal competente o la no aplicación o denegación de la inmunidad jurisdiccional. Sin embargo, quizás fuera conveniente precaverse en caso de que surja una nueva tendencia que entrañe no sólo el ejercicio de la jurisdicción en procedimientos en que intervenga otro Estado, sino también el embargo, secuestro u otra medida de ejecución respecto de sus bienes³². Con el propósito de evitar o desalentar litigios enojosos, podría ser cada vez más necesario incluir una parte relativa al arreglo de controversias que surtiera el saludable efecto de no alentar a los tribunales a dictar a la ligera medidas cautelares o de ejecución respecto de los bienes propiedad de un Estado o respecto de los cuales éste tenga el uso y goce o algún interés. Por lo tanto, si la Comisión considerase conveniente incluir una parte sobre el arreglo de controversias en el proyecto de artículos, en algunas convenciones recientes, como en la parte VI de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978, podría encontrarse un buen precedente, al que podría ajustarse el texto de los artículos de la parte VI.

PARTE VI

ARREGLO DE CONTROVERSIAS

Artículo 29.—Consulta y negociación

Si entre dos o más partes en los presentes artículos surge una controversia relativa a la interpretación o aplicación de los mismos, las partes, a petición de cualquiera de ellas, deberán solucionarla mediante un procedimiento de consulta y negociación.

³¹ Véase, por ejemplo, *Société le Gostorg et représentation commerciale de l'URSS c. Association France-Export* (1926) (Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1930, París, primera parte, pág. 49, y nota de J. P. Niboyet, págs. 49 y 50; *Dalloz périodique*, 1929, París, primera parte, pág. 75, con una nota de R. Savatier); y *A. M. Qureshi c. USSR* (1981) (*All Pakistan Legal Decisions*, Lahore, vol. XXXIII, 1981, pág. 377).

³² Véase el fallo de la CPJI de 15 de junio de 1939 en el asunto de la *Société commerciale de Belgique (Socobelge)*, *C.P.J.I. série A/B*, N.º 78, pág. 160.

Artículo 30.—Conciliación

Si la controversia no se arregla dentro del plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere presentado la solicitud a que se refiere el artículo 29, cualquiera de las partes en ella podrá someterla al procedimiento de conciliación establecido en el anexo a los presentes artículos presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto e informando de la solicitud a la otra u otras partes en la controversia.

Artículo 31.—Arreglo judicial y arbitraje

En la fecha de la firma o ratificación de los presentes artículos o de adhesión a ellos o en cualquier fecha posterior, cualquier Estado, mediante notificación al depositario, podrá declarar que cuando una controversia no haya sido resuelta en virtud de la aplicación de los procedimientos a que se refieren los artículos 29 y 30, podrá ser sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud escrita de cualquiera de las partes en la controversia o, en su defecto, a arbitraje, siempre que la otra parte en la controversia haya formulado una declaración análoga.

Artículo 32.—Arreglo por acuerdo mutuo

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 31, si entre dos o más partes en los presentes artículos surge una controversia relativa a la interpretación o aplicación de los mismos, las partes, por acuerdo mutuo, podrán convenir en someterla a la Corte Internacional de Justicia, a arbitraje, o a cualquier otro procedimiento apropiado de arreglo.

Artículo 33.—Vigencia de otras disposiciones sobre arreglo de controversias

Nada de lo dispuesto en los artículos 29 a 32 afectará a los derechos u obligaciones que las partes en los presentes artículos hayan contraído en virtud de disposiciones vigentes en materia de arreglo de controversias que tengan carácter obligatorio para ellas.

48. También se podría adoptar una versión más sencilla consistente en una disposición única. En este sentido, otro ejemplo es la aprobación de protocolos facultativos sobre arreglo obligatorio de controversias, como los relativos a la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961³³, la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963³⁴, y la Convención sobre las misiones especiales, de 1969³⁵. El texto del anexo que se incluiría al final del proyecto de artículos podría ser el siguiente:

ANEXO

1. El Secretario General de las Naciones Unidas establecerá y mantendrá una lista de amigables componedores integrada por juristas calificados. A tal efecto, se invitará a los Estados que sean Miembros de las Naciones Unidas o partes en los presentes artículos a que

³³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 254.

³⁴ *Ibid.*, vol. 596, pág. 500.

³⁵ Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1969 (N.º de venta: S.71.V.4), pág. 134.

designen dos amigables componedores, y la lista se compondrá de los nombres de las personas así designadas. El mandato de los amigables componedores, incluido el de los que hayan sido designados para cubrir vacantes imprevistas, tendrá cinco años de duración y será renovable. El amigable componedor cuyo mandato expire seguirá desempeñando las funciones que le hayan sido encomendadas con arreglo al párrafo siguiente.

2. El Secretario General, cuando reciba una solicitud con arreglo al artículo 30 de los presentes artículos, someterá la controversia a una comisión de conciliación compuesta de la manera siguiente:

El Estado o los Estados que constituyan una de las partes en la controversia nombrarán:

a) un amigable componedor de la nacionalidad de ese Estado o de uno de esos Estados, elegido o no de la lista mencionada en el párrafo 1; y

b) un amigable componedor que no tenga la nacionalidad de ese Estado o de ninguno de esos Estados, que será elegido de la lista.

El Estado o los Estados que constituyan la otra parte en la controversia nombrarán dos amigables componedores de la misma manera.

Los cuatro amigables componedores elegidos por las partes serán nombrados dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Secretario General haya recibido la solicitud.

Los cuatro amigables componedores, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se haya efectuado el último de sus nombramientos, nombrarán a un quinto amigable componedor, elegido de la lista, que será presidente.

Si el nombramiento del presidente o de cualquiera de los demás amigables componedores no se hubiere realizado en el plazo antes prescrito para ello, lo efectuará el Secretario General dentro de los sesenta días siguientes a la expiración de ese plazo. El Secretario General podrá nombrar presidente a una de las personas de la lista o a uno de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional. Cualquiera de los plazos en los cuales deban efectuarse los nombramientos podrá prorrogarse por acuerdo de las partes en la controversia.

Toda vacante deberá cubrirse en la forma prescrita para el nombramiento inicial.

3. La comisión de conciliación fijará su propio procedimiento. La comisión, previo consentimiento de las partes en la controversia, podrá invitar a cualquiera de las partes en los presentes artículos a exponerle sus opiniones verbalmente o por escrito. Las decisiones y recomendaciones de la comisión se adoptarán por mayoría de votos de sus cinco miembros.

4. La comisión podrá señalar a la atención de las partes en la controversia todas las medidas que puedan facilitar una solución amistosa.

5. La comisión oír a las partes, examinará sus pretensiones y objeciones y les hará propuestas con miras a que lleguen a una solución amistosa de la controversia.

6. La comisión presentará su informe dentro de los doce meses siguientes a la fecha de su constitución. El informe será depositado en poder del Secretario General y transmitido a las partes en la controversia. El informe

de la comisión, incluidas cualesquiera conclusiones que en él se indiquen en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho, no obligará a las partes ni tendrá otro carácter que el de enunciado de recomendaciones presentadas a las partes para su consideración a fin de facilitar una solución amistosa de la controversia.

7. El Secretario General proporcionará a la comisión la asistencia y facilidades que necesite. Los gastos de la comisión serán sufragados por las Naciones Unidas.

B.—Disposiciones finales

49. Las disposiciones finales no requieren mayor estudio ya que cualquiera de las convenciones de codificación más recientes puede servir de modelo. Por ejemplo, se puede tomar la parte VII de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978. El texto que figura a continuación puede servir de documento de trabajo para su examen en la Comisión.

PARTE VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 34.—Firma

Los presentes artículos estarán abiertos a la firma de todos los Estados hasta el ..., en ..., y después, hasta el ..., en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Artículo 35.—Ratificación

Los presentes artículos están sujetos a ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 36.—Adhesión

Los presentes artículos quedarán abiertos a la adhesión de todos los Estados. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 37.—Entrada en vigor

Los presentes artículos entrarán en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el decimoquinto instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 38.—Textos auténticos

El original de los presentes artículos, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

50. Este mismo objeto puede lograrse en forma más sencilla incorporando las disposiciones finales en un artículo final único dividido en párrafos que abarquen todo lo que haya que incluir. Por otra parte, se puede aplazar el examen de la cuestión de las disposiciones o cláusulas finales hasta la segunda lectura o hasta que se convoque la conferencia de plenipotenciarios. Por ejemplo, el proyecto de artículos sobre las cláusulas de

la nación más favorecida³⁶ que preparó la Comisión no contiene disposición alguna sobre la cuestión de las disposiciones finales ni sobre las cuestiones relativas al arreglo de controversias.

³⁶ Texto aprobado por la Comisión en su 30.º período de sesiones, *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 17 y ss.

CAPÍTULO III

Nota final

51. El presente capítulo pone término al informe octavo y final sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes presentado por el Relator Especial para la primera lectura del proyecto de artículos. Su propósito no es el de extraer conclusiones, ya sea que ello se justifique o no, de los ocho estudios que ahora finalizan. Sin embargo, del proyecto de artículos en su conjunto, tal como está estructurado, parecen desprenderse sugerencias o enseñanzas que dimanen no tanto de la imposición de normas imperativas o la deducción de principios dogmáticos como de la aplicación más realista de un enfoque empírico y pragmático que ha permitido apreciar en forma razonada los problemas prácticos y comprender la naturaleza peculiar y compleja de las cuestiones que la Comisión ha debido necesariamente abordar.

52. Una vez adoptado como método el inductivo, y como un punto de partida equilibrado, se perfila una posición general que puede suscitar un consenso razonable entre los miembros de la Comisión; esa posición es la de que la inmunidad de los Estados es una norma, esto es, una norma general que, aun siendo esencialmente relativa, es aplicable con sujeción a la existencia de diversas excepciones que se basan en el consentimiento o cuyo origen se remonta al consentimiento, ya sea en su esencia o en cualquier otra forma aceptable. A esta posición puede oponerse otra, basada igualmente en un principio fundamental del derecho internacional, la de reconocer la soberanía territorial de cada Estado. Desde este otro punto de vista, la inmunidad de los Estados puede considerarse una excepción, aunque de aceptación universal, al principio de la jurisdicción basada en la soberanía territorial de todo Estado independiente. Las excepciones al principio de la soberanía territorial, en cuanto tales, deben determinarse y aplicarse en forma restrictiva y deben probarse en cada caso. La Comisión, frente a este problema fundamental, parece inclinarse a adoptar la posición de que, si bien la inmunidad es una excepción a la norma más general de la jurisdicción, ha pasado a ser no obstante un principio general de derecho firmemente establecido siempre que se cumplan determinadas condiciones. Esta posición general puede tener distintos fundamentos a la luz de diferentes teorías jurídicas, basadas en ideologías opuestas y variadas, en los diversos campos de la actividad internacional actual de Estados y particulares.

53. Parece especialmente importante que haya un claro entendimiento y no haya desacuerdo en cuanto a la

primera posición general, pues de otro modo no tendría sentido proseguir los trabajos. No es absurdo sostener que la falta de ese entendimiento o la persistencia de desacuerdo sumiría en aún mayor agitación a la comunidad internacional. Ha quedado demostrado que el principio de la inmunidad estaba ya firmemente asentado en la práctica de los Estados en el siglo XIX, según la imagen vivamente descrita para la enseñanza de las generaciones venideras por el Juez Marshall, Presidente de la Corte Suprema, en el caso *The Schooner «Exchange» c. McFaddon and others* (1812)³⁷. El principio se basa directa aunque no exclusivamente en la soberanía y, más exactamente, en la igualdad soberana de los Estados. En un primer momento, las circunstancias que daban origen a la inmunidad de los Estados estaban también claramente circunscritas y podían agruparse en los siguientes casos: *a*) la exención de que gozaba la persona del soberano, quien no podía ser detenido ni arrestado³⁸; *b*) la inmunidad que todas las naciones civilizadas concedían a los ministros extranjeros (agentes diplomáticos)³⁹, y *c*) la cesión implícita de una parte de la jurisdicción territorial en el caso de la autorización dada a las tropas de un príncipe extranjero para atravesar el dominio de otro soberano o Estado⁴⁰. Ese principio ha sido claramente formulado en los siguientes términos:

El principio [...] es el de que [...] como consecuencia de la absoluta independencia de toda autoridad soberana, cada una de ellas rehúsa ejercer por medio de sus tribunales cualquiera de sus jurisdicciones territoriales sobre la persona del soberano o el embajador de cualquier otro Estado, o sobre los bienes públicos de cualquier Estado destinados a un uso público [...]⁴¹.

54. Este principio, que suele expresarse mediante el aforismo latino *par in parem non habet imperium* o *jurisdictionem*, se describe en otro sistema jurídico en los siguientes términos:

Habida cuenta de que la independencia de los Estados entre sí es uno de los principios más universalmente reconocidos en el derecho de gentes; que de ese principio se desprende que un gobierno no puede

³⁷ W. Cranch, *Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. VII, 3.ª ed., Nueva York, 1911, pág. 116.

³⁸ *Ibid.*, pág. 137.

³⁹ *Ibid.*, pág. 138.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 139. Esto se aplica también a los buques de guerra de un país que entran a un puerto de una Potencia amiga dispuesta a recibirlos (pág. 143).

⁴¹ Opinión del magistrado Brett en *Le «Parlement belge»* (1880) (Reino Unido, *The Law Reports, Probate Division*, 1880, vol. V, págs. 214 y 215).

quedar sometido a la jurisdicción de otro Estado en virtud de las obligaciones que contraiga; que, en efecto, el derecho de jurisdicción que posee cada gobierno para juzgar las controversias a que den lugar los actos emanados de él es inherente a su autoridad soberana y ningún otro gobierno podría atribuírselo sin que ello modificara las relaciones existentes entre ambos. [...]»⁴².

55. Se ha suscitado la cuestión de determinar si el examen por la Comisión de la práctica de los Estados era suficientemente exhaustivo para justificar que se estableciera como norma de la inmunidad de los Estados dado que, en su etapa inicial, ese examen se limitaba a la jurisprudencia de unas pocas naciones europeas. Se señaló en respuesta que el estudio abarcaba toda la información disponible acerca de las decisiones de cada Estado en la materia y no se limitaba a ningún sistema o región geográfica en particular. El principio de la inmunidad de los Estados estaba firmemente establecido en el siglo XIX antes de que surgieran el socialismo, el comercio estatal o las nuevas naciones de Asia, África y América.

56. Sin embargo, es importante observar que la norma de la inmunidad de los Estados no se formuló nunca en términos absolutos, ni siquiera en sus comienzos. La doctrina de la «inmunidad absoluta» nunca fue de aceptación general. En efecto, la norma de la inmunidad de los Estados se aplicó desde un comienzo con sujeción a limitaciones, salvedades y excepciones, especialmente en la práctica de Italia, Bélgica y Egipto⁴³ y, muy en particular, Francia⁴⁴.

57. La adopción del método inductivo ha permitido al Relator Especial y a la Comisión establecer como un sólido punto de partida la norma general de la inmunidad de los Estados, con sujeción a excepciones en determinadas esferas de alcance y aplicación restringidos. La Comisión habría podido adoptar un método diferente; por ejemplo, considerar simultáneamente y en pie de igualdad la norma de la inmunidad de los Estados y las excepciones a ella, calificando a estas últimas como normas de no inmunidad. Sin embargo, no lo hizo. Sobre la base del método inductivo, la Comisión pudo formular el proyecto de artículos tal como está estructurado en la actualidad.

58. La única cuestión pendiente parece referirse a la medida en que la Comisión está dispuesta a reconocer la urgencia del tema. Desde la época de la Sociedad de las Naciones se considera que este tema está maduro para la codificación y así lo ha reiterado la Comisión en diversas oportunidades. Es hora de que la Comisión emprenda esa tarea directamente y no aplase o postergue la primera lectura. Ocho años son un plazo razonable para completar esta parte de la importante labor de codificación de la Comisión en la materia. La urgencia es evidente y el peligro de un retroceso es inquietante. Cuanto antes se finalice y apruebe el proyecto de artículos tanto mayores serán la confianza recuperada y los problemas

resueltos. Los países en desarrollo se beneficiarán quizás más que otros de la adopción de normas de derecho internacional en esta esfera. Los países más adelantados, dotados de instituciones jurídicas más complejas, están tal vez preparados a esperar dado que mientras más se alarguen las gestiones internacionales en la materia mayores oportunidades tendrán de establecer prácticas todavía más restrictivas en cuanto a la inmunidad de los Estados, ya erosionada, en perjuicio de la gran mayoría de los países en desarrollo. Cabe prever que los países desarrollados adoptarán disposiciones legislativas tendientes a imponer nuevas limitaciones a la doctrina restrictiva ya existente en la esfera de la inmunidad de los Estados. De no haber un conjunto convenido de proyectos de artículos se impondrán nuevas restricciones y se abrirá la posibilidad no sólo de que se ejerza jurisdicción respecto de otros Estados sino también de que se adopten medidas ejecutorias contra sus bienes o contra los bienes que esos Estados utilicen o en los que tengan un interés.

59. Los países socialistas de Europa y de otras regiones probablemente han superado el problema de la inmunidad de los Estados en sus transacciones comerciales transnacionales mediante la creación de empresas comerciales con personalidad jurídica separada, lo que soslaya la cuestión de la igualdad soberana. Sin embargo, es necesario que los países no socialistas que comercian con los países socialistas comprendan la inutilidad de entablar acciones contra Estados socialistas *eo nomine* en lugar de entablarlas contra la empresa comercial de que se trate o contra los representantes o las delegaciones comerciales acreditadas con ese fin. Por otra parte, los países en desarrollo no pueden darse el lujo de asimilar enteramente sus empresas comerciales a las empresas privadas o de renunciar a la inmunidad en general, como resultaría necesariamente de la creación de entidades jurídicas independientes para los fines específicos del comercio internacional. Es necesario atender al clamor de los países en desarrollo, tal como ellos lo expresan, sin concertación previa y sin injerencias externas que lo desvirtúen. Hay que encontrar una solución de avenencia y reconocer la inmunidad de los Estados, en una medida justa y equilibrada, especialmente para las naciones en desarrollo, de modo que no deban sacrificar el principio de la soberanía y la dignidad para que sus economías sobrevivan. El problema es grave y real y exige atención inmediata. En el 38.º período de sesiones la Comisión ha de hacer frente a la difícil tarea de llegar a un acuerdo sobre normas jurídicas que, al tiempo de ser justas y equitativas, sean razonables y aceptables para todos los Estados, cualquiera que sea su tamaño, ideología o nivel de desarrollo económico. Hay que tener especialmente en cuenta la necesidad de preservar la dignidad, igualdad y soberanía de los países en desarrollo en su lucha por la supervivencia.

60. El Relator Especial reitera su confianza en el buen criterio de la Comisión y la actitud razonable y flexible de sus miembros, y expresa la esperanza de que la conclusión oportuna de la primera lectura del proyecto de artículos no sea una meta inalcanzable. Con esta nota de optimismo cauteloso, que se basa en la propia realidad de la vida internacional, se pone término a la presente serie de informes.

⁴² Fallo del Tribunal francés de Casación en *Gouvernement espagnol c. Casaux* (1849) (Dalloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence*, 1849, París, primera parte, pág. 9; Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1849, París, primera parte, pág. 93).

⁴³ Véanse las notas relativas al comentario del artículo 12 (párr. 24), *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 31 y 32, notas 97 a 99.

⁴⁴ *Idem* (párr. 25), págs. 32 y 33, nota 103.

ESTATUTO DEL CORREO DIPLOMÁTICO Y DE LA VALIJA DIPLOMÁTICA NO ACOMPAÑADA POR UN CORREO DIPLOMÁTICO

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/400

Séptimo informe sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, por el Sr. Alexander Yankov, Relator Especial

[Original: inglés]
[2 de abril de 1986]

INDICE

		<i>Página</i>
<i>Nota</i>		42
	<i>Parrafos</i>	
INTRODUCCION	1-6	42
<i>Seccion</i>		
I PROYECTOS DE ARTICULOS APROBADOS PROVISIONALMENTE HASTA AHORA POR LA COMISION	7-21	43
A Texto de los proyectos de articulos aprobados por la Comision	7 8	43
B Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comision de la Asamblea General sobre los proyectos de articulos aprobados por la Comision de Derecho Internacional	9-21	45
II PROYECTOS DE ARTICULOS EXAMINADOS POR LA COMISION Y REMITIDOS AL COMITE DE REDACCION	22-66	47
A Nota preliminar	22 23	47
B Inviolabilidad de la valija diplomatica (art 36)	24 42	47
1 Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comision de la Asamblea General	25-38	47
2 Propuesta de texto revisado del articulo 36	39 42	49
C Exencion de la inspeccion aduanera, franquicia aduanera y exencion de todos los impuestos y gravámenes (art 37)	43-45	50
1 Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comision de la Asamblea General	43-44	50
2 Propuesta de texto revisado del articulo 37	45	50
D Medidas de proteccion en circunstancias que impidan la entrega de la valija diplomatica (art 39) y obligaciones del Estado de transito en caso de fuerza mayor o hecho fortuito (art 40)	46-49	50
1 Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comision de la Asamblea General	48	50
2 Propuesta de un nuevo articulo 39 que sustituya a los proyectos de articulos 39 y 40	49	51
E No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomaticas o consulares (art 41)	50-55	51
1 Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comision de la Asamblea General	51 53	51
2 Propuesta de texto revisado del articulo 41	54 55	51
F Relacion de los presentes articulos con otras convenciones y acuerdos internacionales (art 42)	56 62	52
1 Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comision de la Asamblea General	57 61	52
2 Propuesta de texto revisado del articulo 42	62	52
G Declaracion de excepciones facultativas a la aplicabilidad de los presentes articulos respecto de determinados tipos de correos y valijas (art 43)	63 66	53
1 Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comision de la Asamblea General	63 65	53
2 Propuesta de texto revisado del articulo 43	66	53
CONCLUSION	67 68	53

NOTA

Convenciones multilaterales mencionadas en el presente informe:

	<i>Fuente</i>
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</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 de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, pág. 443.
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 de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	<i>Ibid.</i> , 1975 (N.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.

Introducción

1. El presente informe es el séptimo de una serie que, desde 1980, ha presentado el Relator Especial sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático¹. Con el sexto informe, el Relator Especial ha presentado una serie de 43 proyectos de artículos, completando así la serie de 42 proyectos de artículos presentados en sus informes anteriores.

2. A fines de su 37.º período de sesiones, celebrado en 1985, la Comisión había aprobado provisionalmente en primera lectura los artículos 1 a 27, basados en los proyectos de artículos 1 a 35 presentados por el Relator Especial. Los restantes siete proyectos de artículos (arts. 36, 37, y 39 a 43) fueron examinados por la Comisión que los remitió a su Comité de Redacción. Sin embargo, por exceso de trabajo, el Comité no pudo examinar esos artículos antes de finalizar ese período de sesiones².

¹ Para una reseña detallada del examen del tema por la Comisión hasta 1985, véanse:

a) Los informes de la Comisión sobre su: i) 31.º período de sesiones, *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 204 y ss., cap. VI; ii) 32.º período de sesiones, *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 158 y ss., cap. VIII; iii) 33.º período de sesiones, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 167 y ss., cap. VII; iv) 34.º período de sesiones, *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 121 y ss., cap. VI; v) 35.º período de sesiones, *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 49 y ss., cap. V; vi) 36.º período de sesiones, *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., cap. III; vii) 37.º período de sesiones, *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 30 y ss., cap. IV;

b) Los informes anteriores del Relator Especial: i) informe preliminar, *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 243, documento A/CN.4/335; ii) segundo informe, *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 167, documento A/CN.4/347 y Add.1 y 2; iii) tercer informe, *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 301, documento A/CN.4/359 y Add.1; iv) cuarto informe, *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 68, documento A/CN.4/374 y Add.1 a 4; v) quinto informe, *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 76, documento A/CN.4/382; vi) sexto informe, *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 51, documento A/CN.4/390.

² *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 32, párrs. 175 y 176.

3. Se confía en que la Comisión pueda finalizar la primera lectura de todo el proyecto de artículos en su 38.º período de sesiones, conforme a su decisión del anterior período de sesiones sobre su programa de trabajo³, aprobado por la Asamblea General⁴.

4. Al presentar la serie completa de proyectos de artículos el Relator Especial opinó que no sería adecuado en esta etapa proponer nuevas disposiciones relativas a las cláusulas finales y sobre el arreglo de controversias. Guiándose por la práctica establecida por la Comisión sobre esa materia, opinó que dichas propuestas sólo debían examinarse conjuntamente con una decisión relativa a la forma final que había que dar al proyecto.

5. El principal objetivo del presente informe es actualizar el estatuto actual del proyecto de artículos y ofrecer una breve reseña analítica de los comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo período de sesiones. Se dará prioridad a las observaciones relativas a los restantes siete proyectos de artículos remitidos al Comité de Redacción, a fin de que puedan ser aprobados por la CDI provisionalmente en primera lectura en su 38.º período de sesiones, antes de que sus miembros concluyan su actual mandato.

6. A fin de facilitar la terminación de la primera lectura del proyecto de artículos y para mayor claridad, se incluyen en el presente informe los textos de los artículos 1 a 27 que la Comisión ha aprobado provisionalmente y se ofrece a continuación una breve reseña de los comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comisión sobre el resto de los proyectos de artículos 36, 37 y 39 a 43, insertando, cuando proceda, un texto revisado para algunos de esos proyectos de artículos.

³ *Ibid.* pág. 77, párrs. 298 y 299.

⁴ Resolución 40/75 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1985, párrs. 3 y 4.

I.—Proyectos de artículos aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

A.—Texto de los proyectos de artículos aprobados por la Comisión

7. Los proyectos de artículo 1 a 27, aprobados provisionalmente en primera lectura por la Comisión, engloban los proyectos de artículos 1 a 35 de la serie de proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en sus informes anteriores. El número total de artículos ha disminuido debido a que algunos proyectos de artículos se han suprimido (arts. 9, 12, 22, 26 y 27) o se han refundido (arts. 15, 18 y 19)⁵.

8. A continuación se reproduce el texto de los artículos 1 a 27⁶, aprobados provisionalmente en primera lectura por la Comisión en sus períodos de sesiones 35.º, 36.º y 37.º.

Artículo 1.—Ámbito 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.

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 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 enunciadas en los presentes artículos que fueren aplicables en virtud del derecho internacional independientemente de los presentes artículos.

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;
- c) correo de una misión especial en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969; o

d) correo de una misión permanente, de una misión permanente de observación, de una delegación o de 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 contengan correspondencia oficial, documentos u objetos destinados exclusivamente al uso oficial, acompañados o no por un correo diplomático, que se utilicen para las comunicaciones oficiales mencionadas en el artículo 1 y que vayan provistos de 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;

c) valija de una misión especial en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969; o

d) valija de una misión permanente, de una misión permanente de observación, de una delegación o de 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;

b) una misión especial en el sentido de la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969; y

c) 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 del presente artículo 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.

Artículo 4.—Libertad de comunicaciones oficiales

1. El Estado receptor permitirá y protegerá las comunicaciones oficiales a que se refiere el artículo 1 que el Estado que envía realice por medio del correo diplomático o la valija diplomática.

2. El Estado de tránsito concederá a las comunicaciones oficiales que el Estado que envía realice por medio del correo diplomático o la valija diplomática la misma libertad y protección que les conceda el Estado receptor.

⁵ Véase el sexto informe del Relator Especial, documento A/CN.34/390 [véase nota 1, b, iv), *supra*], párr. 6 y notas 3 y 4.

⁶ Para los comentarios a los artículos 1 a 7, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 35.º período de sesiones, véase *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 59 y ss. Para el comentario al artículo 8, aprobado provisionalmente en los períodos de sesiones 35.º y 36.º, y los comentarios a los artículos 9 a 17, 19 y 20, aprobados provisionalmente en el 36.º período de sesiones, véase *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y ss. Para el comentario al párrafo 2 del artículo 12 (párrafo en el que la Comisión, en su 37.º período de sesiones, decidió suprimir los corchetes con los que lo había aprobado provisionalmente en su 36.º período de sesiones) así como para los comentarios a los artículos 18 y 21 a 27, aprobados provisionalmente en el 37.º período de sesiones, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 42 y ss.

Artículo 5.—Deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito

1. El Estado que envía velará porque 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 o, en su caso, del Estado de tránsito. También está obligado a no inmiscuirse en los asuntos internos del Estado receptor o, en su caso, del Estado de tránsito.

Artículo 6.—No discriminación y reciprocidad

1. En la aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, el Estado receptor o 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 porque así aplica esa disposición a su correo diplomático o a su valija diplomática el Estado que envía;

b) que, por costumbre o acuerdo, los Estados modifiquen entre sí el alcance de las facilidades, los privilegios y las inmunidades aplicables a sus correos diplomáticos y a sus valijas diplomáticas, siempre que tal modificación no sea incompatible con el objeto y el fin de los presentes artículos y no afecte al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones de terceros Estados.

Artículo 7.—Documentación del correo diplomático*

El correo diplomático deberá llevar consigo un documento oficial en el que conste su calidad de tal y el número de bultos que constituyen la valija diplomática por él acompañada.

Artículo 8.—Nombramiento del correo diplomático*

Con sujeción a las disposiciones de los artículos 9 y 12, el correo diplomático será nombrado libremente por el Estado que envía o por sus misiones, oficinas consulares o delegaciones.

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.

3. El Estado receptor podrá reservarse el derecho previsto en el párrafo 2 del presente artículo respecto de:

a) los nacionales del Estado que envía que sean residentes permanentes del Estado receptor;

b) los nacionales de un tercer Estado que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado que envía.

Artículo 10.—Funciones del correo diplomático

Las funciones del correo diplomático consisten en hacerse cargo de la valija diplomática que se le haya confiado, conducirla y entregarla en su destino.

Artículo 11.—Terminación de las funciones del correo diplomático

Las funciones del correo diplomático terminarán, en particular, por:

a) la notificación del Estado que envía al Estado receptor y, en su caso, al Estado de tránsito de que se ha puesto término a las funciones del correo diplomático;

b) la notificación del Estado receptor al Estado que envía de que, de conformidad con el artículo 12, se niega a reconocer como correo diplomático a la persona de que se trate.

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. En tal caso el Estado que envía retirará al correo diplomático o lo relevará de las funciones que hubiera desempeñado 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 de este artículo, el Estado receptor podrá negarse a reconocer como correo diplomático a la persona de que se trate.

Artículo 13.—Facilidades

1. El Estado receptor y, en su caso, el Estado de tránsito, darán al correo diplomático las facilidades necesarias para el desempeño de sus funciones.

2. El Estado receptor y, en su caso, 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 estén situadas.

Artículo 14.—Entrada en el territorio del Estado receptor y en el del Estado de tránsito

1. El Estado receptor y, en su caso, 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.

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, en su caso, el Estado de tránsito garantizarán al correo diplomático la libertad de circulación y de tránsito en sus territorios respectivos en la medida necesaria para el desempeño de sus funciones.

Artículo 16.—Protección e inviolabilidad personal

El correo diplomático estará protegido, en el desempeño de sus funciones, por el Estado receptor y, en su caso, por el Estado de tránsito. Gozará de inviolabilidad personal y no podrá ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.

Artículo 17.—Inviolabilidad del alojamiento temporal

1. El alojamiento temporal del correo diplomático es inviolable. Los agentes del Estado receptor o, en su caso, del Estado de tránsito, no podrán penetrar en el alojamiento temporal sin el consentimiento del correo diplomático. Sin embargo, ese consentimiento se presumirá en caso de incendio o de otro siniestro que requiera la adopción inmediata de medidas de protección.

2. 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.

3. El alojamiento temporal del correo diplomático no podrá ser objeto de inspección o registro, a menos que 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. En este caso, la inspección o el registro sólo se podrán efectuar en presencia del correo diplomático y a condición de que la inspección o el registro se efectúe sin menoscabo de la inviolabilidad de la persona del correo diplomático o de la inviolabilidad de la valija diplomática que transporte y de que no se causen retrasos injustificados en la entrega de la valija diplomática o se creen impedimentos para ello.

* Numeración provisional.

Artículo 18.—Inmunidad de jurisdicción

1. El correo diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor y, en su caso, del Estado de tránsito respecto de todos los actos realizados en el desempeño de sus funciones.

2. Gozará también de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor y, en su caso, del Estado de tránsito respecto de todos 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 ocasionado por un vehículo cuya utilización puede haber comprometido la responsabilidad del correo si tales daños no son resarcibles mediante un seguro.

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 de este artículo 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 testificar en asuntos que afecten al desempeño de sus funciones. Podrá requerirse su testimonio en otros asuntos con tal de que con eso no se causen retrasos injustificados en la entrega de la valija diplomática ni se creen impedimentos 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.

Artículo 19.—Exención del registro personal, franquicia aduanera y exención de la inspección aduanera

1. El correo diplomático estará exento del registro personal.

2. El Estado receptor y, en su caso, 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 importados 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 servicios determinados prestados.

3. 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 la legislación del Estado receptor o, en su caso, del Estado de tránsito o sometida a sus reglamentos de cuarentena. En este caso, la inspección sólo podrá efectuarse en presencia del correo diplomático.

Artículo 20.—Exención de impuestos y gravámenes

En el desempeño de sus funciones el correo diplomático estará exento en el Estado receptor y, en su caso, en el Estado de tránsito, de todos los impuestos y gravámenes, nacionales, regionales o municipales, a los que de otro modo podría estar sujeto, con excepción de los impuestos indirectos de la índole de los normalmente incluidos en el precio de los bienes o servicios y de los impuestos y gravámenes correspondientes a servicios determinados prestados.

Artículo 21.—Duración de los privilegios e inmunidades

1. El correo diplomático gozará de privilegios e inmunidades desde que entre en el territorio del Estado receptor y, en su caso, 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. Esos privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que el correo diplomático salga del territorio del Estado receptor o del territorio del Estado de tránsito. No obstante, los privilegios e inmunidades del correo diplomático *ad hoc* cesarán en el momento en que el correo haya entregado al destinatario la valija diplomática que se le haya encomendado.

2. Cuando las funciones del correo diplomático terminen en virtud de lo dispuesto en el apartado *b* del artículo 11, sus privilegios e inmunidades cesarán en el momento en que salga del territorio del Estado receptor o en que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para salir de él.

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, la inmunidad subsistirá respecto de los actos realizados por el correo diplomático en el desempeño de sus funciones.

Artículo 22.—Renuncia a las inmunidades

1. El Estado que envía podrá renunciar a las inmunidades del correo diplomático.

2. La renuncia habrá de ser siempre expresa, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo, y habrá de comunicarse por escrito.

3. Si el correo diplomático entabla una acción judicial, no le será permitido invocar la inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier reconvencción directamente ligada a la demanda principal.

4. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no habrá de entenderse que entraña renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesaria una nueva renuncia.

5. El Estado que envía, si no renuncia a la inmunidad del correo diplomático con respecto de una acción civil, deberá esforzarse por lograr una solución equitativa de la cuestión.

Artículo 23.—Estatuto del comandante de un buque o una aeronave al que se haya confiado la valija diplomática

1. La valija diplomática del Estado que envía, o de una misión, una oficina consular o una delegación de ese Estado, 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.

Artículo 24.—Identificación de la valija diplomática

1. Los bultos que constituyan la valija diplomática deberán ir provistos de 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 una indicación visible de su destino y su destinatario.

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.

Artículo 26.—Envío de la valija diplomática por correo o por 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.

Artículo 27.—Facilidades concedidas a la valija diplomática

El Estado receptor y, en su caso, el Estado de tránsito darán las facilidades necesarias para que el transporte y la entrega de la valija diplomática se efectúen con seguridad y rapidez.

B.—Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre los proyectos de artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional

9. En el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General, varios representantes en la Sexta Comisión formularon observaciones de carácter general sobre el tema en su conjunto o sobre algunos proyectos

de artículos aprobados provisionalmente por la CDI o propuestos por el Relator Especial⁷.

10. Se tomó nota, con satisfacción, del considerable progreso de la labor de la CDI sobre el tema y del ritmo de los trabajos encaminados a elaborar un instrumento jurídico adecuado. Varios representantes estimaron que la CDI podría completar la primera lectura del proyecto de artículos en su 38.º período de sesiones. Algunos de ellos consideraron, por consiguiente, que debería otorgarse prioridad al tema en este período de sesiones⁸.

11. También se indicó que la labor de la CDI debería centrarse en la consolidación de las disposiciones existentes de las cuatro convenciones de codificación sobre derecho diplomático y consular⁹; la unificación de las normas para garantizar el mismo tratamiento a todos los correos y valijas diplomáticos, y la elaboración de normas para resolver problemas prácticos no previstos en las disposiciones existentes¹⁰.

12. Algunos representantes consideraron que deberían intensificarse los esfuerzos para simplificar el texto de los proyectos de artículos de conformidad con el principio de necesidad funcional y para mantener un equilibrio adecuado entre el interés del Estado que envía en la confidencialidad y la seguridad de sus comunicaciones, por una parte, y la seguridad y otros intereses legítimos del Estado receptor y el Estado de tránsito, por otra¹¹.

13. En la mayoría de las observaciones sobre los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión se reconocieron progresos y se expresó en general apoyo a ellos. Al mismo tiempo se señaló que en algunos casos debía perfeccionarse aún más la redacción para conseguir una mayor claridad y precisión y se manifestó la esperanza de que esas observaciones se tomaran en consideración en la segunda lectura de los proyectos de artículos.

14. Algunos representantes indicaron que seguían considerando innecesario prescribir la inviolabilidad del alojamiento temporal del correo diplomático. En su opinión, las disposiciones del artículo 17 sobre esta materia no están justificadas y podrían plantear problemas jurídicos y prácticos¹². El Relator Especial ha tenido varias veces ocasión de referirse a la necesidad funcional de asegurar la protección adecuada del alojamiento temporal del correo diplomático¹³.

⁷ Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.398), secc. D.

⁸ *Ibid.* párrs. 247 y 259.

⁹ Esas cuatro convenciones concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas (denominadas «convenciones de codificación») son: Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961; Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963; Convención sobre las misiones especiales, de 1969; Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975.

¹⁰ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párr. 251.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 250 y 252.

¹² *Ibid.*, párrs. 267 y 268.

¹³ Véanse el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/374 y Add.1 a 4 [véase nota 1, b, iv) *supra*], párrs. 69 a 79, y su quinto informe, documento A/CN.4/382 [véase nota 1, b, v), *supra*], párr. 52.

15. La mayor parte de las observaciones se centraron en el artículo 18 (Inmunidad de jurisdicción) y, más específicamente, en su párrafo 1, relativo a la inmunidad del correo diplomático frente a la jurisdicción penal del Estado receptor o del Estado de tránsito. Como en anteriores ocasiones, el debate puso de manifiesto la existencia de tres tendencias principales: a) supresión de la disposición especial de inmunidad de la jurisdicción penal, por considerarla innecesaria; b) concesión de inmunidad absoluta al correo respecto de la jurisdicción penal del Estado receptor o del Estado de tránsito; c) adopción de una solución intermedia según la cual la inmunidad del correo respecto de la jurisdicción penal del Estado receptor o del Estado de tránsito debía limitarse a los actos realizados en el desempeño de sus funciones¹⁴.

16. Algunos representantes opinaban que la inmunidad del correo diplomático respecto de la jurisdicción penal no exigía una disposición especial porque, con arreglo al artículo 16 (Protección e inviolabilidad personal), el correo disfrutaría de inviolabilidad personal y no estaría sujeto a ninguna forma de detención o arresto. A juicio de estos representantes, la protección acordada al correo diplomático en el artículo 16 sería suficiente¹⁵.

17. Varios representantes consideraban que la limitación de la inmunidad del correo a «los actos realizados en el desempeño de sus funciones», más que una solución intermedia, era una renuncia a la práctica consuetudinaria recogida en la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, por lo que daría lugar a problemas de interpretación y aplicación. Se argumentó también que el correo diplomático era un funcionario del Estado que envía que desempeñaba funciones oficiales relacionadas con la protección y transporte de la valija diplomática. Por consiguiente, la seguridad del correo diplomático es un requisito previo para el desempeño normal de sus funciones, por lo que necesariamente debería otorgársele la misma inmunidad de la jurisdicción penal de que disfrutaban los miembros del personal administrativo y técnico de las misiones y sus familias con arreglo a la Convención de Viena de 1961 y otras convenciones de codificación pertinentes¹⁶.

18. Varios representantes respaldaron las disposiciones del párrafo 1 del artículo 18 por considerarlo una solución intermedia aceptable entre el concepto de la inmunidad absoluta del correo de la jurisdicción penal y la opinión de que no debe otorgarse al correo diplomático ninguna inmunidad frente a dicha jurisdicción¹⁷.

19. Se formularon algunas observaciones sobre la expresión «todos los actos realizados en el desempeño de sus funciones» que se utilizaba en los párrafos 1 y 2 del artículo 18 con vistas a evitar la posible ambigüedad y dificultades de interpretación y aplicación que pudieran plantearse¹⁸.

¹⁴ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párrs. 271 a 278.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 273.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 275.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 271.

¹⁸ *Ibid.*, párrs. 274, 276 y 280.

20. Se expresaron ciertas reservas en relación con el párrafo 4 del artículo 18, que contiene una disposición que obliga al correo diplomático a prestar testimonio¹⁹.

21. Como resumen del debate de la Sexta Comisión sobre los artículos 1 a 27 aprobados provisionalmente

¹⁹ *Ibid.*, párrs. 281 y 282.

en primera lectura por la CDI²⁰, cabe señalar que, con las pocas excepciones arriba indicadas, la mayor parte de los comentarios y sugerencias formulados se referían a problemas de redacción, y que, básicamente, la mayor parte de los artículos fueron aprobados. Naturalmente, las observaciones concretas sobre los artículos se tomarán en cuenta durante su segunda lectura.

²⁰ *Ibid.*, párrs. 260 a 315.

II.—Proyectos de artículos examinados por la Comisión y remitidos al Comité de Redacción

A.—Nota preliminar

22. En esta parte del informe se analizan brevemente los comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo período de sesiones sobre los siete proyectos de artículos restantes (arts. 36, 37 y 39 a 43). Estos artículos fueron presentados, vueltos a presentar o revisados por el Relator Especial en su sexto informe y remitidos al Comité de Redacción después de haber sido considerados por la CDI en su 37.º período de sesiones²¹. El Relator Especial consideró aconsejable examinar las observaciones y sugerencias formuladas por los representantes en la Sexta Comisión antes de proceder a su aprobación en primera lectura. Este procedimiento ofrece una oportunidad más para perfeccionar los textos.

23. Habida cuenta de que estos siete proyectos de artículos están aún pendientes de aprobación, el Relator Especial sugiere a continuación algunas enmiendas y propone textos revisados, cuando es oportuno, a fin de facilitar la labor de la CDI para completar en el 38.º período de sesiones la primera lectura de la totalidad del proyecto de artículos sobre el tema.

B.—Inviolabilidad de la valija diplomática (art. 36)²²

24. La cuestión de la inviolabilidad de la valija diplomática ha dado lugar a prolongados debates, y tanto en la CDI como en la Sexta Comisión se han expresado puntos de vista divergentes sobre el tema desde la presentación del proyecto de artículo 36 en el 35.º período

²¹ Véase nota 2 *supra*.

²² El proyecto de artículo 36 revisado por el Relator Especial en su sexto informe decía:

«Artículo 36.—Inviolabilidad de la valija diplomática

»1. La valija diplomática será inviolable en todo momento y dondequiera que se encuentre; salvo que los Estados interesados acuerden otra cosa, no será abierta ni retenida y estará exenta de todo tipo de inspección, directamente o por medios electrónicos u otros dispositivos mecánicos.

»2. No obstante, las autoridades competentes del Estado receptor o del Estado de tránsito, si tienen razones fundadas para creer que la valija contiene algo que no sea la correspondencia oficial, los documentos o los objetos destinados al uso oficial a que se refiere el artículo 32, podrán pedir que la valija sea devuelta a su lugar de origen.»

de sesiones de la CDI, en 1983²³. Este interés se justifica plenamente, pues la protección jurídica de la valija diplomática en general, y su inviolabilidad en particular, siempre se han considerado como una de las disposiciones más importantes del proyecto de artículos sobre el presente tema²⁴.

1. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES FORMULADOS EN LA SEXTA COMISIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL

25. Varios representantes manifestaron su apoyo al texto revisado del proyecto de artículo 36 presentado por el Relator Especial. Se señaló que la nueva formulación constituía un notable adelanto para el establecimiento de un equilibrio adecuado entre los intereses del Estado que envía, el Estado receptor y el Estado de tránsito, especialmente habida cuenta de que se aplicaría sobre una base de reciprocidad. Algunos representantes estimaron que el texto revisado, al permitir el acercamiento mutuo de varias posiciones, constituía una base aceptable para los esfuerzos encaminados a hallar una fórmula generalmente aceptable. Se señaló también que el mérito del texto revisado residía en que, aun ateniéndose al principio de la inviolabilidad de la valija diplomática como práctica estatal bien establecida, admitía una cierta flexibilidad en su aplicación²⁵.

26. Algunos representantes manifestaron reservas y expusieron opiniones divergentes sobre el proyecto de artículo 36. Se señaló que la CDI debería reconsiderar algunas de las características principales de la norma de

²³ Véanse el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/374 y Add.1 a 4 [véase nota 1, b, iv), *supra*], párrs. 326 a 349; el quinto informe, documento A/CN.4/382 [véase nota 1, b, v), *supra*], párrs. 73 a 79; y el sexto informe, documento A/CN.4/390 [véase nota 1, b, vi), *supra*], párrs. 30 a 42.

Para el debate sobre el artículo 36 por la CDI, véanse *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párrs. 101 y 102 y 136 a 143; y *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 30 y ss., párrs. 179 a 184.

Para el debate sobre el artículo en la Sexta Comisión, véanse «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el trigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.382), párrs. 184 a 191; y «Resumen por temas... durante el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.398), párrs. 317 a 336.

²⁴ Véase el sexto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/390 [véase nota 1, b, vi), *supra*], párr. 30.

²⁵ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párrs. 317 y 319.

la inviolabilidad de la valija diplomática, su alcance y sus modalidades de aplicación práctica²⁶.

27. La expresión «salvo que los Estados interesados acuerden otra cosa», del párrafo 1, dio lugar a diversas observaciones. Algunos representantes aprobaban la inclusión de esta expresión por considerarla un medio práctico para alcanzar un compromiso razonable en caso de duda sobre el contenido de la valija. Otros representantes, no obstante, opinaban que la inclusión de dicha expresión se distanciaba del principio de inviolabilidad de la valija, y tendría serias repercusiones en el régimen del correo diplomático y la valija diplomática establecido en la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas. Un representante apoyó la supresión de la expresión por considerar que el derecho residual a concluir acuerdos en contrario ya estaba incluido en el inciso *b* del párrafo 2 del artículo 6²⁷.

28. La inclusión de las palabras «y estará exenta de todo tipo de inspección, directamente o por medios electrónicos u otros dispositivos mecánicos», al final del párrafo 1, suscitó también comentarios diversos. Varios representantes apoyaron la inclusión de la frase y señalaron especialmente que consideraban inadmisibles el examen de la valija diplomática por medios electrónicos. En este sentido se dijo que la inviolabilidad plena de la valija diplomática era un garantía fundamental de la libertad de las comunicaciones oficiales entre los Estados y sus misiones, por lo que el principio debería consignarse en el proyecto de artículo. Manifestaron también que consideraban especialmente importante incluir la prohibición de todo tipo de examen o inspección, directo o indirecto, porque el uso de medios electrónicos o mecánicos podía constituir una violación del carácter confidencial del contenido de la valija, especialmente habida cuenta de la rapidez de los avances tecnológicos en esta esfera. También se afirmó que el uso de estos medios perfeccionados pondría en desventaja a algunos países, especialmente a los países en desarrollo que carecían de estos medios. A la vista de estas consideraciones, se sugirió la inclusión de una prohibición expresa del examen de la valija diplomática por medios electrónicos u otros medios mecánicos. Algunos representantes, sin embargo, opinaron que la expresión «exenta de todo tipo de inspección», recogida en el párrafo 1 era demasiado amplia en la medida en que excluiría toda forma de inspección externa²⁸.

29. Otros representantes manifestaron serias reservas sobre la disposición antes mencionada y abogaron por que se permitiera el examen de la valija por medios electrónicos. Algunos de ellos consideraron que dicho examen no tenía más objeto que detectar objetos mecánicos en la valija, por lo que no podía poner en peligro las comunicaciones diplomáticas. También se señaló que el examen por medios electrónicos redundaba en beneficio de la seguridad de la aviación civil. Otro representante opinó que, si bien no debería practicarse la inspección por medios electrónicos en forma rutinaria, sí debería permitirse en determinadas circunstancias,

cuando los motivos de sospecha fueran suficientemente poderosos²⁹.

30. Sin subestimar la divergencia de opiniones sobre el párrafo 1 del artículo 36 presentado por el Relator Especial y las reservas manifestadas al respecto, el debate en la Sexta Comisión parece indicar que el principio bien establecido de la inviolabilidad absoluta de la valija diplomática debe respetarse como norma fundamental, si bien admitiendo cierta flexibilidad en su aplicación, como se dispone en el artículo³⁰.

31. También se formularon comentarios y observaciones específicos para mejorar el párrafo 2 del proyecto de artículo 36 revisado.

32. Algunos representantes consideraron que la disposición del párrafo 2 era un paso adelante y constituía una solución intermedia aceptable. Se consideró que el texto garantizaba una flexibilidad suficiente en su aplicación, y ofrecía una protección razonable contra posibles abusos por parte del Estado que envía, en la medida en que permitía al Estado receptor o al Estado de tránsito solicitar el retorno de la valija a su lugar de origen si las autoridades de los mismos tenían razones fundadas para creer que la valija contenía algo que no fuere correspondencia oficial, documentos o artículos para uso oficial³¹.

33. Algunos representantes, aun manifestándose sustancialmente de acuerdo con el principio subyacente en el párrafo 2, sugirieron la posibilidad de mejorar el texto incluyendo, como una opción más, la apertura de la valija en presencia de los representantes del Estado que envía. En este sentido se propuso ajustar el párrafo a las disposiciones del artículo 35 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963³².

34. Otros representantes, sin embargo, manifestaron claramente su oposición al párrafo 2 propuesto por el Relator Especial. Algunos consideraron que la disposición, con la redacción propuesta, confería al Estado receptor o al Estado de tránsito el poder discrecional de devolver la valija diplomática a su lugar de origen, lo que equivalía a extender el régimen de las valijas consulares a todo tipo de valijas, incluida la valija diplomática regulada por la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas. Se señaló también que el párrafo 2 podía violar uno de los principios que regían la libertad de las comunicaciones diplomáticas modificando el régimen de la valija diplomática *stricto sensu* y vulnerando su inviolabilidad mediante excepciones sustanciales a las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1961. Como consecuencia de ello, varios representantes sugirieron suprimir el párrafo 2³³.

35. Algunos representantes se refirieron a la relación entre el proyecto de artículo 36 y los proyectos de artículos 42 y 43, especialmente a las posibles repercusiones

²⁶ *Ibid.*, párrs. 318 y 327.

²⁷ *Ibid.*, párr. 320.

²⁸ *Ibid.*, párrs 321 y 322.

²⁹ *Ibid.*, párr. 323.

³⁰ *Ibid.*, párr. 324. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 25.ª sesión, párr. 29 (Turquía).

³¹ Véase «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párrs. 325 y 326.

³² *Ibid.*, párr. 326.

³³ *Ibid.*, párr. 327.

jurídicas de las declaraciones de excepciones facultativas contempladas en el proyecto de artículo 43 sobre el estatuto de las valijas establecido en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963³⁴.

36. En relación con esas repercusiones jurídicas, algunos representantes se refirieron al nuevo texto del proyecto de artículo 36 propuesto por un miembro de la CDI en su 37.º período de sesiones³⁵.

37. Varios representantes expresaron su apoyo a esa propuesta, indicando que el nuevo texto propuesto era preferible por su claridad y la simplicidad de su redacción, que obviaba la cuestión controvertida de la inspección de la valija diplomática por medios electrónicos. También se consideró digna de atención la referencia explícita al régimen aplicable a la valija consular de conformidad con el artículo 35 de la Convención de Viena de 1963³⁶.

38. La aplicación de la norma de reciprocidad, prevista en los párrafos 3 y 4 del nuevo texto propuesto del proyecto de artículo 36, se estudió detenidamente. Algunos representantes, aun apoyando el nuevo texto propuesto en su conjunto, consideraban que las disposiciones sobre reciprocidad debían perfeccionarse³⁷. La mayoría de las reservas expresadas sobre el nuevo texto propuesto se centró en dos problemas esenciales, la pluralidad de regímenes, que en la práctica podía dar lugar a complicaciones y confusiones, y la excepción al régimen general establecido para las valijas diplomáticas en la Convención de Viena de 1961 y en el derecho consuetudinario internacional³⁸. Un representante recalcó que su delegación se opondría a toda fórmula que brindara a los Estados la posibilidad de declarar unilateralmente que aplicarían a la valija diplomática la norma aplicable a la valija consular, pues dicha fórmula no sólo estaría en abierta contradicción con la Convención de Viena de 1961, sino también con el derecho consuetudinario internacional. Su delegación se oponía también a

cualquier acuerdo *inter se* y a cualquier régimen facultativo en esa esfera³⁹. Otro representante señaló además que la nueva fórmula propuesta del artículo 36 subordinaría en parte la convención propuesta a las declaraciones de las partes, lo que amenazaría con causar incertidumbre. El mismo representante expresó su esperanza de que la CDI decidiera adoptar una disposición aplicable a todos los casos, en el sentido del texto revisado presentado por el Relator Especial, si bien a reserva de que se respetara el derecho relativo al contenido de la valija⁴⁰.

2. PROPUESTA DE TEXTO REVISADO DEL ARTÍCULO 36

39. Este análisis del debate sobre el proyecto de artículo 36 en la Sexta Comisión indica que las modalidades de aplicación del principio de inviolabilidad de la valija diplomática merecen especial atención. Las propuestas existentes pueden constituir la base donde se apoyen los posteriores esfuerzos para consolidar en un instrumento único las normas existentes de derecho internacional sobre protección jurídica de la valija diplomática, tal como se manifiestan en la práctica estatal más común. En opinión del Relator Especial, el artículo 36 debería formular la *norma general* de que la valija diplomática es inviolable, no debe ser abierta ni retenida, y debe estar exenta de toda inspección que pueda vulnerar su inviolabilidad y el carácter confidencial de su contenido. El artículo podría incluir también una disposición relativa a la valija consular y a la aplicación de la norma incorporada al párrafo 3 del artículo 35 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares. Se establecería, por consiguiente, un régimen dual, correspondiente a las convenciones de codificación. Aunque esta solución no carece de ventajas, no sería coherente con la idea de establecer un régimen uniforme aplicable a todos los tipos de valija subyacente en lo dispuesto en el párrafo 2 del texto revisado presentado por el Relator Especial y favorablemente acogido por varios representantes en el curso de los debates de la Sexta Comisión.

40. Se confía en que los miembros de la CDI consideren oportuno expresar sus puntos de vista sobre estas cuestiones relativas al proyecto de artículo 36 antes de remitirlas al Comité de Redacción.

41. A la vista de los comentarios y observaciones formulados durante los debates de la CDI y de la Sexta Comisión, y teniendo presente que el proyecto de artículo 36 no ha sido todavía examinado por el Comité de Redacción, el Relator Especial presenta un nuevo texto revisado del artículo. Las enmiendas se refieren principalmente al párrafo 1. En el párrafo 2 sólo se enmienda la referencia al artículo 32, como resultado del cambio de numeración de los proyectos de artículos precedentes.

42. Teniendo en cuenta lo que antecede, el Relator Especial presenta para su examen y aprobación el siguiente texto revisado del proyecto de artículo 36:

³⁴ *Ibid.*, párr. 328.

³⁵ El nuevo texto propuesto del proyecto de artículo 36 decía lo siguiente:

«1. La valija diplomática no podrá ser abierta ni retenida.

»2. Sin embargo, en el caso de una valija consular en el sentido del artículo 35 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, las autoridades competentes del Estado receptor, si tienen razones fundadas para creer que la valija contiene algo que no sea la correspondencia oficial, los documentos o los objetos destinados al uso oficial a que se refiere el artículo 32 de los presentes artículos, podrán pedir que la valija sea abierta en su presencia por un representante autorizado del Estado que envía. Si esta petición es denegada por las autoridades del Estado que envía, se devolverá la valija a su lugar de origen.

»3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, un Estado podrá, al firmar, ratificar o adherirse a los presentes artículos, o posteriormente en cualquier momento, declarar por escrito que aplicará a la valija diplomática la norma aplicable a la valija consular en virtud del párrafo 2 de este artículo.

»4. En relación con los otros Estados partes en los presentes artículos, un Estado que haya hecho una declaración por escrito conforme al párrafo 3 de este artículo no podrá poner objeciones a la aplicación a sus valijas diplomáticas de la norma enunciada en el párrafo 2 de este artículo.» [*Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 33 y 34, párr. 182.]

³⁶ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párrs. 329 y 331 a 333.

³⁷ *Ibid.*, párr. 330.

³⁸ *Ibid.*, párrs. 334 a 336.

³⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 34.º sesión, párr. 45 (Francia).

⁴⁰ *Ibid.*, 31.ª sesión, párr. 26 (Australia).

Artículo 36.—Inviolabilidad de la valija diplomática

1. La valija diplomática será inviolable allí donde se encuentre; no será abierta ni retenida y estará exenta de inspección, directamente o por medios electrónicos u otros dispositivos mecánicos.

2. No obstante, las autoridades competentes del Estado receptor o del Estado de tránsito, si tienen razones fundadas para creer que la valija contiene algo que no sea la correspondencia oficial, los documentos o los objetos destinados al uso oficial a que se refiere el artículo 25, podrán pedir que la valija sea devuelta a su lugar de origen.

C.—Exención de la inspección aduanera, franquicia aduanera y exención de todos los impuestos y gravámenes (art. 37)⁴¹**1. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES FORMULADOS EN LA SEXTA COMISIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL**

43. El nuevo proyecto de artículo 37 presentado por el Relator Especial en su sexto informe, que refunde los anteriores proyectos de artículos 37 y 38, fue considerado un progreso. Los comentarios y sugerencias formulados se centraron principalmente en la redacción del artículo.

44. El principal cambio propuesto en el artículo, que podría afectar a su ámbito de aplicación, era la sugerencia de restringir sus disposiciones a la franquicia aduanera de la valija diplomática y su exención de todos los impuestos y gravámenes. Por consiguiente, el control aduanero y la inspección aduanera de cualquier naturaleza quedarían sometidos al artículo 36⁴².

2. PROPUESTA DE TEXTO REVISADO DEL ARTÍCULO 37

45. Teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de estilo formulados durante el debate en la Sexta Comisión, el Relator Especial presenta para su examen y aprobación el siguiente texto revisado del proyecto de artículo 37:

Artículo 37.—Franquicia aduanera y exención de todos los impuestos y gravámenes

El Estado receptor o, en su caso, el Estado de tránsito, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulguen, permitirán la libre entrada, el tránsito o la salida de la valija diplomática con exención de los derechos de aduana y de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales y gastos conexos, salvo los

⁴¹ El nuevo proyecto de artículo 37 presentado por el Relator Especial en su sexto informe decía lo siguiente:

«Artículo 37.—Exención de la inspección aduanera, franquicia aduanera y exención de todos los impuestos y gravámenes

»El Estado receptor o el Estado de tránsito, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulguen, permitirán la entrada, el tránsito o la salida de la valija diplomática con exención de la inspección aduanera y de otras inspecciones, de los derechos de aduana y de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales y gastos conexos, salvo los gastos de almacenaje y acarreo y de los correspondientes a otros servicios determinados prestados.»

⁴² «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párr. 339.

gastos de almacenaje y acarreo y los correspondientes a otros servicios determinados prestados.

D.—Medidas de protección en circunstancias que impidan la entrega de la valija diplomática (art. 39) y obligaciones del Estado de tránsito en caso de fuerza mayor o hecho fortuito (art. 40)⁴³

46. Los proyectos de artículos 39 y 40 se consideran conjuntamente, habida cuenta de varias propuestas en la Sexta Comisión para fundirlos en un solo artículo.

47. Se recordará que en el curso del examen de los proyectos de artículos 39 y 40 en el 37.º período de sesiones de la CDI, también se sugirió combinar sus disposiciones en un solo artículo⁴⁴.

1. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES FORMULADOS EN LA SEXTA COMISIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL

48. En relación con el proyecto de artículo 39, se consideró que la expresión «en el caso de terminación de las funciones del correo diplomático» podía plantear ciertas dificultades prácticas. Se sugirió también que este artículo 39 debería abarcar todas las circunstancias que impidieran al correo diplomático entregar la valija diplomática en su destino, habida cuenta de que el artículo 11 (Terminación de las funciones del correo diplomático) y el artículo 12 (Declaración del correo diplomático como persona *non grata* o no aceptable) incluyen una referencia específica a la notificación sobre la terminación de funciones del correo. En este sentido se sugirió enmendar el proyecto de artículo 39 de forma que pudiera aplicarse también en otros casos, como enfermedad o accidente, que incapacitaran temporalmente al correo para el desempeño de sus funciones⁴⁵.

⁴³ El proyecto de artículo 39 revisado, presentado por el Relator Especial en su sexto informe y el proyecto de artículo 40, presentado en el cuarto informe y cuyo texto inglés fue enmendado oralmente por el Relator Especial en el 37.º período de sesiones de la CDI [véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 36, párr. 190] declan:

«Artículo 39.—Medidas de protección en circunstancias que impidan la entrega de la valija diplomática

»El Estado receptor o el Estado de tránsito adoptarán las medidas adecuadas para garantizar la integridad y seguridad de la valija diplomática, y lo notificarán inmediatamente al Estado que envía, en el caso de terminación de las funciones del correo diplomático que le impida entregar la valija diplomática en su destino o si se dan circunstancias que impidan al comandante a una aeronave comercial o al capitán de un buque mercante entregar la valija diplomática a un miembro autorizado de la misión diplomática del Estado que envía.»

«Artículo 40.—Obligaciones del Estado de tránsito en caso de fuerza mayor o hecho fortuito

»Si, a causa de fuerza mayor o hecho fortuito, el correo diplomático o la valija diplomática han de desviarse forzosamente de su itinerario normal y permanecer por algún tiempo en el territorio de un Estado que no había sido previsto inicialmente como Estado de tránsito, ese Estado concederá al correo diplomático o a la valija diplomática la inviolabilidad y la protección que el Estado receptor está obligado a conceder y dará al correo o a la valija diplomática las facilidades necesarias para continuar su viaje a su destino o volver al Estado que envía.»

⁴⁴ *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 35 y 36, párrs. 188, 189 y 191.

⁴⁵ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párrs. 341 a 343.

2. PROPUESTA DE UN NUEVO ARTICULO 39 QUE SUSTITUYA A LOS PROYECTOS DE ARTICULOS 39 Y 40

49. Teniendo en cuenta lo que antecede, el Relator Especial presenta para su examen y aprobación el siguiente nuevo proyecto de artículo 39, que combina y sustituye los proyectos de artículos 39 y 40:

Artículo 39.—Medidas de protección en caso de fuerza mayor

1. El Estado receptor o el Estado de tránsito adoptarán las medidas adecuadas para garantizar la integridad y seguridad de la valija diplomática, y notificarán inmediatamente al Estado que envía los casos de enfermedad, accidente u otro hecho que impida al correo diplomático entregar la valija diplomática en su destino o si se dan circunstancias que impidan al comandante de una aeronave comercial o al capitán de un buque mercante entregar la valija diplomática a un miembro autorizado de la misión diplomática del Estado que envía.

2. Si, a causa de fuerza mayor, el correo diplomático o la valija diplomática se ven obligados a pasar por el territorio de un Estado que no había sido previsto inicialmente como Estado de tránsito, dicho Estado concederá inviolabilidad y protección al correo diplomático y a la valija diplomática y les dará las facilidades necesarias para continuar su viaje a su destino o volver al Estado que envía.

E.—No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares (Art. 41)⁴⁶

50. El Relator Especial, al presentar en su cuarto informe el proyecto de artículo 41, señaló que su principal objeto era abarcar las circunstancias excepcionales que se producen cuando un Estado huésped en cuyo territorio se celebre una conferencia internacional o un Estado de tránsito no reconozcan al Estado que envía o a su Gobierno, o cuando no existen relaciones diplomáticas o consulares entre ellos⁴⁷. El Relator Especial recalcó de nuevo en su sexto informe⁴⁸ este criterio sobre el objeto

⁴⁶ El proyecto de artículo 41 que volvió a presentar el Relator Especial en su sexto informe decía:

«Artículo 41.—No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares

»1. Las facilidades, los privilegios y las inmunidades concedidos al correo diplomático y a la valija diplomática en virtud de los presentes artículos no serán afectados ni por el no reconocimiento del Estado que envía o de su gobierno por el Estado receptor, el Estado huésped o el Estado de tránsito ni por la inexistencia o la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre ellos.

»2. La concesión de facilidades, privilegios e inmunidades al correo diplomático y a la valija diplomática, en virtud de los presentes artículos, por parte del Estado receptor, del Estado huésped o del Estado de tránsito, no entrañará por sí misma el reconocimiento por el Estado que envía del Estado receptor, del Estado huésped o del Estado de tránsito, o de sus gobiernos, ni tampoco el reconocimiento del Estado que envía o de su gobierno por el Estado receptor, el Estado huésped o el Estado de tránsito.»

⁴⁷ Documento A/CN.4/374 y Add.1 a 4 [véase nota 1, b, iv), *supra*], párr. 382.

⁴⁸ Documento A/CN.4/390 [véase nota 1, b, vi), *supra*], párrs. 54 y 55. Véase también *Anuario*, 1985, vol. II (segunda parte), pág. 36, párr. 192.

del artículo. Sin embargo, la redacción del artículo propuesto por el Relator Especial iba algo más lejos, al referirse no sólo al «Estado huésped» sino también al «Estado receptor». Esta ampliación del ámbito de aplicación del artículo suscitó ciertas dudas tanto en la CDI como en la Sexta Comisión.

1. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES FORMULADOS EN LA SEXTA COMISION DE LA ASAMBLEA GENERAL

51. Varios representantes expresaron su conformidad con el proyecto de artículo 41. Un representante manifestó que consideraba esencial la inclusión del artículo porque, aunque muchos Estados aún no mantenían relaciones diplomáticas o consulares con otros Estados, los correos diplomáticos seguían manteniendo las comunicaciones entre los Estados en cuestión y sus diversos representantes y misiones en el exterior. También se señaló que el artículo satisfacía importantes exigencias de índole práctica⁴⁹.

52. Algunos representantes, aunque estaban conformes con el fondo del artículo, consideraban que su redacción podía mejorarse⁵⁰.

53. Otros representantes estimaron que el proyecto de artículo era superfluo o estaba fuera de lugar⁵¹.

2. PROPUESTA DE TEXTO REVISADO DEL ARTICULO 41

54. El Relator Especial opina que una disposición sobre la protección jurídica del correo diplomático y la valija diplomática en las circunstancias antes descritas es necesaria y útil, especialmente en relación con las comunicaciones oficiales entre el Estado que envía y sus delegaciones en las conferencias internacionales, misiones especiales o misiones permanentes ante organismos internacionales con sede en el territorio de un Estado con el que el Estado que envía no mantiene relaciones diplomáticas o consulares. Confía que una nueva redacción del texto del artículo 41 en base a este criterio permita establecer una fórmula generalmente aceptable.

55. Teniendo en cuenta los comentarios y observaciones mencionados, el Relator Especial presenta para su examen y aprobación el siguiente texto revisado del proyecto de artículo 41:

Artículo 41.—No reconocimiento de Estados o de gobiernos o inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares

1. Las facilidades, los privilegios y las inmunidades concedidos al correo diplomático y a la valija diplomática en virtud de los presentes artículos no serán afectados ni por el no reconocimiento del Estado que envía o de su gobierno por el Estado huésped o el Estado de tránsito ni por la no existencia de relaciones diplomáticas o consulares entre ellos.

2. La concesión de facilidades, privilegios e inmunidades al correo diplomático y a la valija diplomática, en virtud de los presentes artículos, por parte del Estado huésped o del Estado de tránsito, no entrañará por sí

⁴⁹ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párrs. 348 a 350.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 351.

⁵¹ *Ibid.*, párrs. 352 y 353.

misma el reconocimiento por el Estado que envía del Estado huésped o del Estado de tránsito, o de sus gobiernos, ni tampoco el reconocimiento del Estado que envía o de su gobierno por el Estado huésped o el Estado de tránsito.

F.—Relación de los presentes artículos con otras convenciones y acuerdos internacionales (art. 42)⁵²

56. La relación del presente proyecto de artículos con las cuatro convenciones de codificación siempre se ha considerado como la base jurídica común de un régimen coherente y, en la medida de lo posible, uniforme del estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática⁵³. Por consiguiente, el principal objetivo de una disposición relativa a esta relación debería ser conseguir la armonización y uniformidad de las disposiciones existentes y los nuevos proyectos de artículos sobre el régimen jurídico de las comunicaciones oficiales mediante el correo diplomático y la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. La evolución progresiva y codificación de las normas que gobiernan este régimen deberían basarse en las convenciones existentes, complementándolas con disposiciones más específicas. La relación debería también abarcar, en la medida de lo posible, otros acuerdos internacionales en la esfera del derecho diplomático. La relación jurídica de los actuales proyectos de artículos con otros tratados internacionales en materia de derecho diplomático se ha analizado dentro del marco de flexibilidad contemplado por los artículos 30 y 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, que regulan, respectivamente, la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia y los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. En 1983, el Relator Especial, en su cuarto informe, hizo especial hincapié en la aplicación de este criterio flexible cuando presentó el texto original del proyecto de artículo 42⁵⁴.

1. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES FORMULADOS EN LA SEXTA COMISIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL

57. Varios representantes manifestaron su conformidad con el texto revisado del proyecto de artículo 42 presentado por el Relator Especial en su sexto informe. Se señaló que el principal objetivo del artículo era indicar que los presentes artículos debían considerarse como *lex*

⁵² El proyecto de artículo 42 revisado por el Relator Especial en su sexto informe decía lo siguiente:

«Artículo 42.—Relación con otras convenciones y acuerdos internacionales

»1. Las disposiciones de los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de otras convenciones o de los acuerdos internacionales en vigor entre los Estados que sean parte en ellos.

»2. Ninguna de las disposiciones de los presentes artículos impedirá que los Estados celebren acuerdos internacionales concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática que confirmen, completen, extiendan o amplíen las disposiciones de aquéllos.»

⁵³ Véase el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/374 y Add.1 a 4 [véase nota 1, b, iv), *supra*], párrs. 397 a 402.

⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 401 y 403.

specialis, complementaria de las convenciones existentes sobre el estatuto del correo diplomático y la valija diplomática, y que debía mantenerse cierto grado de flexibilidad en su aplicación⁵⁵.

58. Algunos representantes indicaron que el párrafo 1 requería una redacción más clara. Se formularon varias observaciones sobre la expresión «sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de otras convenciones o de los acuerdos internacionales». Un representante señaló que en su opinión esta expresión significaba que los presentes artículos tenían por objeto complementar las cuatro convenciones de codificación. Sin embargo, otro representante se preguntó si «las disposiciones de los presentes artículos» se entenderían realmente «sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de otras convenciones o de los acuerdos internacionales»⁵⁶.

59. Habida cuenta de la ambigüedad del texto del párrafo 1 revisado, algunos representantes⁵⁷ manifestaron su preferencia por el texto original presentado por el Relator Especial en su cuarto informe⁵⁸. En la CDI se habían formulado observaciones análogas⁵⁹.

60. Un representante señaló que el párrafo 2 debería redactarse en términos más flexibles⁶⁰. También se sugirió hacer una referencia especial al inciso b del párrafo 2 del artículo 6, que exigía que la modificación no fuera «incompatible con el objeto y el fin de los presentes artículos y no afecte al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones de terceros Estados».

61. Un representante estimó que el proyecto de artículo 42 debería suprimirse en su totalidad⁶¹.

2. PROPUESTA DE TEXTO REVISADO DEL ARTÍCULO 42

62. El Relator Especial considera que sería útil introducir una disposición especial sobre la relación entre los presentes artículos y las convenciones de codificación y otros acuerdos internacionales. Estima que el artículo 42 está justificado y tiene cabida en el conjunto del proyecto de artículos. Por consiguiente, y teniendo en cuenta los comentarios y observaciones anteriormente mencionados, presenta para su examen y aprobación el siguiente texto revisado del proyecto de artículo 42:

Artículo 42.—Relación de los presentes artículos con otras convenciones y acuerdos internacionales

1. Los presentes artículos completarán las disposiciones relativas al correo y la valija enunciadas en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961, la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963, la Convención sobre las misiones especiales, de 8 de diciembre de 1969 y la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones inter-

⁵⁵ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párr. 354.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 356.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 357.

⁵⁸ Documento A/CN.4/374 y Add.1 a 4 [véase nota 1, b, iv), *supra*], párr. 403.

⁵⁹ Véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 37, párr. 196.

⁶⁰ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párr. 359.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 360.

nacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975.

2. Las disposiciones de los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de otros acuerdos internacionales en vigor entre los Estados que sean parte en los mismos.

3. Ninguna de las disposiciones de los presentes artículos impedirá que los Estados celebren acuerdos internacionales concernientes al estatuto del correo diplomático y la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático o modifiquen las disposiciones de los mismos, siempre que dichas disposiciones sean conformes al artículo 6 de los presentes artículos.

G.—Declaración de excepciones facultativas a la aplicabilidad de los presentes artículos de determinados tipos de correos y valijas (art. 43)⁶²

I. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES EN LA SEXTA COMISIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL

63. Varios representantes manifestaron su conformidad con el criterio adoptado por el Relator Especial en el nuevo proyecto de artículo 43, cuyo fin era introducir cierto grado de flexibilidad en la aplicación de los presentes artículos. También se hizo observar que el artículo preveía la circunstancia de que hasta el momento sólo dos de las cuatro convenciones de codificación se encontraban en vigor, así como la posibilidad de incluir en

⁶² El nuevo proyecto de artículo 43 presentado por el Relator Especial en su sexto informe decía lo siguiente:

«Artículo 43.—Declaración de excepciones facultativas a la aplicabilidad de los presentes artículos respecto de determinados tipos de correos y valijas

»1. Sin perjuicio de las obligaciones que resultan de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados podrán, al firmar o ratificar los presentes artículos o adherirse a ellos, determinar mediante una declaración hecha por escrito los tipos de correos y valijas a los que desean que se apliquen las disposiciones de los presentes artículos.

»2. El Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 1 de este artículo podrá retirarla en cualquier momento.

»3. Ningún Estado que haya hecho una declaración en virtud del párrafo 1 de este artículo tendrá derecho a invocar las disposiciones de los presentes artículos en relación con cualquiera de los tipos exceptuados de correos y valijas respecto de otro Estado parte que haya aceptado la aplicabilidad de esas disposiciones.»

los presentes artículos reservas en relación con las dos convenciones que aún no habían entrado en vigor⁶³.

64. Algunos representantes expresaron reservas categóricas e indicaron que el proyecto de artículo 43 no era satisfactorio, porque, según ellos, establecería una pluralidad de regímenes y una cierta incertidumbre en la interpretación y aplicación de los presentes artículos⁶⁴.

65. Se formularon algunos comentarios y sugerencias sobre la redacción del artículo.

2. PROPUESTA DE TEXTO REVISADO DEL ARTÍCULO 43.

66. Además de las sugerencias formuladas en la Sexta Comisión, el Relator Especial ha tomado en cuenta las propuestas para mejorar la redacción del artículo presentadas durante el debate de la CDI⁶⁵. Basándose en lo que antecede, el Relator Especial presenta para su examen y aprobación el siguiente texto revisado del proyecto de artículo 43:

Artículo 43.—Excepciones facultativas a la aplicabilidad de los presentes artículos respecto de determinados tipos de correos y valijas

1. Los Estados podrán, al firmar o ratificar los presentes artículos o adherirse a ellos, o posteriormente en cualquier momento, determinar mediante una declaración hecha por escrito los tipos de correos y valijas a los que desean que se apliquen las disposiciones de los presentes artículos.

2. El Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 1 de este artículo podrá retirarla en cualquier momento; la retirada deberá hacerse por escrito.

3. Ningún Estado que haya hecho una declaración en virtud del párrafo 1 de este artículo tendrá derecho a invocar las disposiciones de los presentes artículos en relación con cualquiera de los tipos exceptuados de correos y valijas respecto de otro Estado parte que haya aceptado la aplicabilidad de esas disposiciones.

⁶³ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párrs. 361 y 362.

⁶⁴ *Ibid.*, párrs. 363 a 368.

⁶⁵ Véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 38, párr. 199.

Conclusión

67. Al presentar el texto revisado de los proyectos de artículos 36, 37, 39 y 41 a 43, el Relator Especial estima que su examen por parte de la Comisión facilitaría la labor del Comité de Redacción y la posterior aprobación de los proyectos de artículos por la Comisión en primera lectura.

68. Se espera que la Comisión, tras concluir el examen de estos restantes proyectos de artículos e introducir mejoras en el texto, pueda aprobar provisionalmente en primera lectura la totalidad de los proyectos de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático en su 38.º período de sesiones.

PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/398*

Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial

*[Original: francés]
[11 de marzo de 1986]*

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1	57
PARTE I.—CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD	2-67	57
A. Los crímenes contra la humanidad antes del proyecto de código de 1954	3-27	57
1. El sentido de la palabra «humanidad»	12-15	58
2. Sentido de la palabra «crimen» en la expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad»	16-19	59
3. El contenido del crimen contra la humanidad	20-27	59
B. El crimen contra la humanidad en el proyecto de código de 1954	28-65	60
1. El genocidio	29-59	60
a) El objetivo del genocidio	30	60
b) El número de víctimas	31-51	60
c) Beligerancia	52-59	62
2. Actos inhumanos	60-63	63
3. <i>Apartheid</i>	64-65	63
C. Atentados graves contra el medio humano	66-67	63
PARTE II.—CRÍMENES DE GUERRA	68-88	64
A. Problemas de terminología	69-76	64
B. Problemas de fondo: crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad	77-80	65
C. Problemas de método	81-88	65
PARTE III.—OTRAS INFRACCIONES	89-145	66
A. La complicidad	92-117	66
1. La complicidad en el derecho interno	93-99	66
a) Contenido restringido	93-96	66
b) Contenido ampliado	97-99	67
2. La complicidad en el derecho internacional	100-117	67
a) Contenido restringido	101-105	67
b) Contenido ampliado	106-117	68
i) La complicidad del superior jerárquico	106-112	68
ii) Complicidad y ocultamiento de bienes	113-114	68
iii) La complicidad y la calidad de miembro de un grupo o de una organización	115-117	69
B. Los límites de la complicidad ampliada: el complot y la <i>conspiracy</i>	118-131	69
C. La tentativa	132-145	71
1. Contenido en derecho interno	133-141	71
2. Contenido en derecho internacional	142-145	72

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/398/Corr.1 a 3.

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
PARTE IV.—PRINCIPIOS GENERALES.....	146-259	73
A. Principios relativos a la naturaleza jurídica de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.....	147	73
B. Principios relativos al delincuente internacional.....	148-149	73
1. El delincuente sujeto de derecho internacional.....	148	73
2. El delincuente como persona.....	149	73
C. Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el tiempo.....	150-172	73
1. La irretroactividad de la ley penal.....	151-163	73
a) Contenido de la norma.....	151-157	73
b) El principio <i>nullum crimen sine lege</i> y el proceso de Nuremberg.....	158-161	74
i) El principio fue violado.....	159	74
ii) El principio fue respetado.....	160-161	74
c) La irretroactividad y el derecho contemporáneo.....	162-163	75
2. La imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.....	164-172	75
D. Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio.....	173-176	75
E. Principios relativos a la determinación y al alcance de la responsabilidad.....	177-258	76
1. Consideraciones generales.....	177-184	76
2. Las excepciones a la responsabilidad penal.....	185-253	77
a) La coacción.....	191-193	78
b) El estado de necesidad y la fuerza mayor.....	194-201	78
c) El error.....	202-216	79
i) El error de derecho.....	204-211	79
a. La legalidad interna.....	205	79
b. La licitud del acto en el derecho internacional.....	206-211	79
ii) El error de hecho.....	212-216	80
d) El cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico.....	217-234	80
i) La orden y la coacción.....	218-226	80
ii) La orden y el error.....	227-234	81
e) El carácter público del autor.....	235-240	82
f) Represalias y legítima defensa.....	241-253	83
i) Las represalias.....	241-250	83
ii) La legítima defensa.....	251-253	84
3. Resumen.....	254	84
4. Circunstancias eximentes y atenuantes.....	255-258	84
F. Conclusión.....	259	85
PARTE V.—PROYECTO DE ARTÍCULOS.....	260-261	85
CAPÍTULO I.—INTRODUCCIÓN		
Título I.—Definición y tipificación		
Artículo 1.—Definición.....		85
Artículo 2.—Tipificación.....		85
Título II.—Principios generales		
Artículo 3.—Responsabilidad y sanción.....		85
Artículo 4.—Infracción universal.....		85
Artículo 5.—Imprescriptibilidad.....		86
Artículo 6.—Garantías jurisdiccionales.....		86
Artículo 7.—Irretroactividad.....		86
Artículo 8.—Excepciones al principio de la responsabilidad.....		86
Artículo 9.—Responsabilidad del superior jerárquico.....		86
<i>Comentario a los artículos 1 a 9</i>		86
CAPÍTULO II.—CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD		
Artículo 10.—Categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.....		86
Título I.—Crímenes contra la paz		
Artículo 11.—Actos constitutivos de crímenes contra la paz.....		86
Párrafo 1 [agresión].....		86
<i>Comentario</i>		87
Párrafo 2 [amenaza de agresión].....		87
Párrafo 3 [intervención].....		87
<i>Comentario</i>		87
Párrafo 4 [terrorismo].....		87
<i>Comentario</i>		88
Párrafo 5 [violación de tratados relativos al mantenimiento de la paz].....		88

	<i>Página</i>
Párrafo 6 [violación de tratados que prohíben el emplazamiento a los ensayos de armas]	88
<i>Comentario</i>	88
Párrafo 7 [dominación colonial]	88
Párrafo 8 [mercenarios]	88
<i>Comentario</i>	88
Título II.—Crímenes contra la humanidad	
Artículo 12.—Actos constitutivos de crímenes contra la humanidad	88
Párrafo 1 [genocidio]	88
<i>Comentario</i>	88
Párrafo 2 [<i>apartheid</i>]	
Primera variante	88
Segunda variante	88
<i>Comentario</i>	89
Párrafo 3 [actos inhumanos]	89
Párrafo 4 [medio humano]	89
Título III.—Crímenes de guerra	
Artículo 13.—Definición de crimen de guerra	
Primera variante	89
Segunda variante	89
<i>Comentario</i>	89
Título IV.—Otras infracciones	
Artículo 14	
A. [conspiración]	
Primera variante	89
Segunda variante	89
<i>Comentario</i>	89
B. [complicidad]	89
<i>Comentario</i>	90
C. [tentativa]	90
<i>Comentario</i>	90

Introducción

1. El presente informe está consagrado a los crímenes contra la humanidad, a los crímenes de guerra, a otras infracciones, al estudio de los principios generales y al proyecto de artículos. Por lo tanto, consta de cinco partes:

- Parte I: Crímenes contra la humanidad;
- Parte II: Crímenes de guerra;
- Parte III: Otras infracciones;
- Parte IV: Principios generales;
- Parte V: Proyecto de artículos.

PARTE I

Crímenes contra la humanidad

2. Se examinarán los crímenes contra la humanidad antes del proyecto de código de 1954, y posteriormente los crímenes de lesa humanidad en el proyecto de código de 1954¹.

¹ 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 y Corr.1), pág. 11, párr. 54]; texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18.

A.—Los crímenes contra la humanidad antes del proyecto de código de 1954

3. La expresión «crimen contra la humanidad» data del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 por el que se creó el Tribunal Militar Internacional². Se puso de manifiesto, durante los trabajos preparatorios, que determinados crímenes cometidos durante la segunda

² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279.

guerra mundial no eran crímenes de guerra propiamente dichos. Se trataba de crímenes en que las víctimas tenían la misma nacionalidad que los agentes, o la nacionalidad de un Estado aliado.

4. Estos crímenes se inspiraron en otros motivos. Ya en marzo de 1944, el representante de los Estados Unidos de América ante el Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra propuso que los crímenes perpetrados contra personas apátridas, o contra toda otra persona por motivo de su raza o de su religión, se declararan «crímenes contra la humanidad». A su juicio, se trataba de crímenes contra los fundamentos mismos de la civilización, prescindiendo del lugar y de la fecha en que se perpetraran³.

5. La tipificación de los crímenes de lesa humanidad, en su calidad de infracciones distintas de los crímenes de guerra, se incluyó así en el estatuto del Tribunal Militar Internacional⁴ (art. 6, apartado c), posteriormente en la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado⁵ (art. II, párr. 1, apartado c) y por último en el estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente⁶ (art. 5, párr. c).

6. Conviene recordar que los crímenes contra la humanidad tal como se definieron en los instrumentos señalados *supra*, estaban vinculados con el estado de beligerancia. Esta circunstancia histórica ha perjudicado, durante cierto tiempo, la autonomía de la noción de crimen contra la humanidad, puesto que las jurisdicciones instituidas para reprimir los crímenes contra la humanidad sólo reprimían esas infracciones cuando tenían una relación directa o indirecta con la guerra. Desde luego hay que reconocer, como se desprende de la naturaleza de los cosas, que la guerra es la ocasión privilegiada y la circunstancia más propicia para la comisión de crímenes contra la humanidad. La guerra y el crimen de lesa humanidad corren parejas. Como se verá, la mayor parte de los crímenes de guerra son, al mismo tiempo, crímenes contra la humanidad. Y si bien la expresión «crimen contra la humanidad» ha aparecido muy tardíamente en la escena jurídica, el fenómeno que abarca tiene su origen en un pasado muy lejano. Es contemporáneo de la guerra. Por ello, durante mucho tiempo se ha confundido a los crímenes de guerra con los crímenes contra la humanidad. La noción de crímenes de guerra abarcaba la de crímenes contra la humanidad y era en virtud de aquélla que se reprimía también ésta.

7. En la introducción a su proyecto de código penal internacional⁷ Chérif Bassiouni recuerda que en el segundo milenio antes de Jesucristo aparecieron los pri-

³ *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, H.M. Stationery Office, 1948, pág. 175.

⁴ Denominado en adelante «estatuto de Nuremberg», figura como anexo del Acuerdo de Londres de 1945 (véase nota 2 *supra*).

⁵ 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).

⁶ Denominado en adelante «estatuto de Tokio», publicado en *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), págs. 354 y ss.

⁷ Ch. Bassiouni, *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 57.

meros tratados entre los egipcios y los sumerios para la reglamentación de la guerra; que los antiguos griegos y los romanos disponían de leyes sobre el derecho de asilo y sobre el tratamiento a los heridos y los prisioneros y que la práctica musulmana de la guerra estaba, desde 623, reglamentada por el Corán. Posteriormente, la Iglesia Católica también abordó el problema en los concilios de Letrán y de Lyon en los siglos XII y XIII. Los fundamentos doctrinales de la reglamentación de los conflictos armados se sentaron en particular en la *Summa Theologica* de Santo Tomás de Aquino y en *De jure belli ac pacis* de Grocio.

8. En Asia, las civilizaciones china (*El arte de la guerra* de Sun Tzu, en el siglo IV a. J.C.) e india (Libro de Manú, en el mismo período) conocieron igualmente una reglamentación de la guerra y dictaron medidas para la protección de los heridos y de los ancianos.

9. En la época moderna se ha observado un desarrollo considerable del derecho humanitario: Declaración de París de 1856; Convención de la Cruz Roja, Ginebra, de 1864; Declaración de San Peterburgo de 1868; Declaración de Bruselas de 1874; Convenios de La Haya de 1899 y 1907; Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, de 1925; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos adicionales de 8 de junio de 1977.

10. De hecho, esos instrumentos se referían sobre todo a los crímenes de guerra. Pero, como se verá más en detalle, los crímenes de guerra están con frecuencia indisolublemente vinculados con los crímenes de lesa humanidad, y la distinción entre ambos no es siempre fácil. La Comisión de Derecho Internacional, al formular los Principios de Nuremberg en 1950⁸, retuvo este aspecto en el apartado c del Principio VI. La autonomía del crimen contra la humanidad sólo era relativa en la medida en que su represión estaba subordinada al estado de guerra.

11. Pero esta autonomía relativa se ha transformado en autonomía absoluta. Actualmente, el crimen contra la humanidad puede perpetrarse tanto en el marco de un conflicto armado como fuera de él. Desde luego, aún es necesario dar contenido a este concepto. El terreno que se pisa es propicio al romanticismo. Y aún la jurisprudencia, cuyo lenguaje es necesariamente estricto y frío, se deja llevar algunas veces por el lirismo.

1. EL SENTIDO DE LA PALABRA «HUMANIDAD»

12. En primer lugar se ha planteado la cuestión de determinar el sentido del vocablo «humanidad». De hecho, tal como decía Henri Meyrowitz, «la ambigüedad del término “humanidad” invita a ser prudente cuando se desea introducir esta noción en la definición de incriminación»⁹. Distingue tres acepciones de esta palabra: la de cultura (humanismo, humanista); la de fi-

⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/1316)*, págs. 11 y ss.; texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45.

⁹ H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi N.º 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, pág. 344.

lantropía y la de dignidad humana. Por lo tanto, el crimen contra la humanidad podría concebirse en el triple sentido de crueldad para con la existencia humana, de envilecimiento de la dignidad humana, de la destrucción de la cultura humana. Comprendido dentro de estas tres acepciones, el crimen de lesa humanidad se convierte sencillamente en «crimen contra todo el género humano». Los ingleses dicen «crime against humankind».

13. Algunos autores prefieren la expresión «crimen contra la persona humana» en lugar de «crimen de lesa humanidad» o «crimen contra la humanidad». Pero no cabe duda de que una expresión de esa índole plantearía el problema delicado, que se verá más adelante, del carácter necesariamente masivo o no del crimen de lesa humanidad, es decir, el problema de determinar si todo atentado grave dirigido contra un individuo constituye un crimen contra la humanidad. Si se considera que el individuo es «poseedor» y custodio de la dignidad humana, «poseedor de los valores éticos fundamentales» de la sociedad humana, el crimen contra la humanidad puede perpetrarse mediante un atentado contra un solo individuo, desde el momento en que tal atentado presente un carácter específico contrario a la conciencia humana. Habría en cierta forma un vínculo natural entre el género humano y el individuo: uno es la expresión del otro.

14. El tribunal de Constanza ha resuelto, en aplicación de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, que «el bien jurídico protegido por esta ley es el hombre en su valor moral de ser humano con todos los derechos que le son manifiestamente reconocidos por el conjunto de los pueblos civilizados»¹⁰. Se trataba en ese caso de un fallo emitido por los tribunales alemanes que juzgaban los crímenes cometidos por nacionales contra otros nacionales alemanes. Pero puede encontrarse la misma idea en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Zona Británica, en que se declara en virtud de la misma ley sobre los actos cometidos por criminales de guerra que: «La ley N.º 10 se inspira en la idea de que existen en la esfera de las naciones civilizadas ciertas normas de conducta tan esenciales para el comportamiento humano y la existencia de todo individuo que ningún Estado puede dejar de reconocer»¹¹.

15. En resumen, en la expresión «crimen contra la humanidad», la palabra «humanidad» significa el género humano tanto en su acepción general como en sus diversas manifestaciones individuales o colectivas.

2. SENTIDO DE LA PALABRA «CRIMEN» EN LA EXPRESIÓN «CRIMEN CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD»

16. En derecho interno, la palabra «crimen» se refiere a las infracciones más graves: tanto en la división tripartita de las infracciones (contravenciones, delitos y crímenes) como en la división bipartita (delitos y crímenes).

¹⁰ Asunto *Tillesen* (*Süddeutsche Juristenzeitung*, Heidelberg, 1947, col. 337 y en particular col. 339); citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 346, nota 15.

¹¹ *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen* (*O.G.H. br. Z.*), Berlin, 1949, vol. 2, pág. 271; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 347.

17. Cabe preguntarse si ocurre lo mismo en el derecho internacional. El artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados¹² trata de los «crímenes y delitos internacionales» y en el párrafo 4 se estipula que: «Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.»

18. Sin embargo, cabe preguntarse si el sentido de la palabra «crimen» empleada en el artículo 19 y el sentido de la misma palabra en la expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» coinciden exactamente. Esta coincidencia no es evidente; en todo caso nunca lo ha sido. En un principio la palabra «crimen» en la expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» era una expresión genérica sinónima de infracción. Abarcaba todas las categorías de delito penal. Por cierto, en la mayoría de los casos, los hechos considerados eran crímenes en el sentido técnico de la expresión. Pero sucede que este término abarcaba también delitos o aun hechos de carácter sencillamente policial. Los estatutos de los tribunales militares internacionales (Nuremberg y Tokio) así como la ley N.º 10, emplean la palabra crimen, en el sentido general de infracción, cualquiera que fuere la gravedad de la infracción considerada. Cabe señalar a este respecto, una sentencia de la Corte Suprema de la Zona Británica¹³ pronunciada en apelación de un juicio de un tribunal de primera instancia que, por razón de la pena infligida, que era leve, había calificado injustamente a la infracción como «delito contra la humanidad». Según la sentencia pronunciada por la Corte, la palabra «delito» no existía en la ley N.º 10 aun cuando la pena impuesta era la que correspondía a esta categoría de infracciones. La palabra crimen, tanto en la expresión «crimen contra la humanidad» como en la de «crimen de guerra» tenía una acepción general que abarcaba hechos de gravedad variable, aunque, como se acaba de decir, se trataba, en la mayoría de los casos, de hechos de suma gravedad. La palabra crimen era sinónimo de infracción en el sentido amplio del término. Abarcaba tanto los hechos de carácter sencillamente policial como los hechos más graves. Por ello en el artículo 50 del Convenio (I) de Ginebra de 1949¹⁴ se hace una distinción entre las «infracciones graves» y las demás infracciones.

19. Actualmente, la Comisión ha zanjado la cuestión. Ha decidido que el término «crimen» no debe abarcar todas las infracciones, sino solamente las infracciones más graves.

3. EL CONTENIDO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

20. La definición del contenido de la palabra «humanidad» y de la palabra «crimen» no basta para dar contenido a la expresión «crimen contra la humanidad». Esta noción es tan sustanciosa que resulta difícil limitarla en los estrechos confines de una fórmula única. Se han intentado muchas definiciones pero cada una subraya uno o varios elementos esenciales de este crimen, sin abarcar todos sus aspectos.

¹² *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

¹³ *O.G.H. br. Z.* (véase nota 11 *supra*), vol. 1, págs. 48 y 49; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 246.

¹⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, pág. 31.

21. Algunas definiciones hacen hincapié en el *carácter* del crimen: barbarie, brutalidad, atrocidad del crimen. Así pues, la ley constitucional austriaca de 26 de junio de 1945 estipula que: «es culpable del crimen de barbarie y de brutalidad quienquiera que, durante la tiranía nacionalsocialista, haya puesto a otro en un situación *atroz* [...] por odio político o abuso de autoridad»¹⁵. Se ha criticado esta fórmula. Según algunas personas, la barbarie y la atrocidad no son necesarias. Constituyen también crímenes de lesa humanidad determinados *tratos humillantes y degradantes* y los *atentados a la dignidad personal* a que se hace referencia en los Convenios de Ginebra de 1949.

22. Otras definiciones hacen hincapié en la *lesión de un derecho*: «atentado contra los derechos fundamentales»: derecho a la vida, a la salud, a la integridad corporal, a la libertad (resolución de la Octava Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal)¹⁶.

23. Otros aun hacen hincapié en la *escala* del crimen de lesa humanidad (el exterminio, la esclavización de pueblos o de grupos de individuos). Pero se ha debatido mucho la cuestión y no se ha admitido siempre esta condición del carácter masivo. Es cierto que en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se hace referencia a una violación «en gran escala» de una obligación (párr. 3, apartado c). Pero este punto de vista no es compartido unánimemente.

24. El debate puede continuar interminablemente habida cuenta de la amplitud de la noción. Así pues, algunos hacen hincapié en la personalidad jurídica del autor. El crimen contra la humanidad sería un crimen de Estado. Según Eugène Aroneanu, «el crimen de lesa humanidad, antes que "crimen", es un acto de soberanía estatal, acto por el cual un Estado atenta, por motivos raciales, nacionales, religiosos o políticos, contra la libertad, los derechos o la vida de una persona o de un grupo de personas»¹⁷. Pero otros autores estiman que este crimen también puede ser cometido a título individual, aun cuando los individuos de que se trate ejerzan un poder estatal.

25. Parece que el único elemento objeto de consenso es el *móvil*. Todos los autores, todas las decisiones de jurisprudencia, todas las resoluciones de los congresos internacionales, coinciden en el hecho de que lo que caracteriza al crimen de lesa humanidad es el móvil, es decir la intención de atentar contra una persona o un grupo de personas, por motivos raciales, nacionales, religiosos o de opiniones políticas. Se trata de una intención especial, incorporada en el crimen, que le confiere su particularidad.

26. Efectivamente, el artículo 6, apartado c, del estatuto de Nuremberg, el artículo II, párrafo 1, apartado c, de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado y el

artículo 5, apartado c, del estatuto de Tokio se refieren, algunas veces con variantes en la formulación, al móvil que inspira el acto criminal. Por ello los autores de estos textos habían preferido, en la definición del crimen contra la humanidad, no limitarse a una fórmula sintética, sino combinar una definición general y una enumeración a título ilustrativo.

27. Pero aun en este caso, la autonomía de la noción sigue siendo limitada y subordinada al estado de guerra, como se ha dicho anteriormente (párr. 10 *supra*). Tal era la situación del derecho antes de 1954.

B.—El crimen contra la humanidad en el proyecto de código de 1954

28. En primer lugar, el proyecto de código de 1954 dio cierta autonomía al crimen contra la humanidad al desligarlo del contexto de la guerra. A continuación, atribuyó un contenido bipartito a esta noción al distinguir el crimen de genocidio de los demás «actos inhumanos». Ambos crímenes se contemplan en los párrafos 10 y 11 del artículo 2 del proyecto de 1954. El problema que se plantea actualmente es el de saber por qué en el proyecto de 1954 se ha distinguido entre el «genocidio» y los «actos inhumanos».

1. EL GENOCIDIO

29. No cabe duda de que el genocidio descrito en el párrafo 10 del artículo 2 y los «actos inhumanos» descritos en el párrafo 11 del artículo 2 constituyen crímenes contra la humanidad, pero el problema del carácter concreto del genocidio ha dividido las opiniones según la perspectiva desde la que se examina. De hecho, puede considerarse ya sea el objetivo del genocidio, o el número de víctimas.

a) El objetivo del genocidio

30. Si se examina el genocidio en función de su objetivo, no cabe duda de que este crimen se distingue de los demás actos inhumanos. De hecho, el objetivo previsto en este caso es como lo precisa la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948¹⁸, el de «destruir*, total o parcialmente, a un grupo* nacional, étnico, racial o religioso» (art. II). Aunque también otros actos inhumanos pueden inspirarse en motivos nacionales, raciales o religiosos, no entrañan necesariamente el objetivo de destruir o un grupo considerado como una entidad distinta. Desde este punto de vista, el genocidio presenta características concretas.

b) El número de víctimas

31. Si el genocidio se considera desde el punto de vista del número de víctimas, la cuestión es determinar la diferencia entre el genocidio y los demás actos inhumanos. A juicio de algunos autores, no existe diferencia entre el genocidio y los demás crímenes contra la humanidad. Según Stefan Glaser, «parece indudable que la intención de los autores tanto de la Convención sobre el genocidio como del proyecto de código era la de recono-

¹⁵ Ley sobre los crímenes de guerra y otros crímenes nacionalsocialistas, art. 3, párr. 1, *Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich*, 28 de junio de 1945, N.º 32, pág. 56.

¹⁶ Resolución sobre el crimen contra la humanidad, adoptada por la Octava Conferencia celebrada los días 10 y 11 de julio de 1947, véase *Actas de la Conferencia*, París, Pedone, 1949, págs. 227 y 228.

¹⁷ E. Aroneanu, *Le crime contre l'humanité*, París, Dalloz, 1961, págs. 56 y 57.

¹⁸ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296.

cer como consumado el genocidio aún en el caso en que el acto (homicidio, etc.) hubiere sido cometido respecto de *un solo* miembro de un grupo determinado, con la intención de destruirlo “total o parcialmente”¹⁹. A su juicio, «lo que es decisivo para la noción de genocidio es la *intención**».

32. Cabe preguntarse si los demás crímenes contra la humanidad, denominados «actos inhumanos» en el proyecto de código de 1954 presuponen también un elemento colectivo. Se plantea en este caso un debate importante que se vuelve a plantear en la jurisprudencia de los tribunales militares instituidos en virtud de la ley N.º 10 del Consejo del Control Aliado.

33. Cierta corriente de opinión se orienta a favor del carácter masivo de la infracción. Según el Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra:

Los delitos aislados no entrañan la noción de crímenes contra la humanidad. En principio, sería necesaria una acción masiva y sistemática, en particular si estuviese revestida de autoridad, para transformar un crimen de derecho común, sancionable solamente de conformidad con el derecho interno, en crimen de lesa humanidad, perteneciente así al fuero del derecho internacional. Únicamente los crímenes que han puesto en situación de peligro a la comunidad internacional, o que han escandalizado la conciencia de la humanidad, ya sea por sus dimensiones o su brutalidad, o por su gran número o por el hecho de que se hayan repetido el mismo tipo de actos en momentos y lugares diversos, han justificado la intervención de Estados distintos de aquel en cuyo territorio se cometieron los crímenes o cuyos nacionales fueron las víctimas²⁰.

34. No obstante, se han expresado opiniones contrarias²¹. Asimismo, el Congreso internacional del Movimiento nacional judicial francés, en su resolución sobre la represión de los crímenes nazis contra la humanidad, adoptada en octubre de 1946, estipula: «Son culpables de crímenes contra la humanidad y sancionables como tales, los que exterminan o persiguen a *un individuo** o un grupo de individuos, por razón de su nacionalidad, de su raza, de su religión o de sus opiniones»²².

35. Opiniones análogas se encuentran en los informes presentados a la Octava Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Bruselas en julio de 1947²³.

36. En el informe brasileño presentado a esa Conferencia por el profesor de la facultad de derecho de Río de Janeiro, Roberto Lyra, se propone la siguiente definición: «Se considera como delito de lesa humanidad toda acción u omisión que encierre una grave amenaza o violencia física contra *alguna persona** a causa de su nacionalidad, de su raza o de sus opiniones religiosas, filológicas o políticas»²⁴.

37. En el informe de los representantes de los Países Bajos, W. P. J. Pompe, rector de la Universidad de

Utrecht, y B. H. Kazemier, asesor del Ministerio de Justicia, se propone como definición del crimen contra la humanidad: «el hecho de exterminar o de colocar en un estado intolerable, contrariamente a los principios de derecho generales reconocidos por los pueblos civilizados, a *un individuo** o grupo de individuos, a causa de su nacionalidad, su religión o sus opiniones»²⁵.

38. En el informe polaco presentado por Georges Sawicki, Fiscal General en Varsovia, la definición propuesta era: «Es culpable de delito contra la humanidad el que comete un delito contra la vida, la salud, la inmunidad corporal, la libertad, el honor o los bienes de *una persona** o de un grupo de personas, [...], si el hecho ha sido cometido por motivos nacionales, religiosos, raciales o políticos»²⁶.

39. En el informe de la Santa Sede, presentado por su delegado Pierre Bondue, se consideraba como crimen contra la humanidad «todo ataque [...] contra [...] los derechos [...] de toda persona humana, a causa de sus opiniones, su nacionalidad, su raza, casta, familia o profesión»²⁷.

40. El representante de Suiza, Jean Graven, profesor de la facultad de derecho de Ginebra, presentaba en su informe el proyecto de definición siguiente:

El que, sin derecho, atente, por motivos raciales, nacionales, religiosos, políticos o de opinión, contra la libertad, la salud, la integridad corporal o la vida de *una persona** o de un grupo de personas, especialmente mediante deportación, subjugación, malos tratos y exterminio, ya sea en tiempo de guerra o en tiempo de paz, comete un delito punible contra la persona humana (o la humanidad)²⁸.

41. Por otra parte, André Boissarie, Procurador General de la Corte de Apelaciones de París, elaboró, en el marco del Movimiento nacional judicial francés, un proyecto de convención en cuyo artículo 5 se estipulaba que: «Los crímenes contra la humanidad van dirigidos contra un grupo humano o *un individuo**, por el hecho de su nacionalidad, de su religión o de sus opiniones»²⁹.

42. En su notable obra, Henri Meyrowitz hace un análisis profundo de la cuestión. Sostiene que:

[...] debe interpretarse que la tipificación de los crímenes contra la humanidad entraña, *además* de los actos dirigidos contra víctimas individuales, los actos de participación en crímenes masivos, [...].

[...]

La pluralidad de las víctimas no es un requisito más importante que la pluralidad de los actos. Indudablemente, el concepto de crimen contra la humanidad ha sido suscitado por un fenómeno criminal histórico cuya característica principal es la infracción en gran escala: un gran número de actos, un gran número de agentes, un gran número de víctimas [...]. Pero [el carácter masivo] no es elemento constitutivo de la infracción³⁰.

43. Por lo tanto, el carácter necesariamente masivo o no del crimen contra la humanidad es un punto controvertido. Estas controversias se han manifestado también en la jurisprudencia.

¹⁹ S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruselas, Bruylant, 1970, vol. I, pág. 112.

²⁰ *History of the United Nations War Crimes Commission...* (op. cit., nota 3 supra), pág. 179.

²¹ Véase el memorando preparado en 1950 por V. V. Pella a petición de la Secretaría, A/CN.4/39, párr. 139.

²² *Revue internationale de droit pénal*, París, 19.º año, 1948, pág. 384.

²³ *Actas de la Conferencia* (op. cit., nota 16 supra), págs. 108 y ss.

²⁴ *Ibid.*, pág. 116.

²⁵ *Ibid.*, pág. 130.

²⁶ *Ibid.*, pág. 137.

²⁷ *Ibid.*, pág. 149.

²⁸ *Ibid.*, pág. 157.

²⁹ *Revue internationale de droit pénal*, París, 19.º año, 1948, pág. 382.

³⁰ *Op. cit.*, (nota 9 supra), págs. 255 y 280.

44. La Corte Suprema de la Zona Británica había considerado que este elemento de masa no era necesario para la definición legal del crimen contra la humanidad, que incluía, conjuntamente con el exterminio que entraña un elemento de masa, el asesinato, la tortura y la violación, que pueden tratarse de un hecho aislado y único³¹.

45. Por el contrario, los tribunales militares norteamericanos habían estimado que el carácter masivo era parte integrante del crimen contra la humanidad. En el proceso contra los altos funcionarios de la justicia del régimen nazi, los acusados fueron declarados culpables de haber participado «a sabiendas en un *sistema de crueldad** y de injusticia que se extendía en todo el país y estaba organizado por el gobierno». El tribunal había entonces afirmado que casos aislados de atrocidades o de persecuciones no debían incluirse en la definición³².

46. El Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra después de haber estudiado las definiciones de los estatutos de Nuremberg y de Tokio y de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, había expresado una opinión análoga (véase párr. 33 *supra*).

47. En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la tendencia a favor del carácter masivo del crimen parece predominar si se tiene en cuenta el apartado c del párrafo 3 del artículo 19, según el cual un crimen internacional puede resultar «de una violación grave y *en gran escala** de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano».

48. La diferencia deducida del carácter masivo de la violación no es sin embargo decisiva. Algunos autores continúan estimando que la violación sistemática de un solo derecho humano es un crimen contra la humanidad.

49. Se plantea entonces la cuestión de si puede hallarse en el elemento de la gravedad un factor de diferenciación. Stefan Glaser estima que el genocidio no es más que «un caso agravado o calificado» de crimen contra la humanidad. Entre ambos conceptos hay solamente una diferencia de grado, no una diferencia de naturaleza³³. Según dicho autor, la distinción es particularmente difícil de mantener si se considera que, desde el punto de vista del motivo, no hay una diferencia visible entre la destrucción de un «grupo étnico» y la destrucción de un «grupo político».

50. No comparte sin embargo el punto de vista anterior Vespasien V. Pella, para quien los dos conceptos de genocidio y crimen contra la humanidad tienen un ámbito distinto de aplicación.

En efecto, no existe genocidio según la Convención de 9 de diciembre de 1948, si el acto ha sido dirigido contra un *grupo político*.

³¹ O.G.H. br. Z. (véase nota 11 *supra*), vol. I, págs. 13 y 231; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 254.

³² Véase *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10 (Nuernberg October 1949-April 1949)* [serie de 15 volúmenes, denominada en adelante «American Military Tribunals»], Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1949-1953, asunto N.º 3 (*The Justice Case*), vol. III, pág. 985; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, págs. 252 y 253.

³³ *Op. cit.*, (nota 19 *supra*), pág. 109.

Por el contrario, los delitos contra la humanidad, tal como los prevé el apartado c del artículo 6 del estatuto del Tribunal de Nuremberg, pueden estar constituidos tanto por persecuciones como por motivos políticos³⁴.

Llevando su razonamiento hasta las últimas consecuencias, dicho autor estima que la diferencia entre ambos conceptos es tan grande que el genocidio debe excluirse de la codificación y observa, en tal sentido, que existe ya una convención separada sobre el genocidio, por lo que su inserción en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad es innecesaria: «Es preciso mantener el carácter autónomo y la vida propia de la Convención sobre el genocidio»³⁵.

51. Esta tesis llevada al extremo no parece aceptable y no fue, por otra parte, aceptada por la CDI en 1954. Si hubiera que eliminar del código todos los actos ilícitos que son objeto de una convención, el código quedaría reducido a una cáscara vacía. Además, la mayoría de las convenciones no consideran los actos ilícitos en su aspecto criminal, que es precisamente el objeto del presente proyecto de código.

c) *Beligerancia*

52. Se pensó igualmente en hallar en la beligerancia un elemento de diferenciación entre ambos conceptos. El estatuto de Nuremberg vinculó los crímenes contra la humanidad al estado de beligerancia. Los tribunales militares deliberaron extensamente sobre el problema. La Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra refleja el debate en los términos siguientes: «Aunque tal vez coincidan hasta cierto punto ambos conceptos, el genocidio se distingue de los crímenes contra la humanidad en que, para probarlo, no es necesario establecer su relación con una guerra»³⁶.

53. En 1954, la CDI rechazó la beligerancia como factor de diferenciación entre el crimen contra la humanidad y el genocidio, pero mantuvo en el proyecto de código la distinción entre las dos infracciones, que serán objeto de párrafos diferentes (párrs. 10 y 11 del artículo 2).

54. El Relator Especial estima que, habida cuenta de las características particulares del crimen de genocidio, conviene reservarle un lugar aparte entre los crímenes contra la humanidad.

55. En cuanto a la formulación del proyecto de artículo, conviene señalar en primer lugar que la palabra «genocidio» no figura en el proyecto de 1954. Sin embargo, el párrafo 10 del artículo 2 tiene expresamente en cuenta el fenómeno, y todos los actos que en él se enumeran son actos de genocidio. Por otra parte, la Convención de 9 de diciembre de 1948 menciona expresamente el genocidio y da la definición en su artículo II. Aparte de esa diferencia, el texto de 1954 reproduce exactamente el texto de 1948.

³⁴ A/CN.4/39, párr. 141.

³⁵ A/CN.4/39, párr. 142.

³⁶ Véase *Law Reports of Trials of War Criminals* (colección de jurisprudencia en 15 volúmenes, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra), Londres, H.M. Stationery Office, 1947-1949, vol. XV, pág. 138.

56. En cuanto a los elementos contenidos en ambos textos, cabe preguntar si los términos «nacional, étnico, racial» no coinciden hasta cierto punto, y si no se incurre en un pleonasmismo, particularmente al emplear los términos *étnico* y *racial*. Es claro que estos conceptos, aunque convergentes hasta cierto punto, no coinciden exactamente.

57. Un grupo nacional abarca con frecuencia diversos grupos étnicos. Son raros en el mundo los Estados en que se halla una perfecta homogeneidad étnica. En África, particularmente, la división territorial se hizo sin tener en cuenta la distribución étnica, lo que originó frecuentemente problemas a los jóvenes Estados sacudidos por movimientos centrífugos dirigidos a menudo a lograr una reagrupación étnica. Con raras excepciones (por ejemplo, Somalia), prácticamente la totalidad de los Estados africanos tienen una población heterogénea. En los otros continentes, las migraciones, los intercambios, los azares de las guerras y conquistas han originado tantas mezclas que el concepto de grupo étnico posee en ellos solamente un valor relativo y carece incluso tal vez de toda significación. El concepto de nación no coincide con el grupo étnico y se caracteriza por la voluntad de vivir en común, un ideal común, un objetivo común e inspiraciones comunes.

58. Más difícil de captar es tal vez la diferencia entre los términos «étnico» y «racial». Al parecer, el vínculo étnico posee en mayor grado un carácter cultural, se funda en los valores de civilización, y se caracteriza por un estilo de vida, un modo de pensar, una concepción común de la vida y de las cosas; el grupo étnico se basa más profundamente en una cosmogonía. Por el contrario, el elemento racial se refiere más típicamente a características *físicas* comunes. Parece, pues, natural que se mantengan ambos términos, que dan al texto sobre el genocidio un ámbito de aplicación más amplio que abarca tanto el genocidio físico como el genocidio cultural.

59. Conviene referirse a la otra categoría de crímenes contra la humanidad que en el proyecto de código de 1954 se designa como «actos inhumanos».

2. ACTOS INHUMANOS

60. El párrafo 11 del artículo 2 del proyecto de código de 1954 no da una definición general de los actos inhumanos y procede por enumeración. Ahora bien, la enumeración del párrafo 10 sobre el genocidio es limitativa, en tanto que la del párrafo 11 es ilustrativa.

61. Penetramos aquí, en efecto, en una esfera en que se descubren hechos sumamente diversos, con manifestaciones de matices diferentes. Los aspectos del crimen contra la humanidad se transforman con el progreso tecnológico. La expresión «crimen contra la humanidad» se remonta a la segunda guerra mundial, precisamente a causa de la crueldad que el progreso hizo posible. Debido a ese carácter evolutivo, el intento de enumerar todos los crímenes contra la humanidad equivaldría a reducir el campo de la materia con riesgo de dejar impunes los crímenes que a veces es difícil imaginar antes de su realización.

62. Sin adelantarse, por otra parte, a lo que ha de decirse sobre los crímenes de guerra (algunos de los cuales se confunden con los crímenes contra la humanidad), cabe recordar el método seguido en el Convenio (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907³⁷, cuyo preámbulo estipula que

[...] no podía entrar en las intenciones de las Altas Partes contratantes que los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirigen los ejércitos.

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.

63. Aunque esta referencia a los principios del derecho de gentes, a los usos establecidos entre las naciones civilizadas, a las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública no se reproduzca en el proyecto de código de 1954, es claro que esos principios han inspirado el texto. Además, ese texto precisa claramente que los actos inhumanos no se limitan a los actos que enumera.

3. APARTHEID

64. El hecho de que el *apartheid* constituye un crimen contra la humanidad no es dudoso. Sólo puede suscitar dudas a quienes marchen en contra de la corriente de la historia. En su segundo informe³⁸, el Relator Especial enumeró todos los instrumentos internacionales relativos al *apartheid*. Además, si el concepto de *jus cogens* posee un significado, es aquí donde se halla una de sus aplicaciones más justificadas.

65. Sin poner en duda el carácter criminal del *apartheid*, hay quienes estimaron que el término estaba vinculado excesivamente a un determinado sistema para poder constituir la base de una norma general. Pero este argumento no es decisivo. El *apartheid* posee características específicas al igual que otros muchos crímenes. El homicidio involuntario, el homicidio, el asesinato, son crímenes cada uno de los cuales posee rasgos particulares, a pesar de lo cual todos ellos proceden de un hecho común: el hecho de privar de la vida a un semejante. Ahora bien, este acto tiene gravedad diferente en los distintos casos. En el código, el *apartheid* posee una autonomía clara, al igual que el genocidio, aunque ambos hechos sean constitutivos de actos inhumanos.

C.—Atentados graves contra el medio humano

66. En el apartado *d* del párrafo 3 del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Es-

³⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 326.

³⁸ *Anuario...* 1984, vol. II (primera parte), pág. 99, documento A/CN.4/377, párr. 44, apartado 3, y nota 34.

tados se considera crimen internacional «una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares».

67. No es preciso destacar la importancia cada vez mayor que cobran los problemas relativos al medio ambiente hoy en día. La necesidad de protegerlo y salvaguardarlo justificaría la inclusión de una disposición específica en el proyecto de código.

PARTE II

Crímenes de guerra

68. El concepto de crímenes de guerra suscita, en primer lugar, problemas de terminología; en segundo lugar, observaciones de fondo y, finalmente, problemas metodológicos.

A.—Problemas de terminología

69. Se tropieza aquí en primer lugar con una dificultad de orden terminológico. En el derecho internacional clásico la palabra «guerra» no expresaba solamente un fenómeno sociológico y político, pues era, en primer lugar, un concepto jurídico representativo de un estado de relaciones internacionales que creaba derechos y obligaciones para los participantes en él. La guerra era en sí misma un derecho vinculado a la soberanía. El objeto de las convenciones internacionales no era, pues, la prohibición de la guerra, sino su reglamentación. La idea de una convención internacional que prohíba la guerra, salvo en caso de legítima defensa, es relativamente reciente, pues data del Pacto Briand Kellogg de 1928³⁹. Esta idea se desarrolló sobre todo con posterioridad a la segunda guerra mundial, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas.

70. Sin embargo, aunque la guerra sea hoy día un hecho ilícito, el fenómeno que evoca no ha perdido su vigencia. Lo mismo ocurre desafortunadamente por otra parte con muchos otros crímenes. No basta con afirmar la ilegalidad de un acto determinado, con prohibirlo, para que ese acto desaparezca de la vida humana. La prohibición del homicidio y del asesinato data de fecha muy remota, a pesar de lo cual hay que lamentar todos los días homicidios y asesinatos. Si bastase con prohibir un acto para que desapareciera del comportamiento humano, no habría ni policía, ni sistema judicial ni institución penitenciaria.

71. La prohibición de la guerra no ha hecho, pues, desaparecer ese fenómeno. Lo que puede afirmarse es que al proscribir la guerra se instaura una óptica nueva que implica consecuencias jurídicas. La primera es, claro está, la ilicitud de la «declaración de guerra». Hoy día, la guerra, incluso la guerra declarada con las formalidades requeridas en otro tiempo, se confunde con la agresión.

72. Ahora bien, si la guerra ha pasado a constituir un hecho ilícito y no puede legitimar derecho alguno, el fenómeno que representa —el conflicto armado— permanece, y haría falta una buena dosis de ingenuidad para

ignorarlos. El proyecto de código de 1954 prohibía los actos cometidos «en violación de las leyes o usos de la guerra» (art. 2, párr. 12). Con el deseo de hallar una fórmula que esté en conformidad con el derecho, se ha propuesto la eliminación de la palabra «guerra» en esa expresión. Sería absurdo considerar un acto como criminal y al mismo tiempo establecer los derechos y deberes de quienes lo practican. Abstenerse, sin embargo, de limitar por ese motivo los excesos, los abusos que se cometen con motivo de los conflictos armados, sería más que ingenuidad, sería una ligereza y una omisión culpable.

73. Además, la prohibición de la guerra no impide que haya situaciones (legítima defensa, operaciones de mantenimiento de la paz) en que el uso de la fuerza, aunque aceptable, deba contenerse dentro de límites claramente definidos.

74. El derecho de los conflictos armados es, pues, indispensable. El único problema que se plantea en tal sentido es de orden terminológico. Surge la cuestión de si es preciso renunciar a la palabra «guerra» sustituyéndola por la expresión «conflicto armado».

75. Habría argumentos a favor de esta tesis, sobre todo a partir de la aparición de nuevos tipos de conflictos armados en que no siempre se oponen unos Estados contra otros, sino que a veces se trata de entidades estatales contra entidades no estatales (movimientos de liberación nacional, movimientos de guerrilleros, etc.). El artículo 3 del Convenio (I) de Ginebra de 1949 preveía ya el conflicto no internacional. Los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 referentes a los conflictos armados, de 1977⁴⁰, confirman esta idea, a saber, que no es necesario para que se apliquen las «leyes y usos de la guerra», que el conflicto sea un conflicto entre Estados. El Protocolo I dispone, en el párrafo 4 de su artículo 1, que las situaciones a que se refiere el párrafo 2 común a los Convenios de Ginebra comprenden «los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación». La consecuencia de la disposición anterior es la asimilación de los combatientes y prisioneros de las guerras de liberación nacional a los combatientes y prisioneros de guerra de «cualquier otro conflicto armado», en el sentido del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

³⁹ Sociedad de las Naciones, *Recueil des traités*, vol. XCIV, pág. 57.

⁴⁰ Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1977 (N.º de venta: S.79.V.1), págs. 101 y ss. (Protocolo I), y págs. 147 y ss. (Protocolo II).

76. De las breves consideraciones anteriores se desprende que el concepto de guerra en el sentido clásico del término ha experimentado una ampliación. No se trata ya exclusivamente de una relación entre Estados, sino también de todo conflicto armado en que entidades estatales se opongan a entidades no estatales. En otros términos, lo que aquí se considera no es ya la guerra en sentido formal, sino en sentido material, es decir, su contenido (el uso de la fuerza armada). Si la palabra «guerra» se emplea, pues, en este informe, se hace en su sentido material de conflicto armado, no en su sentido formal y tradicional de relación entre Estados.

B.—Problemas de fondo: crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad

77. Los problemas de fondo se refieren a la distinción entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. No siempre es fácil distinguir entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Ya se consideren ambos conceptos desde el punto de vista de su contenido o desde el de su ámbito de aplicación, se observan zonas de convergencia que dificultan a veces la distinción.

78. Aunque los dos conceptos sean distintos, un mismo hecho puede constituir al mismo tiempo un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad. El homicidio y el asesinato pueden constituir al mismo tiempo, si se cometen durante un conflicto armado, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Basta para ello con que se inspiren en motivos políticos, raciales o religiosos. Al margen de todo conflicto armado, esos mismos hechos, inspirados por los mismos motivos, constituyen solamente crímenes contra la humanidad.

79. Esta doble calificación no carece de interés. En efecto, la calificación de crimen contra la humanidad permite que no queden impunes ciertos hechos a los que no se aplica la calificación de crimen de guerra. Los crímenes cometidos en tiempo de guerra por unos nacionales contra otros podrían no ser objeto de enjuiciamiento sin la calificación de crímenes contra la humanidad.

80. Careciendo del mismo contenido, por causa de su móvil, las dos infracciones no poseen el mismo ámbito de aplicación. El crimen de guerra tiene un ámbito de aplicación más limitado y sólo puede cometerse en tiempo de guerra, en tanto que el crimen contra la humanidad puede cometerse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. El crimen de guerra puede solamente cometerse contra un enemigo, en tanto que el crimen contra la humanidad puede cometerse contra una víctima no enemiga, e incluso puede cometerlo un Estado contra sus propios nacionales.

C.—Problemas de método

81. Cabe preguntarse si para determinar los crímenes de guerra es preciso recurrir a una definición general o a una enumeración.

82. La enumeración plantea siempre problemas delicados. Es difícil, si no imposible, suministrar una lista exhaustiva de los «crímenes de guerra». En 1919, la

Conferencia preliminar de la paz elaboró la lista de las violaciones de las leyes y usos de la guerra cometidas por las fuerzas alemanas y aliadas durante la primera guerra mundial; esta lista contenía 32 casos de violaciones.

83. Durante la segunda guerra mundial, Sir Cecil Hurst, representante del Reino Unido y Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra, planteó de nuevo el problema de lo que había de considerarse como «crimen de guerra». La Comisión retrocedió ante la inmensidad de la empresa y se contentó con examinar de nuevo la lista elaborada en 1919, admitiendo sin embargo el principio de que la lista no era exhaustiva y de que, habida cuenta de la evolución posterior, podría haber otros crímenes que no figurasen en ella. En efecto, se presentaron ulteriormente nuevas propuestas. De este modo, a propuesta del representante de Polonia, se agregó la toma de rehenes. Se condenaron igualmente las detenciones en masa efectuadas al azar. Se reconoció también que era preciso tener en cuenta el preámbulo del Convenio (IV) de La Haya, de 1907⁴¹, según el cual los crímenes de guerra no se limitaban a las violaciones de las leyes de la guerra que figuran en los Convenios de La Haya, y que los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas habían de permitir que se calificasen como crímenes de guerra todos los actos que contraviniesen gravemente esos principios⁴².

84. El estatuto del Tribunal de Nuremberg habla de las «violaciones de las leyes y usos de la guerra», que «comprenden, *sin limitarse a ello**, el asesinato, los malos tratos, etc.» (art. 6, apartado *b*). La ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado hace referencia a «las infracciones de las leyes y usos de la guerra, incluido, *sin que esta enumeración tenga carácter limitativo**, el asesinato, los malos tratos [...]» (art. II, párr. 1, apartado *b*).

85. El estatuto de Tokio se refería, por el contrario, a «los crímenes cometidos contra las convenciones de la guerra, a saber, las violaciones de las leyes y usos de la guerra» (art. 5, apartado *b*) sin enumeración alguna ni siquiera de carácter no limitativo.

86. El debate se ha iniciado de nuevo. En la materia sometida a examen, lo mejor es enemigo de lo bueno y hay que desconfiar de una ambición generosa pero escasamente refrenada. Sir David Maxwell Fyfe decía: «No creo que sea posible establecer un código que contenga definiciones completas y detalladas»⁴³. Vespasien Pella era más categórico: «Me parece imposible, en las circunstancias presentes, establecer una lista de todas las violaciones de las leyes y los usos de la guerra»⁴⁴. Jean Spiropoulos, Relator del proyecto de código de 1954, era de la misma opinión:

Respecto al proyecto de código, se ha manifestado la opinión de que debería formularse una enumeración completa de todos los actos que constituirían delitos de guerra. [...]

⁴¹ Véanse párr. 62 y nota 37 *supra*.

⁴² *History of the United Nations War Crimes Commission...* (op. cit., nota 3 *supra*), págs. 170 a 172).

⁴³ Citado en el memorando de Pella, A/CN.4/39, párr. 145 *in fine*.

⁴⁴ A/CN.4/39, párr. 147.

En nuestra opinión, tal empresa tropezaría con las más graves dificultades, ya que existen hondas divergencias de opinión sobre puntos muy importantes relacionados con las leyes y usos de la guerra. [...]»⁴⁵.

Según el mismo autor, es preciso adoptar una definición general de los crímenes de guerra dejando al juez la tarea de investigar si lo que se somete a su examen es, en cada caso, un delito de guerra. Sin embargo, agregaba el mismo autor, «no nos oponemos a que se agregue a la definición general una lista de violaciones de las leyes de

⁴⁵ Primer informe de J. Spiropoulos sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (A/CN.4/25, pág. 34).

la guerra, aunque con la reserva de que esa lista no constituye una enumeración completa [...]»⁴⁶.

87. La Comisión adoptó sin más en 1954 el método de una definición general.

88. Nos hallamos de nuevo ante una encrucijada. En consecuencia, el proyecto de artículo sobre los crímenes de guerra que propone el Relator Especial tiene dos variantes: una de carácter sintético basada en el proyecto de 1954 y la otra que combina los dos métodos (véase art. 13, en la parte V del presente informe).

⁴⁶ A/CN.4/25, pág. 35.

PARTE III

Otras infracciones

89. Se ha dicho que la naturaleza de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad implica a menudo un *concursum plurium ad delictum*. El fenómeno de participación es la norma, y de ahí la importancia que tienen en esa forma de criminalidad las nociones de complicidad y de conspiración.

90. Se examinará también la tentativa como infracción conexa.

91. El proyecto de código de 1954 se había limitado a penalizar estos hechos sin analizarlos ni definirlos y se buscaría vanamente en los trabajos preparatorios cualquier comentario que arrojará luz sobre esta cuestión. No obstante, hay que considerar que la trasposición de ciertas nociones de derecho interno al derecho internacional produce una deformación aparente del concepto original. Pero en este contexto las nociones se deforman verdaderamente al penetrar en las profundidades del derecho internacional y cambian a menudo de contenido o de sentido. Sería, pues, interesante saber en qué se convierten las nociones de complicidad y de complot cuando penetran en la esfera del derecho internacional.

A.—La complicidad

92. En una empresa criminal cometida en régimen de participación, el cómplice desempeña un papel distinto al del autor principal. Los hechos que se imputan al uno y al otro no son los mismos. Por ejemplo, en el caso de un asesinato el acto material de *matar* es distinto de la *facilitación de medios para matar*. Aunque las dos infracciones sean conexas (en principio una está vinculada a la otra), cada una conserva su carácter propio. Como no tienen el mismo contenido material, constituyen dos nociones con dos calificaciones jurídicas diferentes. Empero, en ciertos casos, no resulta fácil determinar el contenido jurídico de una y otra noción. En derecho interno, según las legislaciones, la complicidad tiene un contenido más o menos amplio.

1. LA COMPLICIDAD EN EL DERECHO INTERNO

a) Contenido restringido

93. El artículo 60 del Código Penal francés enumera los diferentes casos de complicidad. Esta puede realizarse por *instigación*, por *facilitación de medios* o mediante *ayuda o asistencia*.

94. En términos generales, el derecho francés no incluye en la complicidad los actos posteriores a la infracción principal. De este modo, el encubrimiento es un delito distinto de la complicidad.

95. También es cierto que el derecho penal francés reconoce casos de complicidad ampliada. Así sucede en las circunstancias previstas en el artículo 61 del Código Penal que asimila ciertos casos de encubrimiento a la complicidad: encubrimiento de bandoleros o de autores de crímenes contra la seguridad del Estado o la paz pública. Los autores de un hecho semejante posterior al acto principal «serán castigados como cómplices», se indica en el Código. Pero esta forma de complicidad debe su autonomía únicamente a la ley. Si la sanción correspondiente se impone al inculpaado en concepto de autor principal, la infracción es autónoma: está prevista en una disposición especial del código penal y no resulta de una aplicación jurisprudencial de la teoría general de la complicidad.

96. En muchas otras legislaciones se limita la complicidad a los actos anteriores o concomitantes respecto del acto principal. No se reconoce la complicidad mediante actos subsiguientes. Este acto se erige en infracción autónoma. El Código Penal de la República Federal de Alemania limita la complicidad a la instigación o a la ayuda para delinquir, es decir a los actos anteriores o concomitantes. El Código Penal yugoslavo de 1951 (art. 265), el de la República Democrática Alemana (art. 234), y el de Hungría (art. 184) consideran el encubrimiento como una infracción distinta.

b) *Contenido ampliado*

97. Esta complicidad en sentido amplio tiende especialmente a englobar hechos posteriores al acto principal, en lugar de convertirlos en infracciones autónomas. Igor Andrejew indica que algunos autores soviéticos se pronuncian a favor de la noción de «contacto» con la infracción. Según esta doctrina, toda actividad intencional relacionada con una infracción que se está cometiendo o que ya ha sido perpetrada por otras personas, puede constituir un caso de complicidad: de este modo, todo acto que obstaculice la prevención o el descubrimiento de la infracción entra en esta categoría. Pero el contacto puede revestir cuatro formas diferentes: el encubrimiento del autor, la omisión del deber de denunciar los hechos, el consentimiento y el ocultamiento de bienes⁴⁷.

98. El derecho angloamericano reconoce, junto con el acto accesorio anterior a la infracción —*accessory before the fact*— el acto accesorio posterior a la infracción —*accessory after the fact*—. Esta última figura constituye una forma de complicidad ampliada, utilizada, como se comprobará, por la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg y la de los tribunales aliados. En otros sistemas jurídicos se integra también en la complicidad la noción de *autor intelectual*. Según estos sistemas, ciertas formas de participación, tales como la instigación o la concepción del acto o incluso a veces la orden emitida a tales fines, en las que no existe participación material, se consideran como complicidad.

99. Puede comprobarse, mediante estos elementos de derecho comparado, cuán difícil es en derecho interno dotar de contenido a la noción de complicidad. Según las legislaciones, la frontera entre las nociones de autor, coautor, cómplice y encubridor se desplazan y afectan de ese modo el contenido de la complicidad. En consecuencia, existe un contenido amplio y un contenido restringido de la noción de complicidad. El cómplice se puede confundir tanto con el coautor como con el autor intelectual e incluso con el encubridor. En algunos casos el cómplice es únicamente el instigador, o el que ha proporcionado ayuda o asistencia para perpetrar el acto criminal.

2. LA COMPLICIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

100. En el derecho internacional el concepto de cómplice puede tener un sentido restringido o amplio, según los casos.

a) *Contenido restringido*

101. El contenido restringido parece resultar de los estatutos de los tribunales militares internacionales. El estatuto de Nuremberg distinguía entre «los dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices», en el último apartado del artículo 6. El estatuto de Tokio distinguía entre «los jefes, organizadores, instigadores y cómplices», en el apartado c del artículo 5. La ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado distinguía, en el párrafo 2 de su artículo II, las siguientes categorías de inculpa-

- a) los *autores* de un crimen;
- b) los *cómplices* en la ejecución de un crimen o que lo han *ordenado* o *facilitado*;
- c) los que lo han *consentido*;
- d) los que han *participado* en *planes* o en empresas relacionadas con la ejecución de un crimen;
- e) los que han sido *miembros* de cualquier organización o grupo implicados en la comisión de un crimen;
- f) los que han *ocupado*, especialmente en lo que se refiere a los crímenes previstos en el párrafo 1, apartado a, es decir los crímenes contra la paz, una *alta posición política, civil o militar*, o un *puesto importante* en la vida financiera, industrial o económica.

102. Una observación salta inmediatamente a la vista: los textos parecen distinguir entre la complicidad y ciertas nociones aproximadas. De este modo, en el estatuto de Nuremberg se establecía una distinción entre los cómplices y los dirigentes, los organizadores, e incluso los provocadores; en el estatuto de Tokio se distinguía también entre los cómplices, los jefes, los organizadores y los instigadores. Por su parte, la ley N.º 10 establecía del mismo modo varias categorías de autores en las que la figura del cómplice quedaba separada de los individuos que habían «ordenado o facilitado» los actos delictivos, o los «habían consentido», o aquellos que habían ocupado respecto de ciertos crímenes (especialmente los crímenes contra la paz) «un alto cargo político, civil o militar o un puesto importante en la vida financiera, industrial o económica».

103. Cabe preguntarse ante la lectura de esos textos en qué consiste la complicidad. En efecto, ¿cómo definir a un cómplice que no sería ni el instigador, ni el provocador, ni el que ha ordenado, dirigido u organizado la comisión de los hechos, ni el que los ha consentido? La complicidad tal vez se circunscribiría exclusivamente en este contexto a la *ayuda* o a la *asistencia* o a la *facilitación de medios* que son los únicos elementos no previstos expresamente como figura distinta de la complicidad.

104. En realidad, los autores de estos textos estaban más animados por un espíritu de eficacia que por consideraciones de rigor jurídico o de racionalidad. El empleo de términos y expresiones variados, que a veces son sinónimos, se confunden entre sí y se superponen, se explicaba por el deseo de no dejar ningún hecho sin castigo. En una época en que la criminalidad había adoptado las formas más variadas, sutiles e insidiosas, no había que dejar resquicio alguno que propiciara la escapatória o el subterfugio, ni olvidar ningún aspecto de una situación tan compleja. Era difícil determinar a la sazón en qué capacidad había actuado un individuo. A menudo las personas más responsables, las situadas en niveles más altos de la jerarquía, las que concebían los crímenes y ordenaban su ejecución, no eran los autores materiales y era difícil considerarlos como cómplices y a sus subordinados como autores principales. En el contexto de la época, la criminalidad de grupo era la característica dominante y era difícil de distinguir a los autores principales de los cómplices, e incluso, en términos generales, de todos los que habían participado en una acción masiva.

105. No es menos cierto que al calificar de manera autónoma las diversas formas de participación, los tex-

⁴⁷ I. Andrejew, *Le droit pénal comparé des pays socialistes*, Paris, Pedone, 1981, págs. 61 y 62.

tos limitaban de este modo el contenido de la complicidad propiamente dicha.

b) Contenido ampliado

i) La complicidad del superior jerárquico

106. En algunas legislaciones internas no se había dudado, en ciertas hipótesis, en extender la complicidad a los superiores jerárquicos, ampliando así el contenido de la noción. Se estimaba que estos dirigentes habían *organizado* el acto criminal y lo habían *tolerado* o incluso que lo habían *concebido*, ampliando de este modo el concepto de complicidad para incluir al autor intelectual.

107. Así, por ejemplo, en el artículo 4 de la Ordenanza francesa de 28 de agosto de 1944, relativa a la represión de los crímenes de guerra, se dispone lo siguiente:

Quando se enjuicie a un subordinado como autor principal de un delito de guerra y sus superiores no puedan ser enjuiciados como coautores, serán considerados *cómplices** en la medida en que hayan *organizado** o *tolerado** los actos delictivos de sus subordinados.

Una disposición análoga figura en el artículo 3 de la ley luxemburguesa de 2 de agosto de 1947:

[...] podrán ser enjuiciados según las circunstancias, como coautores o *cómplices** de los crímenes y delitos enunciados en el artículo 1 de la presente ley, las siguientes personas: los superiores en grado que hayan tolerado las actividades delictivas de sus subordinados y las personas que, sin ser superiores en grado a los autores principales, hayan participado en estos crímenes o delitos.

Del mismo modo, en los Países Bajos, la ley de 10 de julio de 1947, relativa al juicio de las personas culpables de crímenes contra la humanidad, dispone en el párrafo 3 del artículo 27:

Cualquier superior que permita deliberadamente a un subordinado cometer tal delito será castigado con una pena similar a la establecida en los párrafos 1 y 2.

La Ley constitucional griega N.º 73, de 8 de octubre de 1945, relativa al proceso y al castigo de los criminales de guerra, dispone en su artículo 4:

Quando un subordinado sea acusado como autor principal de un delito de guerra, y no se pueda castigar a sus superiores en grado como autores principales, de conformidad con los artículos 56 y 57 del código penal, dichos superiores serán considerados *cómplices* en caso de haber *organizado** el hecho delictivo o haberlo *tolerado** de parte de sus subordinados.

El artículo 9 de la ley china de 24 de octubre de 1946, relativa al juicio de los criminales de guerra, dispone lo siguiente:

Las personas que desempeñan un cargo de inspección o de mando en relación a los delincuentes de guerra y que en esa calidad no hubieren cumplido con su deber de impedir la perpetración de delitos por parte de sus subordinados serán consideradas *cómplices** de dichos delincuentes de guerra.

108. Se desprende de esas disposiciones que la noción de complicidad podría abarcar hechos consistentes en organizar, dirigir, ordenar o tolerar. Esta ampliación de la complicidad se basa en la presunción de responsabilidad que recae sobre el superior jerárquico. Su supone que el superior está informado de todas las actividades de sus subordinados, y el hecho de no impedir un acto o un proyecto criminal equivale a la complicidad.

109. La jurisprudencia también abunda en el mismo sentido. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el

Asunto Yamashita, había rechazado una petición de *habeas corpus* del General japonés Yamashita, en los siguientes términos:

Se ha sostenido que en la acusación no se alega que el procesado ha cometido *tales actos** o ha dirigido la realización de los mismos y que, en consecuencia, no se le acusa de ninguna infracción punible. Pero este punto de vista pasa por alto el hecho de que el fundamento de la acusación es el incumplimiento antijurídico por el acusado del deber que le incumbía como jefe de ejército de controlar las operaciones del personal a sus órdenes al «permitirles que cometan» las numerosas y generalizadas atrocidades. Por consiguiente, se trata de determinar si el derecho de guerra impone a un comandante en jefe del ejército la obligación de tomar las medidas adecuadas que estén a su alcance para controlar a las tropas bajo su mando, a fin de prevenir los actos concretos que constituyan violaciones del derecho de guerra que pueden ocurrir durante la ocupación de un territorio enemigo por fuerzas militares no controladas, y si se le puede hacer responsable por no haber adoptado tales medidas cuando, como resultado de dicha omisión, se hayan producido violaciones⁴⁸.

La respuesta de la Corte fue afirmativa. Existe una presunción de complicidad del superior jerárquico cuyos subordinados han cometido un acto criminal. El superior debe demostrar que no le fue posible impedir la comisión del crimen.

110. Esta presunción se había extendido a los miembros del Gobierno. Según el fallo del Tribunal de Tokio, la responsabilidad respecto de los prisioneros de guerra incumbía no sólo a los funcionarios que ejercían una supervisión directa e inmediata sobre las personas sino también, de manera general, a los miembros del Gobierno, a los oficiales del ejército o de la marina que mandaban las unidades encargadas de la vigilancia de los prisioneros de guerra, y a los funcionarios de los servicios encargados del bienestar de los prisioneros, pues: «Es deber de *todos** los responsables asegurar el trato adecuado de los prisioneros e impedir que se les someta a malos tratos»⁴⁹. El incumplimiento de este deber, bien sea por abstención voluntaria o por negligencia, hace a los superiores cómplices de los crímenes que pudieran cometerse.

111. Del mismo modo, en el *Asunto de los rehenes*, el tribunal militar norteamericano había declarado que «el comandante de un cuerpo de ejército debe ser tenido por responsable de los actos cometidos por sus subordinados en la ejecución de sus órdenes y de los actos de los que tenía conocimiento o de los que *debería haber tenido conocimiento**»⁵⁰.

112. La complicidad concebida en estos términos es, en relación con la complicidad prevista en los estatutos de Nuremberg y de Tokio o de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, una complicidad ampliada que va más allá de la ayuda o la asistencia. En la actualidad, esta forma de complicidad constituye un delito autónomo, de conformidad con el artículo 86, párrafo 2, del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

ii) Complicidad y ocultamiento de bienes

113. El concepto de complicidad se ha ampliado a veces para incluir el ocultamiento de bienes, en especial en

⁴⁸ *Law Reports of Trials of War Criminals* (op. cit., nota 36 supra), vol. IV, pág. 43; y *United States Reports*, Washington (D.C.), 1947, vol. 327, págs. 14 y 15.

⁴⁹ *Law Reports of Trials...*, vol. XV, pág. 73.

⁵⁰ *American Military Tribunals* (véase nota 32 supra), asunto N.º 7, vol. XI, pág. 1303.

relación con los casos de apropiación ilegal o de liquidación de bienes que habían pertenecido a los judíos exterminados. En el *Asunto Funk*, el acusado, en su calidad de Ministro de Economía Nacional del III Reich y Presidente del Reichsbank, había concertado un acuerdo en virtud del cual las SS debían entregar al banco estatal las joyas, objetos de oro y billetes de banco extraídas a las víctimas. El oro procedente de las monturas de los lentes y de las dentaduras postizas se depositaba en los sótanos del Reichsbank. Según el Tribunal de Nuremberg: «Funk ha afirmado que no tenía conocimiento alguno de estos depósitos. El Tribunal estima no obstante que, o bien había tenido conocimiento de todas las entregas que recibía el Reichsbank, o cerraba deliberadamente los ojos para ignorar lo que sucedía»⁵¹. Había consentimiento explícito o implícito de hechos de ocultamiento de bienes indebidamente adquiridos por el banco, con posterioridad a la muerte de su legítimo propietario.

114. La jurisprudencia en relación con el *Asunto Pohl* es todavía más explícita. En su fallo, el tribunal militar norteamericano había declarado: «El hecho de que Pohl no hubiera transportado él mismo los bienes robados, ni arrancado personalmente los dientes de los cadáveres de los internados en campos de concentración, no le exime de responsabilidad en absoluto. Se trataba de un vasto programa criminal que exigía la cooperación de muchas personas, y el papel de Pohl era asegurar la vigilancia y la contabilidad del botín [...] conociendo los fines ilícitos de la acción y los crímenes que la acompañaban, su participación activa, incluso en las fases posteriores de la acción, le convierte en *particeps criminis* en todos los aspectos de la empresa criminal»⁵².

iii) *La complicidad y la calidad de miembro de un grupo o de una organización*

115. En el seno de una organización no todos los miembros desempeñan la misma función. Existe una jerarquía interna de jefes y subordinados, organizadores y ejecutores. Reclasificar estas dos categorías en autores principales y cómplices no es fácil, como se acaba de comprobar al estudiar las relaciones de la complicidad con la calidad de jefe o superior jerárquico. También se les podría dividir en autores materiales y autores intelectuales, en autores directos y en autores indirectos.

116. Pero en este contexto lo que se tipifica como delito es un acto de naturaleza diferente. Se trata de la *adhesión* voluntaria a la organización, o la *participación* voluntaria en un grupo. En vez de buscar vanamente, en el seno de un grupo u organización, quién es el autor y quién es el cómplice, la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, en el párrafo 2, apartado e, de su artículo II, configura la calidad de miembro de un grupo o de una organización como infracción autónoma desde el momento mismo en que la entidad de que se tratare estuviera implicada en un asunto criminal. La condición necesaria y suficiente es la calidad de miembro de un grupo o de una organización.

117. La Comisión deberá examinar la cuestión de si el código debe seguir los pasos de la ley N.º 10 y del estatuto de Nuremberg, configurando la calidad de miembro como una infracción distinta o, por el contrario, si debe remitirse a la teoría general de la participación, dejando que sea el juez quien decida, en cada caso concreto, el papel desempeñado por el miembro de la organización.

B.—Los límites de la complicidad ampliada: el complot y la *conspiracy*

118. Nos encontramos aquí en los confines de la complicidad, el complot y la *conspiracy*. La situación descrita se prevé en el último apartado del artículo 6 del estatuto de Nuremberg que se refería especialmente a «los cómplices que han participado en la elaboración o en la ejecución de un *plan concertado** de un complot». Según esta disposición, las personas que hubieran participado en dicho plan «son responsables de todos los actos realizados *por todas las personas** en la ejecución de este plan». En la ley N.º 10 figura, en el párrafo 2, apartados *d* y *e*, del artículo II, una situación análoga.

119. Cabe señalar que la responsabilidad penal, en esta hipótesis, es especialmente amplia ya que excede el hecho personal. Se trata de una responsabilidad colectiva que va incluso más allá de la noción de complot tal como se conoce en el derecho continental europeo. En el derecho francés, por ejemplo, el complot se considera como una infracción autónoma y se castiga como tal. Si el complot va seguido de un inicio de ejecución, se considera como una circunstancia agravante que aumenta la pena correspondiente. Pero, en cualquier caso, se trata de una responsabilidad individual. Por otra parte, esta figura delictiva se limita estrictamente a los actos que pudieran atentar contra la autoridad del Estado o la integridad del territorio nacional o provocar una guerra civil.

120. En el caso del último apartado del artículo 6 del estatuto de Nuremberg, o del artículo II, párrafo 2, apartados *d* y *e*, de la ley N.º 10, la infracción prevista se basa, según se ha indicado, en una responsabilidad colectiva y no está subordinada al comienzo de la ejecución. Además, no se limita, al menos en el estatuto de Nuremberg, a una sola categoría de crímenes, sino a todos los crímenes previstos por el estatuto: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Bien es cierto que el Tribunal de Nuremberg no había retenido esta concepción amplia y había limitado la aplicación de la noción a los crímenes contra la paz. Las disposiciones del estatuto iban mucho más lejos.

121. Las reservas de la jurisprudencia de Nuremberg se explican por el hecho de que las disposiciones de que se trata se inspiraban en una noción típica de *common law*, característica de este sistema jurídico, que se denomina *conspiracy*. La *conspiracy* es una construcción original que penaliza el acuerdo entre individuos para cometer un acto delictivo. La esencia de esta figura delictiva es el acuerdo mismo, independientemente del acto criminal que pudiera haberse cometido como resultado de la conspiración para delinquir. El acuerdo para cometer un asesinato se castiga incluso si el asesinato no

⁵¹ Véase *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg (Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946)*, Nuremberg, 1947-1949, vol. I, pág. 326; citado en Meyrowitz (*op. cit.*, nota 9 *supra*), pág. 377.

⁵² American Military Tribunals (véase nota 32 *supra*), asunto N.º 4, vol. V, pág. 989.

ha sido cometido e incluso aunque no se haya pasado a la fase de ejecución. Esta infracción se basa en el principio de responsabilidad colectiva. Contrariamente al principio general del derecho penal, según el cual el individuo sólo responde de sus propios actos y de los hechos que se le puedan atribuir personalmente, la *conspiracy* crea una responsabilidad penal colectiva para todos los que han participado en el acuerdo. Esta responsabilidad se superpone a la incurrida personalmente por cada individuo por los actos que haya cometido realmente en el marco de este acuerdo. Es esta noción de *conspiracy* la que ha inspirado la redacción de los textos que se acaban de mencionar y sobre ella se basaba la acusación.

122. El Tribunal de Nuremberg no había seguido la tesis del Ministerio Fiscal y había estimado que la fórmula del último apartado del artículo 6 «no tenía por objeto añadir una infracción distinta a los crímenes anteriormente enumerados, [sino únicamente] determinar las personas responsables por su participación en un plan concertado»⁵³. E incluso en esta hipótesis, el Tribunal había descartado la acusación de *conspiracy* para los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y solamente la había retenido para los crímenes contra la paz. En otros términos, el Tribunal había configurado un crimen de gobernantes, y únicamente de gobernantes, pues sólo ellos podían perpetrar crímenes contra la paz.

123. El Fiscal General Jackson había pedido, no obstante, la aplicación más amplia posible de la noción de *conspiracy*, de la que había presentado una exposición impresionante y sistemática. Entre los principios aplicados cotidianamente por los tribunales de Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América en relación con el complot, los que se citan a continuación tienen especial importancia:

No es necesario que la conspiración para delinquir haya surgido de una reunión o de un acuerdo efectivo. Basta con que las personas hayan podido desempeñar papeles diferentes, o hayan emprendido una acción concertada y colaborado estrechamente en el objetivo de realizar una tarea común.

En segundo lugar, una persona puede ser responsable sin haber incluso conocido a los otros conspiradores, o sin haber tenido conocimiento exacto del papel que éstos desempeñaban o los actos que realizaban; del mismo modo puede procesarse a una persona incluso si no ha participado personalmente en actos criminales o si se encontraba ausente en el momento en que dichos actos fueron perpetrados.

En tercer lugar, cabe endosar la responsabilidad de los otros conspiradores, aunque los actos cometidos por ellos no hayan sido previstos ni queridos, si se han producido en el curso de la ejecución del plan concertado.

En cuarto lugar, para ser responsable no es necesario haber sido miembro de la conspiración en el mismo momento en que los demás participantes, o en el mismo momento de ejecución del acto criminal. Cuando una persona pasa a ser miembro de una conspiración de esa índole, adopta y ratifica todo lo que se ha realizado anteriormente y esta responsabilidad sigue vigente hasta que se abandona la conspiración, notificándolo a los cómplices.

Naturalmente, los miembros de organizaciones criminales o de conspiraciones que cometen personalmente crímenes deben responder a título individual, exactamente del mismo modo que quienes cometen las mismas infracciones sin el apoyo de una organización. La esencia misma del crimen de *conspiracy* o de pertenecer a una organización criminal consiste en la responsabilidad por actos que una persona no comete personalmente pero que facilita o alienta. El crimen reside en el hecho de vincularse a otros para participar en un esfuerzo común

ilegal, por muy lícitos que parezcan ser los actos personales de un participante si se les considera por separado⁵⁴.

El Fiscal General explicó que estos principios generales hallaban su base y su justificación en la defensa de la sociedad, que no podría sobrevivir frente a la «acumulación de poder por parte de asociaciones de individuos».

124. El sistema así descrito reposa, pues, en la base de una doble responsabilidad, individual y colectiva, que no se excluyen mutuamente sino que coexisten. Esta noción de *conspiracy*, desconocida en el derecho continental, no coincide exactamente con ninguna noción existente en ese derecho. No cabe equipararlos con la complicidad ni con el complot. Se asemeja a la complicidad en el sentido de que los participantes «facilitan o alientan» la comisión del acto criminal, tal como señaló el Fiscal General. Pero se aproxima al complot en la medida en que se trata de un *acuerdo* con miras a ejecutar un plan concertado.

125. Al no retener la noción de *conspiracy* más que para los crímenes contra la paz, y al descartarla para los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el Tribunal de Nuremberg parece haber retenido únicamente el aspecto de «complot» de la noción. En efecto, en la esfera de los crímenes contra la paz tal como se les definía en el estatuto de Nuremberg (preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados o acuerdos internacionales, participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de estos crímenes), los agentes, como se ha señalado anteriormente, sólo pueden ser los *gobernantes*, vinculados entre ellos por una relación de actividad concertada. Son coautores y no cómplices, y su acción se analiza en el contexto de un complot contra la seguridad exterior de otro Estado.

126. Sin embargo, cabe preguntarse si la *conspiracy*, que se asemeja al complot, no guarda cierta similitud con la complicidad. En efecto, el mismo Fiscal General Jackson, había empleado la expresión «facilitar y alentar» respecto de la noción de *conspiracy*, expresión que entra en la definición de la complicidad. En realidad, parece que la *conspiracy* incluye la idea de complicidad cuando el plan se ejecuta en el seno de una organización que implica relaciones de jerarquía entre los jefes y los ejecutores, pues en este caso puede existir complicidad entre los jefes y los subordinados. A juicio de Claude Lombois⁵⁵, la *conspiracy*, como crimen contra la paz, presupone una responsabilidad colectiva basada en la solidaridad de los gobernantes. Como crimen de guerra o crimen contra la humanidad, la *conspiracy* se convierte en una teoría general de la participación criminal que «permite hacer responsables tanto a los que han concebido el plan general como a quienes han ejecutado los detalles de ese plan». De este modo, la *conspiracy* puede incluir tanto actos principales (agresión) como actos de complicidad (ejecución de una orden).

127. En cuanto a la cuestión de los límites de la complicidad, se trata de saber si la complicidad, incluso en su aspecto ampliado, debe extenderse a los actos co-

⁵³ *Procès des grands criminels de guerre...* (op. cit., nota 51 supra), vol. I, pág. 238; citado en Meyrowitz (op. cit., nota 9 supra), pág. 426.

⁵⁴ *Procès des grands criminels de guerre...*, vol. VIII, págs. 366 y 367; citado en Meyrowitz, págs. 427 y 428.

⁵⁵ C. Lombois, *Droit pénal international*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1979, pág. 155.

metidos por un miembro de una organización, si debe aplicarse también a los actos cometidos en ejecución de un plan concertado o si debe sancionarse directamente, como infracción distinta, el hecho de ser miembro de una organización delictiva o incluso el hecho de participar en un plan concertado.

128. El derecho interno prevé casos en que estas infracciones tienen carácter autónomo. Por ejemplo, en el derecho francés independientemente del complot que se refiere a los atentados contra la autoridad del Estado, existe la asociación de malhechores que se refiere a las infracciones contra las personas y los bienes. Estas infracciones son autónomas, se crean en virtud de una ley y no son el resultado de una construcción jurisprudencial basada en la teoría de la complicidad. En términos generales parecería que cuando la infracción presenta ciertos caracteres particulares (preparación o ejecución en el marco de una *organización* o de un plan *concertado*), esta circunstancia mueve al legislador nacional a constituir la infracción autónoma, incluso aunque hubiera podido ser sancionada sobre la base de la complicidad.

129. Los estatutos de los tribunales militares internacionales habían hecho lo mismo, distinguiendo los actos de complicidad de aquellos actos cometidos en el marco de una organización.

130. Por su parte, el proyecto de código de 1954 había retenido únicamente la complicidad, por una parte, y el complot, por la otra, sin definir su contenido. Además, no había incorporado ninguna disposición relativa a la calidad de miembro de una organización, ni a la participación en un plan concertado. Corresponderá a la Comisión discutir este punto.

131. Si la Comisión decidiera atenerse al procedimiento seguido en 1954, es decir, tipificar la complicidad sin definirla, sería preciso indicar en un comentario el contenido que debería tener esta noción en derecho internacional: instigación, ayuda, asistencia, facilitación de medios, emisión de órdenes, consentimiento expreso o tácito, actos de participación subsiguiente tendientes a ocultar al delincuente o hacer desaparecer el cuerpo del delito. Estas nociones, a juicio del Relator Especial, deberían formar parte del contenido de la complicidad. En otras palabras, la complicidad debe ampliarse y concebirse en su sentido amplio. La necesidad de hacerla extensiva a la calidad de miembro de una organización o a la participación en un plan concreto, por el contrario, debe ser objeto previamente de un debate a fondo. Aunque en principio la responsabilidad penal se base en actos individuales, identificables y atribuibles a un autor determinado, no hay que olvidar que se trata aquí de una esfera en que la mayoría de las acciones se emprenden o se realizan en régimen de participación. Los grupos y las organizaciones son los medios privilegiados para realizar crímenes de carácter masivo, como lo son a menudo los crímenes de que aquí se trata, y resulta a veces difícil individualizar el papel de cada uno de los participantes. Conviene desalentar a estas organizaciones que son un foco de anonimato criminal. Si la Comisión decidiera no tipificar estos fenómenos como infracciones distintas, entrarían entonces en la esfera de la complicidad ampliada, y esta teoría podría abarcar, tal vez, las situaciones consideradas. Es interesante hacer

observar a este respecto que la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio menciona expresamente en el apartado *b* del artículo III «la asociación para cometer genocidio», que equivale típicamente a una aplicación de la teoría de la *conspiracy*. La dificultad de los problemas que se tratan en este capítulo dimana del hecho de que se trata de nociones que no están netamente definidas. La complicidad y el complot difieren indudablemente en el plano conceptual, ya que en el complot existe siempre una cierta relación entre los autores.

C.—La tentativa

132. El proyecto de código de 1954 penaliza la tentativa pero, de nuevo, sin indicar el contenido de esta noción. Surge la cuestión de si debe considerarse que en derecho penal internacional, y especialmente en los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la tentativa tiene el mismo contenido que en el derecho interno.

1. CONTENIDO EN DERECHO INTERNO

133. En derecho interno el contenido de la tentativa no resulta siempre fácil de precisar. Si bien es evidente que la tentativa se caracteriza por toda empresa criminal que no produce los efectos deseados, debido a circunstancias independientes de la voluntad del autor, existen fuertes controversias sobre la cuestión de determinar el momento a partir del cual comienza la tentativa, es decir, cuál es su punto de partida.

134. Usualmente la génesis del crimen progresa en fases. El *iter criminis*, «la ruta del crimen» o «la trayectoria del crimen», comprendería cuatro etapas sucesivas: la fase del proyecto, que puede ser verbal o por escrito; la fase preparatoria, que puede concretarse mediante actos (organización, planes, ubicación del material necesario para la ejecución, etc.); el comienzo de la ejecución; y, finalmente, la realización. El problema es determinar a partir de qué fase comienza la tentativa. Este problema se asemeja en cierto modo a la cuadratura del círculo. Siguiendo las tendencias que le son propias, algunos autores consideran que la tentativa aparece desde el momento de la intención. Por el contrario, otros consideran que la tentativa nace con los actos preparatorios, mientras que según otras teorías la tentativa surge en el momento de iniciar la ejecución.

135. Es sin duda excesivo adscribir a una simple intención, e incluso aunque se exprese públicamente, el grado de tentativa. Bien es cierto que en algunas legislaciones simples expresiones de voluntad (la amenaza, asociación de malhechores, complot, etc.) se consideran como crímenes distintos. Pero ello se debe a la gravedad especial de estos actos, que han sido identificados y penalizados. Pero, como regla general, una simple intención, aunque se exprese con vehemencia, no constituye tentativa.

136. Un examen de la tesis que sostiene que la tentativa se configura cuando hay actos preparatorios demuestra que tal afirmación no resulta del todo evidente. Las operaciones propias de la preparación de un acto pueden tener objetivos múltiples, y no se puede saber de antemano cuál era el objetivo previsto por el autor. Se

puede romper una cerca para impedir la propagación de un incendio, pero también para aprovecharse de este incendio y penetrar en casa ajena. Se puede romper una puerta para salvar a una persona en peligro, pero también para aprovecharse de la difícil situación de esta persona y cometer un robo, etc.

137. Cabe preguntarse entonces si es el comienzo de la ejecución lo que tipifica la tentativa. Esta es la solución adoptada, en especial, por el Código Penal francés que considera como tentativa todo comienzo de ejecución que no ha producido sus efectos o ha sido suspendido por circunstancias independientes de la voluntad de su autor. Pero todavía es preciso saber en qué consiste el comienzo de la ejecución. No es fácil distinguir entre el comienzo de la ejecución y los actos preparatorios. En algunos casos se recurrirá a criterios objetivos: la reunión material de medios para cometer el crimen, por ejemplo, constituye un acto preparatorio, pero cuando «se utilizan los medios», nos encontramos en la fase del comienzo de la ejecución. Otros comentaristas se rigen por criterios subjetivos: la intención de hacer uso de los medios necesarios para perpetrar el crimen.

138. Algunas legislaciones internas no experimentaron, en principio, problemas ante estas sutilezas. De este modo, el derecho soviético, en los *Principios rectores del derecho penal de la RSFSR* (1919), precisa expresamente que «la fase de la realización de la intención del autor no influye, de por sí, en la medida de la sanción penal que está determinada por el grado de peligrosidad del delincuente» (art. 20) «y el acto que ha perpetrado» (art. 21). En una circular sobre el proyecto de código de 1920, se indicaba que: «las formas exteriores de la realización del acto, el grado de realización de la voluntad, las formas de complicidad en la violación de la ley pierden su significado de límites que definen necesariamente la gravedad de la pena o su imposición misma». Actualmente, en los *Fundamentos de la legislación penal de la URSS y de las Repúblicas Soviéticas* (1958) se prevé la penalización de la tentativa por una parte, y de los actos preparatorios, por otra parte, y el tribunal debe tomar en consideración «el carácter y el grado de peligrosidad social de los actos cometidos por el autor, el grado de realización de la intención criminal y las causas que han impedido la perpetración de la infracción» (art. 5)⁵⁶.

139. En cuanto a la penalización de la tentativa, los países socialistas se reparten en tres grupos. Un primer grupo lo integran aquellos países que tienen como principio general la penalización de la tentativa y los actos preparatorios. Además de la URSS, principalmente Albania, Checoslovaquia, Polonia y la República Popular Democrática de Corea. Un segundo grupo de países penaliza la tentativa en general, pero los actos preparatorios solamente en los casos previstos por la ley. Por ejemplo, en el Código de Bulgaria (art. 17), el Código de Hungría (art. 11, apartado 1). Un último grupo sólo penaliza la tentativa y los actos preparatorios en los casos previstos por la ley. De este modo, el Código Penal yugoslavo de 1951 (art. 16) y el Código del mismo país de 1976 (art. 19) castigan la tentativa de las infracciones con una pena de cinco o más años de prisión⁵⁷.

140. Es ésta una solución semejante a la adoptada en el Código Penal francés que establece como norma general que la tentativa sólo resulta punible cuando se trata de crímenes, pero que para los delitos la tentativa sólo puede penalizarse mediante los casos previstos por la ley.

141. Se puede comprobar de este modo la variedad de sistemas. En cuanto al contenido, ciertas legislaciones distinguen entre la tentativa y los actos preparatorios, y cada una de estas dos categorías son objeto de disposiciones distintas. Otras legislaciones no establecen la distinción y sólo penalizan la tentativa cuando se trata de infracciones graves; otras penalizan la tentativa, sin distinguir entre las infracciones graves y las demás infracciones. Sin embargo, todas conocen la tentativa como noción jurídica.

2. CONTENIDO EN DERECHO INTERNACIONAL

142. En la esfera de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el problema resulta más delicado. En el proyecto de código de 1954 se habían configurado los actos preparatorios y la tentativa como dos crímenes distintos.

143. Suponiendo que se mantengan ambas infracciones, la distinción entre el acto preparatorio y la tentativa será todavía más delicada. En efecto, muchos actos preparatorios son actos *equivocos*, que pueden también interpretarse como actos en preparación de una defensa, además de actos preparatorios de la agresión. Su licitud depende de la intención y ésta no siempre es fácil de dilucidar. La frontera entre la tentativa y la preparación será confusa y, a menudo, imposible de identificar.

144. Si la Comisión no retiene el concepto de actos preparatorios, la dificultad seguirá subsistiendo. Pero no hará falta, como en el caso anterior, establecer la línea de separación entre dos actos ilícitos, sino entre lo lícito y lo ilícito. La esfera de la tentativa puede ser más o menos amplia según la jurisdicción que habría que examinar, en cada caso, si determinado acto reúne o no los requisitos de la tentativa. Los estatutos de los tribunales militares internacionales no habían previsto la tentativa. ¿Acaso en el ánimo de sus autores la tentativa se confundía con el acto preparatorio? No cabe afirmarlo taxativamente. Por el contrario, cabe suponer que, tratándose de textos de circunstancias, redactados en función de las necesidades de represión de los actos cometidos por un régimen, no había necesidad de prever un crimen que tenía pocas posibilidades de producirse. En efecto, las acciones abortadas, es decir las empresas criminales que no producen sus efectos por causas independientes de la voluntad de sus autores, eran raras en este régimen de dictadura brutal y de supremacía que no había hallado, durante algún tiempo, obstáculo alguno que pudiera oponerse a sus designios. Sin embargo, la tentativa sólo existe si la empresa se ha visto contrarrestada por un acontecimiento independiente del autor.

145. En la actualidad la tentativa se ha introducido en el derecho internacional por conducto de la Convención sobre el genocidio, de 1948, en cuyo apartado *d* del artículo III se prevé expresamente esta infracción.

⁵⁶ Véase Andrejew (*op. cit.*, nota 47 *supra*), pág. 60.

⁵⁷ *Ibid.*, págs. 60 y 61.

PARTE IV

Principios generales

146. Los principios generales pueden clasificarse según se refieran a:

- a) La naturaleza jurídica del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;
- b) La calidad del delincuente;
- c) La aplicación de la ley penal en el tiempo;
- d) La aplicación de la ley penal en el espacio;
- e) La determinación o el alcance de la responsabilidad.

A.—Principios relativos a la naturaleza jurídica de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

147. No es necesario explayarse mucho respecto de este título pues su contenido está ya fijado en los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, que la Asamblea General confirmó en su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946. Se trata de crímenes de derecho internacional, definidos directamente por el estatuto de Nuremberg, con independencia del derecho nacional. Como consecuencia, la circunstancia de que un acto sea o no punible por el derecho interno no afecta al derecho internacional, que aplica en esta materia sus propios criterios, nociones, definiciones y requisitos.

B.—Principios relativos al delincuente internacional

1. EL DELINCUENTE SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL

148. No volveremos a referirnos aquí a la polémica, reflejada en los informes precedentes, entre partidarios y adversarios de la responsabilidad penal del Estado. La Comisión ha decidido que, por el momento, se limitará a la responsabilidad penal del individuo y que, en consecuencia, toda persona culpable de haber cometido un crimen de derecho internacional está sujeta a una sanción.

2. EL DELINCUENTE COMO PERSONA

149. Los derechos del delincuente son los de toda persona que comparezca ante un tribunal penal en razón de una infracción. Con arreglo a este principio, la persona acusada de un crimen goza de las garantías de jurisdicción reconocidas a toda persona, como lo prevé particularmente el estatuto de Nuremberg (art. 16), el estatuto de Tokio (art. 9), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11, párr. 1) y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (art. 6, párr. 2).

C.—Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el tiempo

150. Se trata de dos principios, el de la irretroactividad de la ley penal y el de la prescriptibilidad de la ley penal.

La interrogante consiste en determinar cómo se aplican en derecho internacional estos dos principios de derecho interno.

I. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

a) Contenido de la norma

151. La norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* puede tener diverso contenido según cuáles sean las fuentes de derecho que se invoquen.

152. Según la concepción legalista, que siguen ciertos sistemas jurídicos, no hay más ley que la escrita. Para esta escuela, el sistema de derecho basado en la costumbre necesariamente desconoce el principio *nullum crimen sine lege* pues la costumbre no es una ley, tal como no lo son los principios generales, el derecho natural, las normas de conducta ni los preceptos morales o filosóficos. Esta estricta concepción tiene su origen y justificación en una ruptura con las prácticas, a menudo arbitrarias, del antiguo régimen.

153. La norma *nullum crimen sine lege*, nacida en Francia en la época de la revolución, se extendió en Europa continental. Por más que haya desaparecido por un tiempo en algunos países (en Alemania, por ejemplo, bajo el régimen nacionalsocialista a raíz de la aplicación en 1935 del artículo 2 del Código Penal que consagraba el «buen instinto del pueblo» como fuente de derecho penal) o sufrido ciertas excepciones en razón del recurso a la interpretación por analogía, ha seguido siendo un principio fundamental del derecho penal europeo y de los sistemas jurídicos que se han inspirado en él. En 1920, los Países Bajos, al negarse a entregar al ex Emperador de Alemania, Guillermo II, a los aliados, declararon que: «si en el futuro la Sociedad de las Naciones instituyera una jurisdicción internacional competente para juzgar, en el caso de una guerra, hechos calificados como delitos sujetos a sanciones en virtud de una ley anterior a la comisión de los hechos, los Países Bajos se adherirán a ese nuevo régimen»⁵⁸.

154. Un cuarto de siglo más tarde retomó este concepto André Gros, representante de Francia en la Conferencia Internacional sobre los Procesos Militares (Londres, 1945)⁵⁹. Partiendo del principio de que la guerra de agresión no era un acto ilícito con arreglo al derecho internacional vigente, Gros declaró:

No queremos que se nos pueda reprochar en el futuro por haber castigado algo que realmente no era delictivo, como el hecho de haber desencadenado una guerra de agresión. [...] Se dice muy a menudo que una guerra de agresión es un delito internacional, del cual se deriva para el agresor la obligación de reparar los perjuicios causados por sus actos. Sin embargo, no hay sanción penal. Sólo hay una obligación de reparar perjuicios. Consideramos que a la larga nadie dirá que desencadenar una guerra de agresión constituye un delito internacional; en realidad, están inventando ustedes la sanción⁶⁰.

⁵⁸ Citado en el memorando de Pella (A/CN.4/39, párr. 61).

⁵⁹ Véase el informe Jackson citado en nota 96 *infra*.

⁶⁰ Informe Jackson, pág. 235, doc. XXXVII, acta literal de la sesión de 19 de julio de 1945; citado por Pella, A/CN.4/39, párr. 62.

155. Este punto de vista que, en el contexto del derecho internacional contemporáneo, parecería casi una herejía, no lo era a la sazón o al menos no lo era para los partidarios del derecho escrito como fuente de derecho penal. Vespasien Pella sostenía que «sólo un derecho escrito puede conservar y garantizar el orden internacional. [...] los gobiernos y la opinión pública no admitirán jamás que la voluntad soberana de algunos magistrados, por altas que sean sus funciones y por respetables que sean sus personas, pueda decidir sin estar obligada por ninguna ley escrita»⁶¹. En el mismo sentido iba la opinión disidente de Henri Bernard, magistrado del Tribunal de Tokio, al afirmar que «el propio estatuto del Tribunal no estaba fundado en ninguna regla de derecho existente cuando las infracciones fueron cometidas [...] en el proceso se han violado tantos principios de justicia que las sentencias del Tribunal sin duda serían anuladas por motivos jurídicos en la mayoría de los países civilizados»⁶².

156. Sin embargo, esta concepción rígida no es compartida por todos. Todo depende del sentido que se dé a la palabra *lex* en el precepto *nullum crimen sine lege*. Si se entiende por *lex* no el derecho escrito sino el *derecho* en el sentido general de la acepción, el contenido del principio será más amplio y abarcará no sólo la ley escrita sino también la costumbre y los principios generales de derecho. Se ha dicho que la norma *nullum crimen sine lege* es ajena al sistema angloamericano, justamente porque se refiere exclusivamente al derecho escrito. No es cierto. El principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, se basa en la defensa del individuo contra la arbitrariedad. Sin embargo, la defensa del individuo forma parte de las tradiciones más sólidas de los países del *common law*. El hecho de que en ciertos países la norma no esté expresamente formulada no significa que sea desconocida para ellos.

157. Este elemento de flexibilidad es el que mejor se ajusta al espíritu y las técnicas de elaboración del derecho internacional. Sin embargo, en razón justamente de los debates a que ha dado lugar su contenido, la aplicación de esta norma ha sido controvertida en el proceso de Nuremberg.

b) *El principio nullum crimen sine lege y el proceso de Nuremberg*

158. Para algunos, el principio fue violado y, para otros, fue respetado.

i) *El principio fue violado*

159. Según una teoría, el estatuto de Nuremberg y la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado eran posteriores a los hechos delictivos. Estos hechos, al menos en el contexto de los crímenes contra la paz y contra la humanidad, no constituían infracciones penales. Para los partidarios de esta teoría, la violación de un principio era aún más flagrante en el caso de los crímenes contra la humanidad como concepto absolutamente nuevo pues databa del estatuto del Tribunal de Nuremberg. Según Henri Donnedieu de Vabres, magistrado francés en

ese Tribunal, la tipificación del crimen contra la humanidad constituye un abierto atentado contra el espíritu y la letra del principio de la legalidad de los delitos y las penas⁶³.

ii) *El principio fue respetado*

160. Quienes sostienen que el principio ha sido respetado dan al concepto un contenido distinto. Para ellos, la regla de la irretroactividad no se limita al derecho formulado sino que comprende también el derecho natural que era preexistente a los hechos delictivos. Aunque los textos eran nuevos, el derecho en que se inspiraban no lo era. Desde este punto de vista, la sentencia tenía carácter declarativo. Tal era la tesis del Tribunal de Nuremberg, si bien la sentencia se fundaba también en consideraciones de justicia. El derecho, para poder llamarse así, debe ajustarse también a las exigencias de la justicia. Si la máxima *nullem crimen sine lege* no se limita a la soberanía de los Estados, sólo formula una norma generalmente aplicada. Es falso presentar como injusto el castigo impuesto a quienes, despreciando obligaciones y tratados solemnes, han asaltado a un Estado vecino sin aviso previo. En tal caso, el agresor conoce el carácter odioso de su acto y la conciencia del mundo, lejos de ofenderse porque se le castigue, se resentiría si no lo fuere.

161. Esta idea de justicia, más allá de la letra de la ley, ha sido el elemento determinante. En efecto, la fórmula de Cicerón *summum jus summa injuria* no podía encontrar mejor aplicación. Muchos autores la han invocado en su momento. Según el magistrado norteamericano Francis Biddle, «no se trataba de saber si era *legítimo**, sino si era *justo**, juzgar a Goering y sus congéneres por haber desencadenado sin la menor vacilación esta guerra de agresión que sumergió y casi destruyó a Europa. Planteada así la pregunta, la respuesta es evidente»⁶⁴. Jean Graven insistía también en la idea de justicia al afirmar:

Es erróneo pensar que ese principio, el de una justa reacción en un determinado momento o en determinadas circunstancias, sea necesariamente garantía de derecho y que se pueda hacer abstracción de él sin violar el derecho. La norma clásica no constituye ni puede constituir un obstáculo absoluto y constante para el enjuiciamiento y la sanción. Es y debe ser una garantía para el inocente, no para el criminal. El principio superior en que se anima el derecho no debe buscarse en la forma sino en el fondo. La forma, no hay que olvidar, no es más que un medio de asegurar el respeto del derecho⁶⁵.

Kelsen pensaba lo mismo cuando dijo que «la justicia exigía que esos hombres fueran sancionados a pesar de que, con arreglo al derecho positivo, no podían serlo en el momento en que cometieron los actos a los que después se hizo retroactivamente punibles. En los casos en que estos dos postulados de la justicia entran en conflicto, prevalece el postulado superior»⁶⁶.

⁶¹ H. Donnedieu de Vabres, *Le procès de Nuremberg*, Cours de doctorat, París, Domat-Montchrestien, 1948, pág. 243; citado en Meyrowitz (*op. cit.*, nota 9 *supra*), págs. 350 y 351.

⁶² F. Biddle, «Le procès de Nuremberg», *Revue internationale de droit pénal*, París, 19.º año, 1948, pág. 9.

⁶³ Debate sobre el principio *nullum crimen sine lege* y su aplicación en el proceso de Nuremberg, Radio Ginebra, 28 de enero de 1946.

⁶⁴ H. Kelsen, «Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in International Law?», *The International Law Quarterly*, Londres, vol. I, 1947, pág. 165.

⁶¹ A/CN.4/39, párr. 66.

⁶² *New York Herald Tribune* de 14 de noviembre de 1948, pág. 27; citado por Pella, A/CN.4/39, párr. 62.

c) *La irretroactividad y el derecho contemporáneo*

162. La irretroactividad en el derecho internacional contemporáneo dimana de instrumentos internacionales. El párrafo 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁷ estipula que:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

La Convención europea de derechos humanos⁶⁸ repite prácticamente la misma formulación en el párrafo 1 de su artículo 7, si bien agrega en el párrafo 2 una disposición muy explícita en cuanto a los principios generales, según la cual:

El presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

163. En conclusión, la regla *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es aplicable en derecho internacional. Sin embargo, hay que interpretar la palabra «derecho» en su sentido más lato, es decir el que incluye no sólo el derecho convencional sino también la costumbre y los principios generales del derecho.

2. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

164. Hay que señalar en primer lugar que en el derecho *interno* la prescripción no es una regla general ni absoluta.

165. El concepto no se tiene en cuenta en muchos ordenamientos internos. Es desconocido en el derecho angloamericano. No existía hasta hace poco tiempo en las legislaciones de países como Austria, Italia o Suiza. Apareció en el código napoleónico de Francia, como consecuencia de consideraciones de oportunidad o de política penal y se justifica por la necesidad de no reabrir juicios ya cerrados, de no reavivar emociones ni pasiones ya aplacadas.

166. Tampoco es la prescripción una norma absoluta pues, incluso en los países en que rige, tiene excepciones. Así, en Francia no es aplicable a los delitos militares graves ni a los delitos contra la seguridad nacional.

167. Por último, hay muchos que no consideran que la prescripción sea una norma de fondo sino de procedimiento. Por cierto no hay unanimidad a este respecto. Hay quienes creen que la prescripción es una norma de fondo porque se refiere a la sanción. En todo caso, la existencia misma de la polémica demuestra el carácter relativo de la norma.

168. En derecho internacional, la doctrina no reconoce la prescripción. No se encuentra en convenciones ni declaraciones anteriores o posteriores a la segunda guerra mundial. No recogen el concepto la Declaración

de Saint-James de 1942, la Declaración de Moscú de 1943, ni el Acuerdo de Londres de 1945. El problema cobró carácter inquietante más tarde, en razón de las circunstancias. Después de Nuremberg, había que seguir enjuiciando a los criminales de guerra pues, de lo contrario, las normas de prescripción vigentes en ciertos ordenamientos nacionales podían constituir un obstáculo para la extradición.

169. En espera de que se preparara una convención internacional, varios países trataron de resolver el problema en su propio derecho interno. Así, en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se procedió a declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen nacionalsocialista «cualquiera que sea el tiempo transcurrido» después de su comisión. También Polonia implantó una disposición similar en su nuevo Código Penal (de 19 de abril de 1969). En Francia, en virtud de una ley de fecha 26 de diciembre de 1964, se declaró que los crímenes contra la humanidad eran imprescriptibles por *su propia naturaleza*.

170. En otros Estados se había ampliado el plazo de prescripción o formulado distinciones entre las categorías de crímenes. En la República Federal de Alemania, por ejemplo, el plazo de prescripción quedó fijado en treinta años para el homicidio en lugar de veinte, pero el genocidio es en cambio imprescriptible (art. 78 del Código Penal).

171. Por su parte, el Consejo de Europa había recomendado al Comité de Ministros:

invitar a los gobiernos de los Estados miembros a que adopten de inmediato medidas que sirvan para evitar que mediante la prescripción o por cualquier otro medio, queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos antes de la segunda guerra mundial o durante ella y, más en general, los crímenes contra la humanidad⁶⁹.

Cabe señalar, sin embargo, que la ley francesa de 26 de diciembre de 1964 y la recomendación del Consejo de Europa no se referían más que a los crímenes contra la humanidad.

172. Estos ejemplos, citados a título de tales, no agotan la cuestión pero sí indican la orientación adoptada por los Estados cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas preparó un proyecto de Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad que fue aprobado el 26 de noviembre de 1968. Esta Convención⁷⁰ es de carácter simplemente declarativo. Las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que hayan sido cometidas.

D.—Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio

173. No es necesario recordar los principios que determinan las reglas de competencia en materia penal, la territorialidad de la ley penal, de la personalidad de la

⁶⁷ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

⁶⁸ Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 213, pág. 221). Para una versión en español, véase A. Truyol y Serra, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1977, pág. 111.

⁶⁹ Consejo de Europa, recomendación 549 (1969), párr. 8, apartado a (documento 2506).

⁷⁰ Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 754, pág. 73.

ley penal, la competencia universal, etc. Mientras el primero da competencia al tribunal del lugar del crimen, el segundo la da al tribunal de la nacionalidad del autor o al de la nacionalidad de la víctima. La competencia universal, en cambio, da competencia al tribunal del lugar de la detención, cualquiera que sea el lugar en que se haya cometido el delito. Puede por último existir otro sistema que dé competencia a la jurisdicción internacional.

174. Después de la segunda guerra mundial se combinaron diversos sistemas. El de competencia internacional fue consecuencia de la institución del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, dejando de lado por un momento la polémica a que dio lugar el carácter internacional de esa jurisdicción⁷¹. Para ciertos autores, el Tribunal de Nuremberg no era una jurisdicción internacional sino una jurisdicción conjunta de los Aliados. Para otros, era una jurisdicción de ocupación. En todo caso no es éste el problema que estamos examinando. Además de esta jurisdicción competente para juzgar a los grandes criminales de guerra, cualquiera que fuese el lugar en que se hubiesen cometido los crímenes, existían las jurisdicciones instituidas en virtud de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado que no eran tampoco en realidad jurisdicciones internas. Se trataba de jurisdicciones internacionales instituidas en aplicación del Acuerdo de Londres de 1945. Entre ellas y el Tribunal de Nuremberg no había diferencias de naturaleza; únicamente había una distribución de competencias o, como habría dicho Georges Scelle, un desdoblamiento funcional. Y por último, existían jurisdicciones nacionales establecidas por los gobiernos que tenían competencia para juzgar los crímenes de guerra en los lugares en que se hubieran cometido. De esa manera se combinaban los diferentes sistemas descritos anteriormente.

175. La represión no se ejercía solamente sobre la base de la competencia territorial, sino también a veces sobre la base de la competencia universal. Este sistema, basado en el derecho a castigar, tiene antecedentes muy antiguos. Grocio enseñaba ya que

debe reconocerse que los reyes, y en general todos los soberanos, tienen el derecho a castigar, no sólo por los daños cometidos contra ellos o contra sus súbditos, sino también por los daños que no les afectan directamente pero que violan en grado extremo el derecho natural o el derecho de gentes respecto de cualquier persona⁷².

De este principio se deriva la máxima *aut dedere aut punire*. Existen numerosos ejemplos de esta competencia universal aplicada a los crímenes de guerra. Así, un tribunal militar británico juzgó crímenes cometidos en Francia contra prisioneros de guerra británicos (Wuppertal, mayo de 1946)⁷³. Otro tribunal británico juzgó crímenes cometidos en Noruega contra prisioneros de guerra británicos (Brunswick, julio-agosto de 1946)⁷⁴. Se podría pensar que ello se debió a que en esos casos las

víctimas eran de nacionalidad británica. Sin embargo, se puede citar otro ejemplo en que un tribunal militar británico, en Almelo, Países Bajos (noviembre de 1945), juzgó crímenes cometidos en los Países Bajos y una de las víctimas era un civil holandés⁷⁵. Las jurisdicciones militares de los Estados Unidos obraron de la misma manera. En Wiesbaden (octubre de 1945), una comisión militar de los Estados Unidos juzgó crímenes cometidos en Alemania contra más de 400 nacionales soviéticos y polacos⁷⁶.

176. De estas consideraciones se desprende que, a falta de una jurisdicción internacional, debe admitirse el sistema de competencia universal para los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Es evidente que, por su propia naturaleza, afectan al género humano independientemente del lugar en que se hayan cometido y de la nacionalidad de los autores o de las víctimas.

E.—Principios relativos a la determinación y al alcance de la responsabilidad

1. CONSIDERACIONES GENERALES

177. Habiéndose establecido el principio de que todo acto delictivo entraña la responsabilidad de su autor, se deben examinar las excepciones a ese principio denominadas también «causas de justificación». Se mencionarán igualmente las circunstancias atenuantes y las circunstancias eximentes. Pero estos conceptos no se sitúan al mismo nivel.

178. Las causas de justificación guardan relación con las normas primarias, es decir, con los fundamentos de la responsabilidad. Del mismo modo que en la responsabilidad internacional de los Estados hay circunstancias que excluyen la ilicitud, circunstancias estudiadas en el capítulo V del proyecto de artículos actual sobre el tema, también respecto de la responsabilidad penal de los individuos se plantea la cuestión de saber si la intervención de determinados hechos hace que un acto pierda su carácter de infracción penal. El problema planteado así se sitúa a nivel de la licitud del acto. Lo que se discute no es la existencia material de ese acto, sino su carácter delictivo.

179. Por el contrario, las circunstancias atenuantes y las circunstancias eximentes se situarían a nivel de las normas secundarias, dado que guardan relación no con el fundamento, sino con el alcance de la responsabilidad. Una vez establecido el carácter criminal de un acto determinado, las consecuencias que puede tener dicho acto para su autor varían según el grado de responsabilidad de éste. De lo que se trata es de la *sanción*, del castigo. En el derecho interno es el juez quien, en función de consideraciones *objetivas y subjetivas*, decide qué pena imponer al autor del acto, dentro de una escala determinada, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las circunstancias de la infracción, la personalidad del delincuente, sus antecedentes, su situación familiar.

⁷¹ P. Reuter, «Le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg», *Recueil Dalloz* 1946, Paris, crónica XX.

⁷² H. Grocio, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646), libro II, cap. XX, párr. XL.1 [*Del derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original en latín, por J. Torrubiano Ripoll, Madrid, Ed. Reus, 1925; trad. inglesa en *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II, pág. 504].

⁷³ *Law Reports of Trials...* (op. cit., nota 36 supra), vol. V, págs. 45 y ss.

⁷⁴ *Ibid.*, vol. XI, págs. 18 y ss.

⁷⁵ *Ibid.*, vol. I, págs. 35 y ss.

⁷⁶ *Ibid.*, págs. 46 y ss. Respecto de estos casos, véase Meyrowitz (op. cit., nota 9 supra), págs. 163 a 166.

180. Las circunstancias atenuantes se diferencian de las eximentes en que, al contrario de éstas, no excluyen la pena, sino que sólo la pueden atenuar. Pero tanto las circunstancias eximentes como las atenuantes guardan relación con la aplicación de la pena. Al contrario de las causas de justificación, no hacen desaparecer el carácter delictivo de la infracción. Es la justificación lo que hace que el acto no constituya una infracción. En cierto modo constituye una excepción al principio de la responsabilidad penal, ya que un acto que por regla general constituye una infracción pierde su carácter delictivo debido a una causa que lo justifica.

181. Si bien es cierto que el estudio de la justificación penal entra en el ámbito de este estudio, puesto que afecta a los fundamentos de la responsabilidad, cabe preguntarse, no obstante, si las circunstancias atenuantes y eximentes deben ser abordadas aquí. Se acaba de señalar que esos conceptos se refieren a la aplicación de la pena. Ahora bien, la Comisión no se ha pronunciado todavía claramente sobre la cuestión de si el proyecto actual debería incluir también el estudio de las consecuencias penales de la infracción. Si, como parece probable, el proyecto se limita a una enumeración de las infracciones, dejando que los Estados se encarguen de juzgarlas y sancionarlas, correspondería a éstos aplicar sus propias leyes internas en materia de sanción penal. Sin embargo, nada impide prever otra hipótesis: que el proyecto indique las infracciones respecto de las cuales se pueden alegar circunstancias eximentes o atenuantes y que los jueces de cada país se encarguen de aceptarlas o rechazarlas.

182. La aplicación del principio *nullum crimen sine lege* llevaría a considerar la total autonomía del código de crímenes con respecto al proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Cabe añadir una segunda razón: el código, independientemente de la hipótesis que prevalezca en cuanto a los sujetos de derecho, se aplicará igualmente a los individuos. Sin embargo, la responsabilidad de los individuos está sometida necesariamente a un régimen diferente a la de los Estados. Además, algunos conceptos de derecho penal aplicables aquí no se conciben en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Por ejemplo, lo ordenado en la ley o la orden del superior jerárquico, puesto que los Estados no tienen superior jerárquico y sólo reciben órdenes de sí mismos. Por otra parte, no se puede plantear a ese respecto la cuestión de determinar en qué carácter han obrado, mientras que en el caso de los individuos es importante saber si han obrado a título particular u oficial.

183. Desde otro punto de vista, también surgen diferencias. En la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, si bien se define el crimen internacional, ese proyecto se refiere sobre todo a las consecuencias «civiles» del crimen, es decir, principalmente a la reparación (*restitutio in integrum* o indemnización) y no le interesan las consecuencias aflictivas.

184. Por lo tanto, parecería necesario estudiar aquí, desde el punto de vista de la responsabilidad penal individual, los hechos que excluyen esa responsabilidad o que constituyen excepciones a esa responsabilidad.

2. LAS EXCEPCIONES A LA RESPONSABILIDAD PENAL

185. En algunas legislaciones las excepciones al principio de la responsabilidad penal pueden tener dos fuentes: la ley y la jurisprudencia. En el derecho francés, por ejemplo, una parte de la doctrina distingue entre las causas de justificación, que son excepciones resultantes de la ley, y las causas de no imputabilidad, que es un concepto de la jurisprudencia que va más allá de las excepciones legales. Las excepciones legales son necesariamente limitadas. Puesto que la regla es que toda infracción debe tener una base legal —en virtud del principio *nullum crimen sine lege*— toda excepción a esa regla debe tener también una base legal. Los dos principios son correlativos.

186. Pero la rigidez misma de ese sistema llevó muy pronto a la doctrina y a la jurisprudencia a salirse de los senderos demasiado estrechos de la ley formal para buscar soluciones mejor adaptadas a las complejas realidades de la responsabilidad penal. Hay situaciones no previstas por la ley en las que condenar a una persona sería cometer una injusticia, aunque la condena es irrefragable desde el punto de vista estricto de la ley. La culpabilidad se basa muchas veces en la intención culpable. Sobre la base de esa evidencia, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una teoría de la justificación penal recurriendo a los conceptos de voluntad, intención, buena fe, juicio y discernimiento. A partir de esos conceptos han ampliado las excepciones a la responsabilidad penal hasta abarcar casos no previstos por la ley.

187. Así pues, junto a las justificaciones legales que hacen desaparecer la infracción, como obrar en legítima defensa, según lo ordenado por la ley o cumpliendo órdenes de la autoridad legítima, existe el estado de necesidad, que es obra de la jurisprudencia. Naturalmente, esta ampliación se hizo con cautela, con moderación, para no debilitar el propio principio de la responsabilidad. Pero la existencia de estas dos fuentes propias de determinados sistemas jurídicos se explica por el hecho de que la ley escrita, que es predominante en ellos, no puede abarcar y expresar todos los límites y los matices de una realidad cambiante cuyo terreno predilecto es la psicología humana. Así pues, la doctrina francesa distingue entre las causas *objetivas* y las causas *subjetivas* de no responsabilidad, las primeras basadas en la ley y las segundas en la jurisprudencia.

188. En realidad, la distinción entre las excepciones de origen legal denominadas causas de justificación y las excepciones basadas en la jurisprudencia denominadas causas de no culpabilidad sólo tiene un interés doctrinal, en la medida en que clasifica esos conceptos partiendo de su fuente y en la medida también en que en un caso la infracción es inexistente y en el otro existe pero no es imputable a su autor, no hay culpabilidad. Pero las consecuencias sobre la responsabilidad penal son idénticas en los dos casos. Ambos excluyen esa responsabilidad.

189. Este debate no presenta gran interés en el *common law*, en que el elemento legal no es predominante en la definición de la infracción. El delito está constituido por un elemento material que es *el acto* y por un elemento moral que es *la intención*. La intervención de la ley escrita en ese derecho no es necesaria.

190. Este breve inciso permite definir el contenido, a los efectos del proyecto en estudio, del concepto de *causa de justificación*. A ese concepto se le debe quitar el corsé legalista. Debe entenderse, en sentido amplio, que es todo hecho que, independientemente de su fuente, lleva a la eliminación de la responsabilidad, todo hecho que constituye una excepción al principio de la responsabilidad penal. Así pues, se estudiarán sucesivamente:

- a) La coacción;
- b) El estado de necesidad y la fuerza mayor;
- c) El error;
- d) El cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico;
- e) El carácter público del autor de la infracción;
- f) Las represalias y la legítima defensa.

a) *La coacción*

191. La coacción consiste en la amenaza de un peligro inminente del cual es imposible librarse salvo cometiendo el crimen. El mismo peligro debe revestir el carácter de amenaza grave que se defina en función de criterios precisos: una amenaza inmediata a la vida o la integridad física. Naturalmente, la coacción puede ser moral o física. En ambos casos se debe considerar causa de justificación.

192. En el *Asunto Krupp* el tribunal militar norteamericano declaró en particular que la coacción «debe examinarse sobre la base de la buena fe del acusado» y que «el efecto de la coacción invocada debe determinarse con arreglo a normas no objetivas, sino subjetivas»⁷⁷. Se trata en este caso de la coacción moral. La jurisprudencia del *Asunto de los Einsatzgruppen* es todavía más explícita; el tribunal dictaminó que «no existe ninguna ley que exija que una persona inocente sacrifique su vida o soporte sufrimientos graves para no cometer un crimen que condena [...]. Ningún tribunal castigará a un hombre al que se ha obligado, con una pistola apoyada contra la sien, a bajar una palanca mortal»⁷⁸.

193. Es decir, la coacción es admisible si constituye un peligro *inminente* y *grave* para la vida o la integridad física. Es evidente que ese peligro debe ser irremediable y que no debe existir otro medio de librarse de él.

b) *El estado de necesidad y la fuerza mayor*

194. Al contrario de lo que ocurre con la coacción, en el estado de necesidad cabe la posibilidad de que el autor ejerza su voluntad. Al verse ante un peligro, una persona *decide* cometer un acto ilícito para librarse de ese peligro. El caso de la madre de familia que le roba el pan al panadero para que sus hijos no se mueran de hambre es el ejemplo clásico del delito necesario. En el derecho francés el delito necesario es un concepto de la jurisprudencia. Pero la jurisprudencia ha subordinado el estado de necesidad a condiciones estrictas, a saber, que la infracción necesaria sólo se justifica en la medida en que permita salvaguardar un interés superior o al menos

equivalente al interés sacrificado. Existe cierta semejanza entre esa norma y la que figura en el artículo 33 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, donde se indica que el estado de necesidad no podrá invocarse contra una norma imperativa de derecho internacional (párr. 2, apartado a).

195. Debe diferenciarse entre el estado de necesidad y otros conceptos afines, en particular la coacción y la fuerza mayor. Al contrario que en el caso de la coacción, en el estado de necesidad el autor del hecho tiene la posibilidad de ejercer su voluntad. Debido a esa posibilidad de elegir, evita que ocurra un hecho en lugar de otro. Este elemento es importante, pues es también lo que diferencia al estado de necesidad de la fuerza mayor. En el caso de la fuerza mayor, igual que en el caso de la coacción, el autor está a merced de una fuerza imprevisible e irresistible. Por lo tanto, parece que la noción de estado de necesidad tiene cierta autonomía conceptual, pese a los elementos afines y los puntos de intersección que existen entre este concepto y los otros que acaban de definirse.

196. Pese a las diferencias señaladas anteriormente, las excepciones representadas por el estado de necesidad, la coacción o la fuerza mayor se someten a las mismas condiciones de fondo. Es preciso:

- i) un peligro grave e inminente;
- ii) que el autor no haya contribuido a que sobrevenga ese peligro;
- iii) que no exista desproporción entre el interés sacrificado y el interés protegido.

197. Estas dos últimas condiciones han sido expresadas también claramente por la jurisprudencia. En el *Asunto de la I. G. Farben* el tribunal declaró que: «la excusa de la necesidad no se podrá admitir cuando el propio acusado que la invoque haya sido responsable de la existencia o de la ejecución de esa orden o decreto, o cuando su participación haya sido mayor de lo que se exigía o el resultado de su propia iniciativa»⁷⁹. Asimismo, en el *Asunto Flick* ha habido acusados que no se habían limitado a obedecer órdenes sino que, por iniciativa propia, habían pedido un aumento anormal del contingente de mano de obra⁸⁰. Así pues, la culpa del que invoca la excepción hace que su argumento sea inadmisibles.

198. En el *Asunto Krupp* se había formulado la condición de proporcionalidad en los siguientes términos:

[...] se debe decir en toda justicia, a la luz de las pruebas, que en un campo de concentración los acusados no se habrían encontrado en peor situación que los miles de víctimas indefensas que han estado diariamente en peligro de muerte y expuestas a sufrimientos físicos y a los implacables bombardeos aéreos de las fábricas de armamentos, sin hablar ya de la servidumbre forzada y otros ultrajes que habían de soportar. La desproporción entre el número de víctimas efectivas y el número de víctimas posibles es igualmente una idea chocante⁸¹.

Es decir, que se debe respetar la proporcionalidad entre el bien protegido y el bien sacrificado, lo que excluye del campo de aplicación los crímenes de lesa humanidad y

⁷⁷ American Military Tribunals (véase nota 32 *supra*), asunto N.º 10, vol. IX, pág. 1438.

⁷⁸ *Ibid.*, asunto N.º 9, vol. IV, pág. 480.

⁷⁹ *Ibid.*, asunto N.º 6, vol. VIII, pág. 1179.

⁸⁰ *Ibid.*, asunto N.º 5, vol. VI, pág. 1202.

⁸¹ *Ibid.*, asunto N.º 10, vol. IX, pág. 1446. Respecto de los fallos mencionados, véase Meyrowitz (*op. cit.*, nota 9 *supra*), págs. 404 y 405.

los crímenes contra la paz. Estos crímenes no guardan proporción con ningún otro acto.

199. Al ser las mismas las condiciones de fondo que se aplican a los tres conceptos de coacción, estado de necesidad y fuerza mayor, las distinciones que se acaban de señalar no existen en todos los sistemas jurídicos. En el *common law* particularmente, la fuerza mayor, el estado de necesidad y la coacción se confunden algunas veces.

200. La CDI dedica disposiciones separadas a la fuerza mayor y al estado de necesidad en el capítulo V de la primera parte de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados; además, trata la coacción en el capítulo IV relativo a la responsabilidad de un Estado por el hecho ilícito de otro Estado (art. 28, párr. 2).

201. Cabe preguntarse si se debe dedicar una disposición especial a la fuerza mayor en este informe. Dicho concepto, al menos en algunas legislaciones, guarda además relación con la teoría general de la responsabilidad civil y si interviene en derecho penal es en los delitos no intencionales como el homicidio por imprudencia resultante, por ejemplo, de un accidente de circulación. A pesar de todo, el Relator Especial ha introducido esta excepción teniendo en cuenta el significado diferente que puede tener en otros sistemas jurídicos y para cubrir todas las hipótesis. La CDI decidirá.

c) *El error*

202. Cabe preguntarse si correspondería un lugar al error entre las excepciones a la responsabilidad. Si la culpabilidad se basa en la intención, es decir, en la voluntad de cometer la infracción, el error deberá figurar, si no entre las causas que hacen desaparecer la infracción, al menos entre las causas de no imputabilidad. El error, efectivamente, hace desaparecer la intención culpable. Pero es preciso que no se trate de un error cuyo origen esté en una falta inexcusable de su autor.

203. Pueden existir dos formas de error: el error de derecho y el error de hecho.

i) *El error de derecho*

204. Es evidente que el error de derecho guarda relación con el cumplimiento de una orden cuando el que la recibe debe determinar si esa orden es conforme al derecho. También puede existir independientemente de una orden cuando el autor obra por iniciativa propia y considera que su acto se ajusta a la norma jurídica. Por último, puede situarse a dos niveles: la legalidad del acto en cuestión en relación con el ordenamiento jurídico interno y la legalidad del mismo acto en relación con el ordenamiento jurídico internacional.

a. *La legalidad interna*

205. El acto de que se trate puede ser conforme a la ley interna del autor. También puede contravenir esa ley. Pero en cualquiera de los dos casos se trata de un problema de legalidad interna que no interesa en este informe.

b. *La licitud del acto en el derecho internacional*

206. Sin embargo, puede ocurrir que un acto conforme al derecho interno sea contrario al derecho internacional. En ese caso, existe un conflicto entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional que debe decidirse a favor de este último. Se trata de la aplicación del principio general según el cual el crimen de derecho internacional existe independientemente del ordenamiento interno, principio conforme al estatuto de Nuremberg (art. 6, apartado c). También se encuentra una aplicación de ese principio en la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado (art. II, párr. 1, apartado c) que había suprimido los efectos de una amnistía otorgada bajo el régimen nacionalsocialista y devuelto a los hechos su carácter criminal.

207. Si la excepción basada en el error de derecho no es fácilmente aceptable en derecho interno —un ciudadano no puede invocar la ignorancia de sus propias leyes nacionales—, se plantea una cuestión diferente en derecho internacional, en particular en el caso de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Algunas veces, debido a la evolución del derecho internacional y de las técnicas bélicas, algunos conceptos se vuelven caducos y aparecen otros nuevos. Además, esta es la esfera predilecta de las normas y prácticas consuetudinarias no derivadas de una convención.

208. Por esa razón, la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales había admitido el error de derecho en derecho internacional en determinados casos. En el *Asunto del Alto Mando*, el tribunal expresó la opinión de que un jefe militar «no puede ser considerado penalmente responsable por un simple error de juicio con respecto a problemas jurídicos controvertidos»⁸². En el *Asunto de la I. G. Farben*, también se invocó el error de derecho. El tribunal entonces había declarado:

[] Teniendo en cuenta que la costumbre es una fuente de derecho internacional, las costumbres y los usos pueden cambiar y ser reconocidos por la comunidad de naciones civilizadas de una manera tan general que el fondo mismo de determinados principios puede verse modificado [] El progreso técnico de las armas y tácticas empleadas en la guerra actual puede haber vuelto caducas o inaplicables determinadas normas de La Haya relativas al desarrollo efectivo de las hostilidades y a lo que se considera medios legítimos de hacer la guerra⁸³

209. Así pues, parece que el error de derecho puede admitirse en determinadas circunstancias, pero sólo en determinadas circunstancias. Se debe hacer una distinción a este respecto entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Si el argumento basado en el error de derecho puede admitirse en materia de crímenes de guerra debido a determinadas incertidumbres con respecto a las normas en cuestión, parece mucho más difícil que se admita cuando se trata de crímenes de lesa humanidad. Estos crímenes no pueden, en principio, justificarse por un error en cuanto a su ilicitud. La jurisprudencia exige una condición prácticamente imposible. Es preciso que el error haya sido insuperable. O sea, que es preciso que el autor del hecho haya agotado todos los recursos de su saber, de su imaginación y de su conciencia y que, a pesar de ese esfuerzo, se haya visto en la imposibilidad de descubrir el carácter ilícito de su acto. La Corte Suprema de la Zona Británica había de-

⁸² American Military Tribunals, asunto N.º 12, vol. XI, pág. 511.

⁸³ *Ibid.*, asunto N.º 6, vol. VIII, pág. 1138.

cidido «que no es necesario que el autor haya calificado de ilícitos sus actos y las consecuencias de éste, sino que basta *que haya podido calificarlos así*, condición que por lo general se cumplirá. Cuando se ha cometido un acto inhumano nadie puede disculparse alegando que no ha podido discernir, que ha estado ciego al respecto. *Deberá responder de esa ceguera**»⁸⁴. Que lo que haya cegado al autor sea una fe intensa en una ideología política o que la propaganda de un régimen haya abusado de él, no sirve para disculparlo. Debería haber sabido, al hacer examen de conciencia, que el acto de que se le acusa era ilícito.

210. El fundamento de esta jurisprudencia parece ser, en definitiva, el concepto de culpa. La ignorancia de la norma jurídica es culpable. En particular, el acusado que invoque la legalidad interna debería haberse dado cuenta de que esa legalidad era contraria al derecho internacional. Por ejemplo, un médico que cree en un ideal político y en nombre de ese ideal mata a un enfermo mental, tal vez obre conforme a la legalidad interna de su país, pero contraviene el derecho internacional. Su ceguera es culpable. No ha hecho uso de sus recursos internos, de la «tensión de la conciencia» que le habría permitido descubrir el error en cuanto a la ilicitud de su acto. La Corte Federal Alemana, por su parte, en un recurso del procurador casó el fallo de un tribunal que había absuelto a un acusado porque éste no había estado consciente del acto que se le inculpaba, declarando que «si el autor hubiera sometido su conciencia a la tensión que cabía esperar de él, habría hallado la respuesta justa a la cuestión de saber lo que es lícito y lo que es ilícito»⁸⁵.

211. De esa jurisprudencia se desprende que, en la práctica, el crimen de lesa humanidad no puede hallar una causa de justificación en el error de derecho. Ningún error de derecho puede excusar un crimen cuyo móvil es el odio racial o los prejuicios políticos.

ii) *El error de hecho*

212. El error de hecho consiste en hacerse una idea falsa de un hecho material, contrariamente al error de derecho, que consiste en la interpretación errónea de una norma jurídica. En los dos casos, para que el error exima de responsabilidad no debe ser culpable.

213. En ocasiones se ha invocado el error de hecho ante los tribunales internacionales. En el *Asunto Carl Rath y Richard Thiel*, juzgado por un tribunal militar británico (Hamburgo, enero de 1949), el Comisario del Gobierno declaró que el hecho de que un acusado hubiera demostrado que al ejecutar a unos súbditos luxemburgueses había creído sinceramente que participaba en la ejecución de personas alistadas en el ejército alemán y que habían sido condenadas a muerte, constituía un medio de defensa válido⁸⁶.

214. Sin embargo, igual que ocurre con el error de derecho, este concepto no puede franquear el muro de los

crímenes de lesa humanidad. Ese muro es infranqueable, pues ningún error de hecho puede justificar un crimen contra la humanidad. Una persona que se equivoca en cuanto a la religión o la raza de la víctima no puede invocar ese error, pues de todos modos el móvil de su acto era de orden racial o religioso.

215. Por el contrario, cuando se trata de crímenes de guerra, el error debe tener un carácter insuperable, es decir, debe tener las características de la fuerza mayor, para eximir a su autor de toda responsabilidad. Pero si se trata de un error cuyo origen está en un acto de negligencia o una imprudencia, es decir, de un error que podría haberse evitado, no exime de responsabilidad. Y en ese caso el error puede constituir un simple motivo de disminución de la pena, cuestión que no se estudia aquí.

216. En resumen, para que el error, ya sea de derecho o de hecho, pueda eximir de la responsabilidad de un crimen de guerra, debe tener un carácter *insuperable*. En ninguna circunstancia puede justificar un crimen de lesa humanidad o un crimen contra la paz.

d) *El cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico*

217. En cuanto a si el cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico constituye una causa de justificación autónoma, es preciso hacer observar que en el caso de que se haya cumplido una orden ilícita, pueden presentarse tres situaciones; el autor ha cumplido la orden con conocimiento de causa, en cuyo caso ha cometido un delito de complicidad; el autor ha obrado bajo coacción; el autor ha sido víctima de un error. Estos dos últimos casos sí quedan comprendidos en el tema que se trata aquí. Así pues, se estudiarán sucesivamente las relaciones de la orden con la coacción y las relaciones de la orden con el error.

i) *La orden y la coacción*

218. El principio de la obediencia jerárquica plantea un problema muy delicado para el que son posibles tres soluciones: o bien se admite la teoría de la obediencia pasiva y, como corolario, la falta de responsabilidad del autor en todos los casos; o bien se admite la responsabilidad de aquél, lo que implica el derecho de criticar la orden y el derecho de negarse a cumplirla: esta es la teoría llamada de las «bayonetas inteligentes»; o bien, por último, se adopta una solución intermedia y se establece una distinción según que la ilicitud sea *manifiesta* o no.

219. La jurisprudencia y la doctrina han rechazado tanto la teoría de la obediencia pasiva como la denominada de las bayonetas inteligentes. Han conservado el concepto de la *orden manifiestamente ilegal* que representa la frontera entre el deber de obediencia y de desobediencia. Cuando la ilicitud de una orden es manifiesta, el subordinado debe negarse a cumplirla. En principio, no queda exento de responsabilidad penal al cumplir una orden cuyo carácter ilícito es indiscutible.

220. Sin embargo, cabe preguntarse si esa regla no prevé una atenuante en caso de coacción. Se ha definido la coacción (párr. 191 *supra*) como un peligro grave, inminente e irremediable, peligro que amenaza la vida o la

⁸⁴ *O.G.H. br. Z.* (véase nota 11 *supra*), vol. 1, pág. 225; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 296.

⁸⁵ *Juristenzeitung*, Tübingen, 8.º año, 1953, págs. 377 y 378; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 298.

⁸⁶ Véase *Law Reports of Trials...* (*op. cit.*, nota 36 *supra*), vol. XV, pág. 184, nota 4.

integridad física. En tal caso sería excesivo exigir en todas las situaciones que se niegue el subordinado a cumplir la orden. Pese al rigor del principio enunciado en el artículo 8 del estatuto de Nuremberg, según el cual el orden jerárquico no exime de responsabilidad al autor de un crimen, no se debe olvidar que la responsabilidad penal se basa en la libertad, y que si desaparece ésta, también desaparece la responsabilidad. El Tribunal de Nuremberg, comentando el artículo 8 de su estatuto, declaró que «el verdadero criterio de la responsabilidad penal, que se encuentra bajo una forma u otra en el derecho criminal de la mayor parte de los países, no guarda la menor relación con la orden recibida. Reside en la libertad moral, en la facultad de decidir del autor del acto censurado»⁸⁷. De esa manera el Tribunal declaraba claramente que el hecho que se debía tomar en consideración no era la orden en sí, sino la libertad de que gozaba el autor para cumplirla o no cumplirla.

221. La norma que vincula a la orden como causa de no responsabilidad a la coacción ha sido enunciada en el Principio IV de los Principios de Nuremberg⁸⁸ y en el proyecto de código de 1954, en cuyo artículo 4 se dispone que:

El hecho de que una persona acusada de un delito definido en este código haya actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no la eximirá de responsabilidad conforme al derecho internacional si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

Esta disposición mitiga el rigor del principio enunciado en el estatuto de Nuremberg, rigor que se explica por el hecho de que dicho estatuto se aplicaba a grandes criminales de guerra responsables a un nivel incompatible con la obediencia ciega o con la coacción. Los crímenes que se les imputaban no eran crímenes de ejecutores, sino crímenes que entraban en el ámbito del abuso de poder. En el presente informe se tienen en cuenta circunstancias diferentes, como aquellas en que el autor puede obrar bajo los efectos de factores exteriores que han influido, orientado o doblegado su voluntad.

222. Naturalmente, esas circunstancias deben examinarse minuciosamente en cada caso. Se trata de circunstancias especiales. Es evidente que se deben evaluar todos los elementos objetivos y subjetivos: la personalidad del autor, la naturaleza de las funciones que ejerce, el contexto en que se ha dado la orden. En el *Asunto del Alto Mando*, el tribunal estableció las bases sobre las cuales se puede aceptar la excusa de la coacción:

Los acusados en este proceso, que recibieron órdenes manifiestamente criminales, se encontraban en una situación difícil, pero el hecho de cumplir servilmente órdenes indudablemente criminales, por miedo a crearse inconvenientes o a recibir sanciones, no puede admitirse como excusa. Para que se pueda aceptar *la excusa de la coacción o de la necesidad** ante un peligro, es preciso que las circunstancias puedan inspirar en un hombre razonable el temor de un peligro corporal inminente de tal naturaleza que se vea *privado de la libertad de elegir** lo que es justo y de abstenerse de lo que es ilícito [...]»⁸⁹.

La Corte Suprema de la Zona Británica estimó también que la coacción eximía del deber de desobedecer una orden manifiestamente ilícita. La Corte afirmó que el artí-

culo II, párr. 4, apartado *b*, de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, a pesar de su rigor formal, dejaba lugar para la excusa de la coacción. Se trataba de saber si el texto excluía la aplicación de los artículos 52 y 54 del Código Penal alemán, relativos a la coacción moral, en el caso de una orden manifiestamente ilegal. La Corte Suprema respondió en sentido negativo⁹⁰.

223. Sin embargo, esa interpretación flexible del artículo 8 del estatuto de Nuremberg y del artículo II, párr. 4, apartado *b*, de la ley N.º 10 no debe hacer pensar que se ha abierto la veda y que cualquier hecho puede considerarse como un peligro o una amenaza grave asimilable a una coacción. Las circunstancias deben analizarse con sumo cuidado. Sólo estudiando esas circunstancias podrá el juez adquirir la convicción de que la orden iba acompañada de coacción.

224. Así pues, debe existir la certeza de que la coacción era la *única* razón de que se obedeciera la orden. Si se determinara que, pese a existir coacción, el autor obrara impulsado por otro motivo, la coacción no se seguiría considerando una excepción admisible. Asimismo, se debe tener en cuenta el *carácter* de la función del autor y *el grado de riesgo* de ésta. Es decir, que si el autor conocía de antemano el riesgo al que le exponían las funciones que había aceptado, no podría alegar que hubo coacción. Un agente de información o un agente de los servicios secretos no podría alegar el riesgo a que le exponía su función si cometiera un acto contrario a su misión bajo coacción. La Corte Suprema de la Zona Británica consideraba que había aceptado su trabajo político clandestino con pleno conocimiento de causa y que se encontraba «en una de esas situaciones en que el ordenamiento jurídico exige excepcionalmente de una persona una conducta que sobrepasa la naturaleza humana y que consiste en vencer el instinto de conservación. Así como los marinos, los agentes de policía, los bomberos y los soldados durante la guerra tienen la obligación de soportar el peligro que amenaza su vida o su integridad física, también se podía exigir de ese acusado que soportara el peligro en el que se había encontrado como consecuencia de una decisión tomada libremente»⁹¹.

225. Pese al rigor, por otra parte necesario, de las condiciones antes expuestas, el cumplimiento de una orden manifiestamente ilícita puede constituir, en determinadas circunstancias, si la orden reviste el carácter de coacción, un argumento admisible.

226. Naturalmente, sigue existiendo el muro infranqueable de los crímenes de lesa humanidad, contra el cual se estrella toda excepción, sea cual sea su carácter. Como se ha señalado, el crimen de lesa humanidad, debido a sus características peculiares, no puede tener justificación. Ninguna coacción puede justificar el genocidio o el *apartheid*, por ejemplo.

ii) *La orden y el error*

227. Cabe preguntarse si la orden puede constituir una excepción de no responsabilidad en casos distintos de la coacción.

⁸⁷ *Procès des grands criminels de guerre...* (op. cit., nota 51 supra), vol. I, pág. 236.

⁸⁸ Véase nota 8 supra.

⁸⁹ American Military Tribunals, asunto N.º 12, vol. XI, pág. 509.

⁹⁰ O.G.H. br. Z. (véase nota 11 supra), vol. 1, pág. 313; citado en Meyrowitz, op. cit., pág. 405.

⁹¹ O.G.H. br. Z., vol. 3, pág. 130; citado en Meyrowitz, pág. 406.

228. Cuando la orden no es manifiestamente ilícita, su evaluación puede dar lugar a un margen de error. No se insistirá en los casos anteriores relativos al error de derecho. El funcionario que recibe una orden puede creer que esa orden es lícita desde el momento en que la ilicitud no es manifiesta. Ni siquiera tiene motivos para sospechar *a priori* de la orden recibida si emana de una autoridad jerárquica competente. Por otra parte, cabe notar que, en principio, la orden lícita es la regla y la orden ilícita la excepción. Por lo general, el jefe procura no salirse de los límites de la legalidad: esa es la base de su autoridad. Además, si, como se dice, la disciplina es la fuerza de los ejércitos y la prontitud de la ejecución la condición de la eficacia, no cabe esperar que el subordinado ejerza a ese respecto un derecho de crítica excesivo.

229. Independientemente de ese hecho, la norma jurídica no siempre es fácil de interpretar y, especialmente, la norma jurídica internacional. En tales casos, el cumplimiento por error de una orden ilícita plantea el problema de la responsabilidad de su autor.

230. En el derecho interno algunas legislaciones han tratado ya de resolver el problema. Así pues, el manual militar norteamericano, *The Law of Land Warfare*, dispone en el párrafo 509 que:

El hecho de que el derecho de la guerra sea violado en cumplimiento de la orden de una autoridad superior militar o civil, no despoja al acto en cuestión de su carácter de crimen de guerra ni constituye una defensa en el proceso de una persona inculpada, a menos que esta última no tuviera conocimiento del carácter ilegal del acto ordenado y no fuera justo exigir de ella tal conocimiento⁹².

Se ha constatado que el error no podía constituir causa de no responsabilidad si no era insuperable, teniendo en cuenta las circunstancias en que se hubiera cometido, y esta misma idea se encuentra expresada en el texto citado.

231. En cuanto a la jurisprudencia, la misma idea fue enunciada por el tribunal en el *Asunto de los rehenes*, a propósito del mariscal de campo List: «Un oficial sólo está obligado a cumplir las órdenes legales que recibe. El que transmite, da o cumple una orden criminal, se convierte en un criminal si ha reconocido, o debía haber reconocido, el carácter criminal de la orden. Es evidente que un mariscal de campo del ejército alemán con más de cuarenta años de experiencia como oficial de carrera tenía o debía haber tenido conocimiento del carácter criminal de esa orden»⁹³. En el *Asunto del Alto Mando* el tribunal declaró a propósito del mariscal de campo Von Leeb y otros acusados: «Antes de pronunciarse sobre la responsabilidad de los acusados en este proceso, es preciso determinar no sólo si la orden era en sí misma criminal, sino también si el carácter criminal era evidente»⁹⁴.

232. Se desprende de todo esto que el cumplimiento por error de una orden ilícita puede constituir una excepción admisible. Pero, al igual que en el caso de la orden ejecutada bajo coacción, lo que se debe considerar

no es la orden sino el error. Este debe revestir los caracteres definidos en los párrafos dedicados a ese concepto. Desde el momento en que el error presenta esos caracteres, puede disculpar al que ha cumplido la orden.

233. Por último, cabe preguntarse si, independientemente de que esté basado en la coacción o en el error, el cumplimiento de una orden ilícita constituye un concepto autónomo en el marco de las causas de no responsabilidad penal. Y cabe también preguntarse por qué los autores le reservan un lugar separado entre las causas de justificación o las causas de no responsabilidad. La orden no constituye en sí misma una justificación. Es un atributo del mando relacionado con el ejercicio normal de la autoridad sin el cual no hay rigor ni disciplina. Su corolario es la obediencia. La obediencia es tan normal como la orden y ni la una ni la otra deberían justificar en sí mismas una teoría excepcional de la responsabilidad penal. Si ese ha sido el caso es que se les ha confundido erróneamente con otros conceptos con los cuales pueden coincidir sin que, por otra parte, se confundan nunca con ellos.

234. Con todo, el Relator Especial ha propuesto una disposición sobre la obediencia jerárquica a fin de abrir un debate sobre la cuestión (véase art. 8 en la parte V del presente informe). Tal vez se considere que la obediencia bajo coacción o por error presenta, a pesar de todo, en el plano formal determinadas características relacionadas con la existencia de la propia orden. Esta también sería una tesis aceptable. Además, el concepto de orden jerárquico ha adquirido ya su título de nobleza y un cierto derecho de ciudadanía en los manuales y no siempre hay que trastocar las costumbres.

e) *El carácter público del autor*

235. Es preciso distinguir entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal.

236. La responsabilidad política depende de las normas constitucionales de los países de que se trate y no tiene nada que ver con el presente estudio. El derecho internacional no puede intervenir, al menos en la situación actual, cuando los pueblos eligen su propia forma de gobierno. Igualmente, la responsabilidad penal de los jefes de Estado puede hacerse valer en el plano interno con total prescindencia del derecho internacional. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la alta traición en que comparecen ante jurisdicciones nacionales que aplican el derecho interno.

237. En cambio, en algunos casos se plantea la cuestión de saber si la calidad de jefe de Estado, precisamente por el hecho de que el jefe de Estado encarna la soberanía de su país, no constituiría un obstáculo para hacer valer una responsabilidad penal internacional. En principio, un órgano de Estado que actúe como tal no es responsable en derecho internacional. Sin embargo, actualmente el principio tiene una excepción en el ámbito de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En el informe precedente se ha hecho detallada referencia a las dos calidades en virtud de las cuales puede actuar una persona, como particular o como órgano de un Estado⁹⁵. El individuo puede ser sujeto de derecho

⁹² Estados Unidos de América, Department of the Army, FM 27-10, Julio de 1956.

⁹³ American Military Tribunals, asunto N.º 7, vol. XI, pág. 1271.

⁹⁴ *Ibid.*, asunto N.º 12, vol. XI, pág. 512. Respecto de los fallos mencionados, véase Meyrowitz, *op. cit.*, págs. 397 a 399.

⁹⁵ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 67, documento A/CN.4/387, párrs. 11 a 17.

internacional precisamente con ocasión de actos delictivos imputables a personas que son órganos de un Estado. Como ya se ha dicho, en muchos casos hay un vínculo inseparable entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el poder. El derecho internacional penal sería inoperante si un jefe de Estado, miembro de un gobierno o alto funcionario de un gobierno quedara protegido por una inmunidad. La calidad oficial del autor de un crimen internacional no debe constituir una protección para él.

238. Así ha quedado confirmado en el artículo 7 del estatuto de Nuremberg, resultado de dos proyectos presentados a la Conferencia de Londres de 1945, uno por los Estados Unidos de América y el otro por la Unión Soviética⁹⁶. Según el proyecto norteamericano presentado el 30 de junio de 1945, «la defensa fundada en el hecho de que el acusado es o era jefe de Estado, fuese o no efectivo ello, o alto funcionario de un Estado, no es admisible en derecho y no se dará lugar a ella»⁹⁷. Según el proyecto soviético presentado el 2 de julio de 1945, «la situación oficial de las personas culpables de crímenes de guerra, se trate de su calidad de jefe de Estado o de alto funcionario, no será considerada circunstancia eximente ni atenuante de su responsabilidad»⁹⁸. El texto que finalmente fue aprobado es el artículo 7 del estatuto de Nuremberg, según el cual:

La situación oficial del acusado, sea como jefe de Estado o como alto funcionario, no será considerada circunstancia eximente de su responsabilidad ni motivo para reducir la pena.

239. El estatuto de Tokio dispone en el artículo 6:

Ni la posición oficial de un acusado ni el hecho de que haya actuado siguiendo órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico serán suficientes en sí para eximir de responsabilidad al acusado en los delitos de que haya sido inculcado, si bien esas circunstancias podrán ser consideradas atenuantes si el Tribunal, por consideraciones de justicia, lo decide en el fallo.

240. La diferencia entre los dos estatutos en cuanto a las circunstancias atenuantes no es pertinente a esta parte del informe, que está dedicada exclusivamente a las causas de justificación.

f) Represalias y legítima defensa

i) Las represalias

241. Constituye represalia el acto cometido por un Estado como reacción a un acto anterior de otro Estado en violación del derecho internacional. Las represalias pueden obedecer al propósito de hacer que termine el acto anterior, impedir que se repita o simplemente vengarse, castigar.

242. Cabe preguntarse si las represalias, así definidas, son lícitas. En otras palabras, si constituyen una causa de justificación que exima a su autor de responsabilidad. Nos estamos refiriendo, por cierto, a las represalias armadas. Las otras no están incluidas en el ámbito del presente informe. Las represalias armadas pueden presentar dos aspectos distintos. Pueden constituir una

agresión y un *crimen contra la paz*. Pueden constituir un crimen de guerra si tienen lugar en el curso de un conflicto armado.

243. Cuando las represalias armadas están dirigidas contra otro Estado, en una de las formas indicadas en la definición de la agresión⁹⁹, se plantea la cuestión de saber si esos actos pierden su carácter ilícito por tratarse de una respuesta a un acto ilícito anterior. El problema fue debatido ya en la Comisión en el curso de la elaboración del proyecto de código, en 1950. El Relator Especial, Jean Spiropoulos, defendía la licitud de las represalias en los términos siguientes:

[...] A pesar de los serios temores que se han expresado en cuanto a la autoridad del código que ha de redactarse en caso de que admita la alegación de represalias, no vemos cómo podría rechazarse tal alegación.

[...]

[...] deducimos que no puede existir duda de que debe admitirse la alegación de represalias, siempre que las represalias sean legítimas, es decir, ejercidas de conformidad con los tratados internacionales y el derecho consuetudinario [...]¹⁰⁰.

En el marco de ese derecho, las represalias, si bien eran lícitas, estaban sometidas a ciertos límites y a condiciones previas; asimismo, era necesario que no fueran manifiestamente desproporcionadas en relación con el acto anterior [incidente de *Naulilaa* (1928)¹⁰¹].

244. En nuestros días se ha invertido la tendencia, y 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 estipula que «los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza»¹⁰².

245. El problema que se plantea en el contexto del proyecto en estudio consiste en saber si hay que prever una disposición especial según la cual la represalia armada no constituya causa de justificación. Al parecer, la respuesta debe ser negativa pues el recurso a la fuerza armada en condiciones no previstas por la Carta de las Naciones Unidas constituye agresión, ya definida en el proyecto de código, y por la Asamblea General en su resolución de 14 de diciembre de 1974.

246. Otra cuestión se refiere a las represalias en tiempo de guerra, que plantean problemas de derecho humanitario. Jean Jacques Rousseau decía que:

La guerra no es una relación de hombre a hombre sino de Estado a Estado, en la que los particulares son enemigos por accidente, no como hombres sino como ciudadanos, como soldados; no por formar parte de la patria sino por defenderla¹⁰³.

247. Desde este ángulo, las represalias deben considerarse en relación con el derecho humanitario, es decir, en el contexto de sus consecuencias sobre los prisioneros de guerra y la población civil o, en otras palabras, sobre

⁹⁹ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

¹⁰⁰ Primer informe de J. Spiropoulos (véase nota 45 *supra*), A/CN.4/25, págs. 54 y 56.

¹⁰¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), pág. 1011, y particularmente págs. 1025 y ss. («Question des représailles»).

¹⁰² Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, primer principio, párrafo sexto.

¹⁰³ *El contrato social*, libro I, cap. IV.

⁹⁶ Véase el informe Jackson, *International Conference on Military Trials, London, 1945*, publicación 3080 del Departamento de Estado, Washington (D.C.), 1949, pág. 165, doc. XXIII (texto comparado de los dos proyectos).

⁹⁷ *Ibid.*, pág. 180, párr. 16 del anexo del proyecto.

⁹⁸ *Ibid.*, art. 25 del proyecto.

las personas que no son combatientes o han dejado de serlo. Sin embargo, a menudo durante la segunda guerra mundial estas personas no quedaron a salvo de represalias, particularmente en la forma de la ejecución de rehenes. Incluso en nuestros días cabe deplorar hechos de esa índole en diversos lugares del mundo.

248. El problema de la protección de estas categorías de personas sólo había sido objeto de disposiciones ocasionales y fragmentarias: artículo 50 del reglamento anexo al Convenio (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907, sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre¹⁰⁴; artículo 87, apartado 3.º, del Convenio (III) de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra¹⁰⁵; artículo 33 del Convenio (IV) de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra¹⁰⁶.

249. El primer intento sistemático es bastante reciente pues data del Protocolo I adicional¹⁰⁷ a los Convenios de Ginebra. De conformidad con las disposiciones del título IV de ese Protocolo se prohíben las represalias contra la población civil (art. 51, párr. 6), contra los bienes de carácter civil (art. 52, párr. 1) o cultural (art. 53, apartado c), contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (art. 54, párr. 4), contra el medio ambiente (art. 55, párr. 2). Como manifestó el representante del CICR a la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, la aplicación de ese derecho no se basaba en la reciprocidad; y el representante de la República Socialista Soviética de Ucrania declaró que, de lo contrario, significaría la instauración de la ley del talión¹⁰⁸. No vamos a entrar aquí en un debate acerca de la eficacia o falta de eficacia de las prohibiciones enunciadas en el Protocolo. A juicio de algunos autores, la parte del Protocolo I relativa a las represalias era un «derecho-ficción».

250. El problema *de lege ferenda* que se plantea es el de saber si hay que tipificar separadamente a las represalias en transgresión de las disposiciones mencionadas. No parece conveniente. En efecto, una infracción de esa índole sería simplemente una violación de las «leyes y costumbres de la guerra» o, si se prefiere, del derecho de los conflictos armados. Ahora bien, esta cuestión existe ya en el proyecto de código.

ii) La legítima defensa

251. La legítima defensa puede ser invocada como causa de justificación solamente en caso de agresión. Cuando hay agresión, la responsabilidad del Estado y la

del individuo tienen el mismo contenido *ratione materiae*. Sin embargo, las dos se superponen y no se confunden. No tienen el mismo contenido *ratione personae*. Existe sin embargo la tendencia a confundirlas simplemente porque, en caso de agresión, los individuos a que nos estamos refiriendo son necesariamente gobiernos. Sin embargo, los dos conceptos no pueden estar sujetos al mismo régimen en razón de que son personas jurídicas diferentes y, por lo tanto, deben ser considerados separadamente.

252. Como ya se ha dicho, la legítima defensa puede invocarse en caso de agresión, pero nunca en caso de crímenes de guerra. Una vez iniciadas las hostilidades, entablado el conflicto armado y planteado un estado de guerra, ya no se puede hablar de legítima defensa entre los combatientes, pues el ataque es tan legítimo como la defensa, con la única condición de que se respeten «las leyes y costumbres de la guerra».

253. No dedicaremos un artículo separado a la legítima defensa, a la que nos referiremos en relación con la agresión en el marco general de las causas de justificación.

3. RESUMEN

254. Se observará, en suma, que la aplicación *práctica* de la teoría de las causas de justificación, a pesar del carácter general de las fórmulas empleadas en el proyecto de artículos, dará lugar a diversos matices y que la teoría no tiene el mismo alcance según cuales sean los crímenes o las categorías de crímenes de que se trate. Cabe enunciar las tres proposiciones siguientes:

a) Los crímenes contra la humanidad no pueden tener justificación alguna en razón de los móviles en que se inspiran y, por lo tanto, son inseparables. No hay justificación alguna cuando se mata para destruir a un grupo étnico o por consideraciones raciales o religiosas;

b) Los crímenes contra la paz no pueden tener otra justificación que la legítima defensa en caso de agresión;

c) Las causas de justificación y las de inimputabilidad sólo pueden aplicarse, y en hipótesis muy limitadas, en el caso de los crímenes de guerra; hay que precisar en todo caso que ello sólo será efectivo si estos no constituyen al mismo tiempo crímenes contra la humanidad.

4. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES Y ATENUANTES

255. Tal vez parezca incongruente hablar de circunstancias eximentes o atenuantes cuando nos estamos refiriendo a crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Cabe preguntarse ¿cómo es posible que en los crímenes más graves, más repulsivos y más monstruosos de todos hayan de existir circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad para sus autores?

256. La respuesta, sin embargo, puede ser afirmativa en algunos casos. Ahora bien, esas circunstancias eximentes o atenuantes están vinculadas con cuestiones de hecho, no de derecho, y no procede incluirlas en un código que se limite a enunciar normas primarias. Por lo demás, como ya se ha dicho, están vinculadas con la aplicación de la pena y normalmente se tienen en cuenta a los efectos de la aplicación de una de las penas de una escala. Un código que no contenga penas no puede

¹⁰⁴ Véase nota 37 *supra*.

¹⁰⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 101.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 149.

¹⁰⁷ Véase nota 40 *supra*.

¹⁰⁸ Véase el debate de la Conferencia sobre el proyecto de artículo 74 relativo a la represión de las infracciones contra el Protocolo I, en *Actas de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados (Ginebra 1974-1977)*, Berna, 1978, vol. IX, en especial las actas resumidas de las sesiones 46.ª y 48.ª.

incluir disposiciones relativas a circunstancias eximentes o atenuantes.

257. Los estatutos de Nuremberg y de Tokio habían dejado librada al magistrado la determinación de la pena aplicable, que podía llegar hasta la de muerte. Como consecuencia, esos estatutos contenían normas relativas a las circunstancias atenuantes. El estatuto de Nuremberg (art. 8) admitía como circunstancia atenuante la de que el acusado hubiese actuado siguiendo instrucciones de su gobierno o por orden de un superior jerárquico. El estatuto de Tokio (art. 6) permitía que el Tribunal aceptara como circunstancias atenuantes el hecho de que el acusado hubiese actuado en virtud de una orden o la posición oficial del acusado.

258. En este caso, habida cuenta de que el código no enuncia penas, no puede contener disposiciones relativas a las modalidades de las penas.

F.—Conclusión

259. Tales parecen ser las infracciones a que se referirá el código y tales los principios que rigen en la materia. Es sin duda deplorable que los textos y la jurisprudencia analizados estén tan íntimamente ligados a las circunstancias de la segunda guerra mundial. Sin embargo, no es posible olvidar que la propia expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» nació en esas circunstancias. Ciertos tribunales nacionales han dictado decisiones después de la segunda guerra mundial que se refieren en particular a los crímenes de guerra. Esas decisiones no aportan nada nuevo en comparación con la jurisprudencia que se ha analizado en el presente trabajo y, por lo tanto, se ha procurado determinar elementos que, fuera de su contexto, puedan tener un carácter suficientemente general y abstracto para alcanzar la calidad de conceptos y normas jurídicas.

PARTE V

Proyecto de artículos

260. El proyecto de artículos versa sobre el conjunto de la materia. Cabe formular las siguientes observaciones:

a) Se han reformulado los proyectos de artículos 1, 2 y 3 presentados inicialmente¹⁰⁹. Un número considerable de miembros de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General no han juzgado necesaria una definición precisa del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Además, las definiciones propuestas han suscitado bastantes controversias, en especial la definición tomada del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El nuevo artículo 1 que se ha propuesto evita esas dificultades;

b) La definición de la agresión ha sido expurgada de toda referencia a órganos políticos y de cualquier elemento que pudiera entrometerse en el dominio del juez;

c) La definición de las demás infracciones ha sido establecida sobre la base de las convenciones existentes cuyos textos, a veces, se han reproducido integralmente o en parte. No obstante, también se ha propuesto una variante más general para que la CDI pueda elegir los textos o los combine;

d) En la formulación de los principios generales se han tenido en cuenta las convenciones existentes, o la jurisprudencia. Algunos principios se aplicarán con mayor propiedad a los crímenes contra la paz o a los crímenes contra la humanidad, otros se aplicarán en general a los crímenes de guerra. Empero, todos ellos están formulados con un acusado espíritu de síntesis, a fin de respetar la unidad de la materia, y se prevén excepciones y limitaciones para ciertos casos.

261. El proyecto de artículos consta de dos capítulos: introducción y lista de infracciones.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

TÍTULO I.—DEFINICIÓN Y TIPIFICACIÓN

Artículo 1.—Definición

Son crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad los crímenes de derecho internacional definidos en el presente Código.

Artículo 2.—Tipificación

La tipificación de un hecho como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, de conformidad con el derecho internacional, es independiente del ordenamiento interno. El hecho de que una acción u omisión sea o no punible en el derecho interno no prejuzga esa tipificación.

TÍTULO II.—PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3.—Responsabilidad y sanción

Toda persona que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenida por responsable e incurrirá en una pena.

Artículo 4.—Infracción universal

1. El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una infracción universal. Todo Estado en cuyo territorio haya sido detenido el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene el deber de juzgarlo o de conceder su extradición.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no prejuzga la cuestión de la existencia de una jurisdicción penal internacional.

¹⁰⁹ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 84, documento A/CN.4/387, cap. III.

Artículo 5.—Imprescriptibilidad

El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es, por naturaleza, imprescriptible.

Artículo 6.—Garantías jurisdiccionales

Toda persona acusada de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene derecho a las garantías reconocidas a todo ser humano y, en especial, a un juicio imparcial en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho.

Artículo 7.—Irretroactividad

1. Nadie será condenado por una acción u omisión que, en el momento de cometerse, no constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, nada impedirá el enjuiciamiento ni el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de cometerse, tenga carácter criminal en virtud de los principios generales del derecho internacional.

Artículo 8.—Excepciones al principio de la responsabilidad

Salvo la legítima defensa en caso de agresión, el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no podrá invocar, en principio, ninguna excepción. Por consiguiente:

a) El carácter público del autor, y en especial el hecho de que sea jefe de Estado o de gobierno, no le eximirá de la responsabilidad penal;

b) La coacción, el estado de necesidad o la fuerza mayor no eximirán al autor de la responsabilidad penal, salvo que haya obrado bajo la amenaza de un peligro grave, inminente e irremediable;

c) La orden de un gobierno o de un superior jerárquico no eximirá al autor de la responsabilidad penal, salvo que haya obrado bajo la amenaza de un peligro grave, inminente e irremediable;

d) El error de derecho o de hecho no eximirá al autor de la responsabilidad penal a menos que, en las circunstancias en que se hubiere cometido, tuviere para éste carácter invencible;

e) En todo caso, ninguna de las excepciones previstas en los apartados b, c y d eliminará la infracción:

- i) si el hecho que el autor alegare en su descargo viola una norma imperativa de derecho internacional;
- ii) si en el hecho que el autor alegare en su descargo hubiere intervenido culpa de aquél;
- iii) si el interés sacrificado fuere superior al interés protegido.

Artículo 9.—Responsabilidad del superior jerárquico

El hecho de que una infracción haya sido cometida por un subordinado no eximirá a sus superiores de la responsabilidad penal, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer una infracción, y si no adoptaron todas

las medidas prácticamente posibles a su alcance para impedir o reprimir tal infracción.

Comentario a los artículos 1 a 9

Los artículos 1 a 7 no precisan comentario especial, salvo señalar, respecto del principio de la no retroactividad, que el párrafo 2 del artículo 7 permite no limitar esta norma a las fuentes del derecho escrito.

En cuanto al artículo 8, se observará que el apartado e del párrafo 1 permite descartar prácticamente los crímenes contra la humanidad y los crímenes contra la paz. Las excepciones se limitarán sobre todo, en ciertas hipótesis, a los crímenes de guerra.

Con respecto al artículo 9, la Comisión también puede dejar que la teoría general de la complicidad cubra la hipótesis prevista. No obstante, no debe olvidarse que se trata de infracciones que se cometen en el marco de una jerarquía y en las que por consiguiente, en la casi totalidad de los casos, aparecen elementos de mando. Tal vez sea útil, pues, dotar a la responsabilidad del superior jerárquico de un fundamento distinto, así como de una fuente escrita autónoma.

CAPÍTULO II

CRÍMENES CONTRA LA PAZ
Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD*Artículo 10.—Categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*

Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad comprenden tres categorías de infracciones: los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra o [los crímenes cometidos con ocasión de un conflicto armado].

TÍTULO I.—CRÍMENES CONTRA LA PAZ

Artículo 11.—Actos constitutivos de crímenes contra la paz

Son crímenes contra la paz:

1. El hecho de que las autoridades de un Estado cometan un acto de agresión.

a) *Definición de la agresión*

i) La agresión es el uso 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, tal como se enuncia en la presente definición.

ii) NOTA EXPLICATIVA.—En esta definición, el término «Estado»:

- a. se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no Miembro de las Naciones Unidas;
- b. incluye el concepto de un «grupo de Estados», cuando proceda.

b) Actos constitutivos de agresión

Sin que la enumeración sea exhaustiva, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- i) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio o de otro Estado o de parte de él;
- ii) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- iii) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- iv) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- v) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- vi) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- vii) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

c) Alcance de la presente definición

- i) Nada de lo dispuesto en la presente definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza;
- ii) Nada de lo establecido en esta definición, y en particular en el párrafo *b*, podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada.

Comentario

Esta definición se ha tomado de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974. No obstante, las partes relativas a la prueba y a las consecuencias de la agresión, o a la interpretación, no se han reproducido. En efecto, la interpretación y la prueba son competencia del juez. En cuanto a las consecuencias penales, son objeto del presente proyecto.

2. El hecho de que las autoridades de un Estado recurran a la amenaza de agresión contra otro Estado.

3. El hecho de que las autoridades de un Estado intervengan en los asuntos internos o externos de otro Estado, en especial:

a) el hecho de alentar o tolerar en el territorio de un Estado el fomento de la guerra civil en otro Estado o cualquier otra forma de desórdenes o sublevaciones interiores;

b) el hecho de ejercer presiones, de adoptar o de amenazar con adoptar medidas coercitivas de índole económica o política contra otro Estado, a fin de obtener ventajas de cualquier índole.

Comentario

El párrafo 2 no precisa comentarios. Se trata de una reproducción del texto de 1954. El párrafo 3, relativo a la intervención, es una versión enmendada del texto de 1954. No debe preverse únicamente el fomento de la guerra civil, sino cualquier forma de desórdenes o sublevaciones interiores. En el apartado *b* del párrafo 3 se amplían las formas de intervención, más allá de las formas políticas, para incorporar las medidas *coercitivas* de tipo económico.

4. El hecho de que las autoridades de un Estado cometan o alienten la comisión de actos terroristas en otro Estado, o la tolerancia por esas mismas autoridades de actividades organizadas con el fin de perpetrar actos terroristas en otro Estado.

a) Definición de actos terroristas

Se entiende por actos terroristas los actos criminales dirigidos contra otro Estado y destinados a crear un estado de terror en el ánimo de personalidades, de grupos de personas o del público en general.

b) Actos terroristas

Son actos terroristas:

- i) Los hechos dirigidos contra la vida, la integridad corporal o la salud de un jefe de Estado, de personas que ejerzan prerrogativas de jefe de Estado, de los sucesores hereditarios o designados de jefes de Estado, de los cónyuges de tales personalidades o de personas que desempeñan funciones o cargos públicos, cuando el hecho se haya cometido en razón de la función o cargo que esas personas desempeñan;
- ii) Los hechos que tengan por objeto destruir o dañar bienes públicos o destinados a uso público;
- iii) Los hechos destinados a poner en peligro vidas humanas mediante la creación de un peligro co-

- mún y, en particular, el secuestro de aeronaves, la toma de rehenes y todas las violencias ejercidas contra personalidades que gocen de protección internacional o de inmunidad diplomática;
- iv) El hecho de fabricar, obtener, poseer o proporcionar armas, municiones, productos explosivos o sustancias nocivas con miras a la ejecución de un acto terrorista.

Comentario

Este texto reproduce, en lo que respecta a la definición del terrorismo, la Convención de 1937¹¹⁰, pero se han incluido algunas formas nuevas de terrorismo en la definición, en especial los secuestros de aeronaves y las violencias contra los agentes diplomáticos.

5. El hecho de violar las obligaciones que incumben a un Estado en virtud de un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales, en especial mediante:

- i) prohibición de armamentos, desarme, restricciones o limitaciones de armamentos;
- ii) restricciones del adiestramiento militar o de las construcciones estratégicas, u otras restricciones del mismo carácter.

6. El hecho de violar las obligaciones que incumben a un Estado en virtud de un tratado que prohíba el emplazamiento o los ensayos de armas en ciertos territorios o en el espacio, especialmente de armas nucleares.

Comentario

Este texto completa el proyecto de 1954 al recoger ciertos hechos previstos en convenciones posteriores sobre el emplazamiento o el ensayo de armas.

7. El hecho de establecer o mantener por la fuerza una dominación colonial.

8. El hecho de reclutar, organizar, equipar y entrenar mercenarios o de proporcionarles medios para que atenten contra la independencia o la seguridad de los Estados, o el hecho de obstaculizar las luchas de liberación nacional.

Se entiende por mercenario toda persona:

- i) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
- ii) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
- iii) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte;

¹¹⁰ Convención para la prevención y represión del terrorismo, firmada en Ginebra el 16 de noviembre de 1937 (Sociedad de las Naciones, documento C.546.M.383.1937.V).

- iv) que no sea nacional de una parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en conflicto;
- v) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto;
- vi) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es parte en conflicto.

Comentario

Esta definición se ha tomado del artículo 47 del Protocolo I adicional¹¹¹ a los Convenios de Ginebra de 1949.

TÍTULO II.—CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Artículo 12.—Actos constitutivos de crímenes contra la humanidad

Son 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.

Comentario

Esta definición se ha tomado de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹¹² (art. II).

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*, que incluye las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, por el que se entiende 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;

¹¹¹ Véase nota 40 *supra*.

¹¹² Véase nota 18 *supra*.

- 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;
- 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 las 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.

Comentario

Esta definición corresponde a la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973¹¹³ (art. II).

3. Los actos inhumanos, tales como, sin que la enumeración sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales.

4. Toda violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la preservación del medio humano.

TÍTULO III.—CRÍMENES DE GUERRA

Artículo 13.—Definición de crimen de guerra

PRIMERA VARIANTE

a) Es crimen de guerra toda infracción grave de las leyes o usos de la guerra;

b) Para 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 adicional a esos Convenios, de 8 de junio de 1977.

SEGUNDA VARIANTE

a) Definición de crimen de guerra

Es crimen de guerra toda infracción grave de los convenios, normas y usos aplicables a los conflictos armados internacionales o no internacionales.

b) Actos constitutivos de crímenes de guerra

Son crímenes de guerra, en particular:

- 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).

Comentario

En la primera variante se utiliza la palabra «guerra» en su sentido material y no en su sentido formal. En la segunda variante se utiliza preferentemente la expresión «conflicto armado» en vez de la palabra «guerra». Los incisos i) y ii) son comunes a las dos variantes.

TÍTULO IV.—OTRAS INFRACCIONES

Artículo 14

Son también crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad:

A (PRIMERA VARIANTE). La conspiración para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

A (SEGUNDA VARIANTE). La concertación para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Comentario

Estas dos variantes permitirán a la Comisión iniciar un debate sobre el contenido de conspiración [complot]. ¿Se debe incriminar también el acuerdo mismo, es decir, la *conspiracy*?

B. a) La complicidad en un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;

b) Se entiende por complicidad todo acto de participación, anterior o posterior al crimen, que tenga por objeto provocar o facilitar su ejecución o entorpecer la persecución de los autores de la infracción.

¹¹³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1015, pág. 266.

Comentario

Si la Comisión no quiere definir la complicidad, el contenido del párrafo *b* podría figurar en un comentario.

C. La tentativa de cometer cualquiera de los crímenes definidos en el presente Código.

Comentario

Las infracciones definidas en este Código constituyen crímenes especialmente graves, y la tentativa es necesariamente punible, por lo que no procede establecer distinciones entre las hipótesis en que la tentativa se castigaría y las hipótesis en que no se castigaría.

DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/399 Y ADD.1 Y 2

**Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales
para fines distintos de la navegación, por el Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial**

*[Original: inglés]
[19 de marzo, 12 y 21 de mayo de 1986]*

ÍNDICE

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. ESTADO ACTUAL DE LOS TRABAJOS SOBRE EL TEMA	1-53	92
A. Examen de lo acontecido entre 1970 y 1979	1-3	92
B. Decisión adoptada por la Comisión en su 32.º período de sesiones celebrado en 1980	4-7	93
C. Examen de lo acontecido entre 1981 y 1983	8-9	94
D. Examen del tema por la Comisión en su 36.º período de sesiones celebrado en 1984	10-30	94
1. Enfoque general sugerido por el Relator Especial	12-14	95
2. Artículos 1 a 9 presentados por el Relator Especial en su segundo informe	15-30	95
E. Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre el examen del tema en la CDI durante su 36.º período de sesiones	31-44	98
1. Observaciones generales	31	98
2. Observaciones sobre el enfoque general sugerido por el Relator Especial	32-34	99
3. Observaciones sobre los artículos 1 a 9 presentados por el Relator Especial en su segundo informe	35-44	99
F. Informe preliminar del actual Relator Especial	45-49	100
1. Propuestas relativas al futuro programa de trabajo sobre el tema	45-47	100
2. Examen de las propuestas del Relator Especial por la Comisión en su 37.º período de sesiones, en 1985	48-49	100
G. Observaciones formuladas en la Sexta Comisión de la Asamblea General respecto del examen del tema por la CDI en su 37.º período de sesiones	50-53	101
II. ARTÍCULOS 1 A 9 PRESENTADOS POR EL ANTERIOR RELATOR ESPECIAL Y REMITIDOS AL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 36.º PERÍODO DE SESIONES, EN 1984	54-187	101
A. Observaciones generales	57-59	102
B. Observaciones relativas a los aspectos más destacados de los artículos remitidos al Comité de Redacción en 1984	60-187	102
1. La definición de «[sistema de] cursos de agua internacionales»	60-63	102
2. Acuerdos relativos a cursos de agua internacionales	64-70	103
3. Principios generales, derechos y deberes de los Estados del curso de agua (capítulo II del proyecto)	71-187	106
a) El concepto de «recurso material compartido»	71-74	106
b) Utilización y participación equitativas	75-187	107
i) Tratados	76-77	107
ii) Posiciones adoptadas por los Estados en las negociaciones diplomáticas	78-99	110
a. La «doctrina Harmon» o la soberanía absoluta	79-91	110
i. Práctica convencional de los Estados Unidos de América	79-87	110
ii. Práctica de otros Estados	88-91	113
b. Utilización equitativa o «soberanía limitada»	92-99	115
iii) Decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales	100-133	118
a. Decisiones judiciales	102-110	118
i. Asunto del río Oder	102-105	118
ii. Asunto del transvase de las aguas del Mosa	106-107	119
iii. Asunto del Estrecho de Corfú	108-110	120
b. Laudos arbitrales	111-113	121
i. Asunto del lago Lanós	111-124	121
ii. Asunto de la Fundición de Trail (<i>Trail Smelter</i>)	125-128	124
iii. Otros laudos arbitrales	129-133	127

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
iv) Otros instrumentos internacionales	134-155	127
a. Declaraciones y resoluciones aprobadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales	135-139	127
b. Informes y estudios preparados por organizaciones intergubernamentales o por conferencias de expertos gubernamentales	140-150	128
c. Estudios preparados por organizaciones internacionales no gubernamentales	151-155	131
v) Opiniones de los tratadistas	156-163	133
vi) Decisiones de los tribunales nacionales	164-168	135
vii) Resumen y conclusiones	169-178	136
c) La obligación de no causar «perjuicio apreciable»	179-187	139
<i>Anexos.</i> —Disposiciones de tratados relativos a la utilización equitativa		141
I. Disposiciones de tratados relativos a cursos de agua contiguos		141
II. Disposiciones de tratados relativos a cursos de agua sucesivos		143
	<i>Párrafos</i>	
III. EXAMEN DE CUESTIONES CONCRETAS TRATADAS EN EL CAPÍTULO III DEL PROYECTO	188-199	145
A. Consideraciones generales	189-197	145
B. Proyectos de artículos sobre reglas de procedimiento	198	148
Artículo 10.—Notificación de usos previstos		148
<i>Comentario</i>		148
Artículo 11.—Plazo para responder a la notificación		148
<i>Comentario</i>		149
Artículo 12.—Respuesta a la notificación, y consultas y negociaciones sobre los usos previstos		149
<i>Comentario</i>		149
Artículo 13.—Efectos del incumplimiento de los artículos 10 a 12		150
<i>Comentario</i>		150
Artículo 14.—Usos previstos de suma urgencia		150
<i>Comentario</i>		150
	<i>Párrafo</i>	
C. Observaciones finales acerca de otros proyectos de artículos sobre reglas de procedimiento	199	151

CAPÍTULO PRIMERO

Estado actual de los trabajos sobre el tema

A.—Examen de lo acontecido entre 1970 y 1979

1. La Comisión, en su 23.º período de sesiones, celebrado en 1971¹, incluyó el tema titulado «Usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación» en su programa general de trabajo, en respuesta a la recomendación formulada por la Asamblea General en la resolución 2669 (XXV), de 8 de diciembre de 1970. En su 26.º período de sesiones, celebrado en 1974, la Comisión tuvo ante sí el informe suplementario del Secretario General sobre los problemas jurídicos relativos a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación². En ese período de sesiones, la Comisión estableció una Subcomisión sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación presidida por el Sr. Richard D. Kearney. La Subcomisión presentó un informe³ en el que se proponía que se presentara

un cuestionario dirigido a los Estados. La Comisión aprobó el informe de la Subcomisión en la misma sesión y designó además al Sr. Kearney Relator Especial sobre el tema⁴.

2. En su 28.º período de sesiones celebrado en 1976, la Comisión tuvo a la vista las respuestas de los gobiernos de 21 Estados Miembros⁵ al cuestionario⁶ transmitido a los Estados Miembros por el Secretario General. También tuvo a la vista un informe presentado por el Relator Especial⁷. Cuando la Comisión debatió la cuestión en dicho período de sesiones, la atención se centró especialmente en torno a las cuestiones suscitadas en las respuestas de los gobiernos y examinadas en el informe del Relator Especial relativo al alcance de los trabajos de la

⁴ *Ibid.*, pág. 306, párr. 159.

⁵ *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 161, documento A/CN.4/294 y Add.1.

⁶ El texto definitivo del cuestionario, tal como fue comunicado a los Estados Miembros, se reproduce en *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), págs. 164 y 165, documento A/CN.4/294 y Add.1, párr. 6; véase también *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 86 y 87, párr. 262.

⁷ *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 202, documento A/CN.4/295.

¹ Véase *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 377, documento A/8410/Rev.1, párr. 120.

² *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 286, documento A/CN.4/274.

³ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 306, documento A/9610/Rev.1, cap. V, anexo.

Comisión sobre el tema y al significado de la expresión «cursos de agua internacionales». El examen del tema en ese período de sesiones

llevó a la Comisión al acuerdo general de que no era preciso examinar al principio de los trabajos la cuestión del alcance de la expresión «cursos de agua internacionales». En vez de ello, debería dedicarse atención a iniciar la formulación de principios generales aplicables a los aspectos jurídicos de los usos de esos cursos de agua⁸.

3. En su 29.º período de sesiones, celebrado en 1977, la Comisión designó al Sr. Stephen M. Schwebel Relator Especial para suceder al Sr. Kearney, que no se había presentado para su reelección a la Comisión⁹. El Sr. Schwebel hizo una declaración a la Comisión en 1978 y presentó en el 31.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1979, su primer informe¹⁰, que contenía diez proyectos de artículos. La Comisión celebró en el mismo período de sesiones un debate general sobre las cuestiones planteadas en el informe del Relator Especial y sobre cuestiones relacionadas con el tema en general.

B.—Decisión adoptada por la Comisión en su 32.º período de sesiones, celebrado en 1980

4. En el 32.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1980, el Sr. Schwebel presentó un segundo informe, que contenía seis proyectos de artículos¹¹. La Comisión, tras debatir el informe, remitió los seis artículos al Comité de Redacción. Por recomendación del Comité de Redacción, la Comisión, en el mismo período de sesiones, aprobó provisionalmente los proyectos de artículos 1 a 5 y X, que decían así:

Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos

1. Los presentes artículos se aplican a los usos de los sistemas de cursos de agua internacionales y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de conservación relacionadas con los usos de esos sistemas de cursos de agua y de sus aguas.

2. El uso de las aguas de los sistemas de cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, salvo en la medida en que otros usos de las aguas afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.

Artículo 2.—Estados del sistema

Para los efectos de los presentes artículos, es Estado del sistema todo Estado en cuyo territorio exista parte de las aguas del sistema de un curso de agua internacional.

Artículo 3.—Acuerdos de sistema

1. Un acuerdo de sistema es un acuerdo entre dos o más Estados del sistema que aplica y adapta las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos del sistema de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese sistema.

2. Todo acuerdo de sistema definirá las aguas a las que se aplique. Podrá celebrarse respecto de la totalidad del sistema del curso de agua internacional o respecto de cualquiera de sus partes o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que el uso de las aguas del sistema de un curso de agua internacional por otro Estado u otros Estados del sistema no resulte perjudicado apreciablemente.

⁸ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 160, párr. 164.

⁹ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 125, párr. 79.

¹⁰ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 145, documento A/CN.4/320.

¹¹ *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 166, documento A/CN.4/332 y Add.1.

3. En la medida en que los usos del sistema de un curso de agua internacional lo requieran, los Estados del sistema negociarán de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de sistema.

Artículo 4.—Partes en la negociación y celebración de acuerdos de sistema

1. Todo Estado del sistema de un curso de agua internacional tiene derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo de sistema que se aplique a la totalidad del sistema de ese curso de agua internacional y a llegar a ser parte en él.

2. El Estado del sistema cuyo uso de las aguas del sistema de un curso de agua internacional pueda resultar afectado apreciablemente por la ejecución de un acuerdo de sistema propuesto que se aplique sólo a una parte del sistema o a un proyecto, programa o uso particular tiene derecho a participar en la negociación de tal acuerdo, en la medida en que su uso resulte afectado por éste, conforme al artículo 3 de los presentes artículos.

Artículo 5.—Uso de aguas que constituyen un recurso natural compartido

1. Para los efectos de los presentes artículos, las aguas del sistema de un curso de agua internacional son un recurso natural compartido en la medida en que el uso de esas aguas en el territorio de un Estado del sistema afecte al uso de las aguas de ese sistema en el territorio de otro Estado del sistema.

2. Todo Estado del sistema utilizará las aguas del sistema de un curso de agua internacional que constituyan un recurso natural compartido de conformidad con los presentes artículos.

Artículo X.—Relación entre los presentes artículos y otros tratados en vigor

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 3, las disposiciones de los presentes artículos no afectarán a los tratados en vigor relativos al sistema de un curso de agua internacional determinado o a cualquiera de sus partes o a un proyecto, programa o uso particular.

5. La Comisión también adoptó en su 32.º período de sesiones, como había recomendado también el Comité de Redacción, una hipótesis de trabajo provisional relativa al significado de la expresión «sistema de un curso de agua internacional». La hipótesis estaba recogida en una nota que decía lo siguiente:

El sistema de un curso de agua está formado por componentes hidrográficos como ríos, lagos, canales, glaciares y aguas subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario; de ese modo, todo uso que afecte a las aguas en una parte del sistema puede afectar a las aguas en otra parte del sistema.

El «sistema de un curso de agua internacional» es el sistema de un curso de agua cuyos componentes están situados en dos o más Estados.

Las partes de las aguas que se encuentren en un Estado, en la medida en que no resulten afectadas por los usos de las aguas en otro Estado o que no afecten a éstos, no se considerarán incluidas en el sistema del curso de agua internacional. Así pues, el sistema es internacional en la medida en que los usos de las aguas del sistema se influyen recíprocamente, pero sólo en esa medida; por lo tanto, el carácter internacional del curso de agua no es absoluto, sino relativo¹².

6. En su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones, la Comisión señalaba que desde el comienzo de su labor sobre el tema había reconocido la diversidad de los cursos de agua internacionales en términos de sus características físicas y de las necesidades humanas que satisfacen. También señalaba, sin embargo, que los cursos de agua presentaban ciertas características comunes y que era posible determinar ciertos principios de derecho internacional ya existentes y aplicables a los cursos de agua internacional

¹² *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párr. 90.

en general. A este respecto se mencionaron conceptos tales como el principio de la buena vecindad y el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, así como los derechos soberanos de los Estados ribereños.

7. En su resolución 35/163, de 15 de diciembre de 1980, la Asamblea General, tomando nota con reconocimiento de los progresos hechos por la Comisión en la preparación de proyectos de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, recomendó que la Comisión prosiguiera la preparación de proyectos de artículos sobre el tema.

C.—Examen de lo acontecido entre 1981 y 1983

8. La Comisión no procedió al estudio del tema durante su 33.º período de sesiones, celebrado en 1981, debido a la renuncia del Sr. Schwebel de su cargo en la Comisión con motivo de su elección para integrar la CIJ. En su 34.º período de sesiones, en 1982, la Comisión designó al Sr. Jens Evensen Relator Especial del tema¹³. En ese mismo período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Sr. Schwebel, que había iniciado su preparación con anterioridad a la renuncia presentada a la Comisión¹⁴.

9. En el 35.º período de sesiones, celebrado en 1983, la Comisión tuvo ante sí el primer informe presentado por el Sr. Evensen¹⁵. El informe contenía un proyecto provisional de convención cuyo objeto era servir de base para el debate y que constaba de 39 artículos agrupados en seis capítulos. La Comisión debatió el informe en general en el mismo período de sesiones, centrandose su atención en la definición de la expresión «sistema de un curso de agua internacional» y en la cuestión del sistema de un curso de agua internacional como recurso natural compartido.

D.—Examen del tema por la Comisión en su 36.º período de sesiones, celebrado en 1984

10. En su 36.º período de sesiones, celebrado en 1984, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe presentado por el Sr. Evensen¹⁶. Este informe contenía un texto revisado del proyecto provisional de convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación; ese texto constaba

de 41 proyectos de artículos, contenidos en seis capítulos, como a continuación se expone:

CAPITULO I.—INTRODUCCION

Artículo 1.—Explicación (definición) de la expresión «curso de agua internacional» a los efectos de la presente Convención

Artículo 2.—Ambito de aplicación de la presente Convención

Artículo 3.—Estados del curso de agua

Artículo 4.—Acuerdos de curso de agua

Artículo 5.—Partes en la negociación y celebración de acuerdos de curso de agua

CAPITULO II.—PRINCIPIOS GENERALES, DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESTADOS DEL CURSO DE AGUA

Artículo 6.—Principios generales relativos a la participación en las aguas de un curso de agua internacional

Artículo 7.—Participación equitativa en los usos de las aguas de un curso de agua internacional

Artículo 8.—Determinación de la utilización razonable y equitativa

Artículo 9.—Prohibición de actividades relativas a un curso de agua internacional que causen perjuicio apreciable a otros Estados del curso de agua

CAPITULO III.—COOPERACION Y ORDENACION RESPECTO DE CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES

Artículo 10.—Principios generales de cooperación y ordenación

Artículo 11.—Notificación a otros Estados del curso de agua. Contenido de la notificación

Artículo 12.—Plazos para responder a las notificaciones

Artículo 13.—Procedimiento en caso de protesta

Artículo 14.—Incumplimiento por los Estados del curso de agua de las disposiciones de los artículos 11 a 13

Artículo 15.—Ordenación de los cursos de agua internacionales. Establecimiento de comisiones

Artículo 15 bis.—Regulación de los cursos de agua internacionales [basado en el artículo 27 inicial]

Artículo 15 ter.—Preferencias de uso [basado en el artículo 29 inicial]

Artículo 16.—Reunión, elaboración y difusión de información y datos

Artículo 17.—Solicitudes especiales de información y datos

Artículo 18.—Obligaciones especiales de información en casos de emergencia

Artículo 19.—Información reservada

CAPITULO IV.—PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE, CONTAMINACION, RIESGOS SANITARIOS, RIESGOS NATURALES, SEGURIDAD, Y SITIOS NACIONALES Y REGIONALES

Artículo 20.—Disposiciones generales sobre protección del medio ambiente

Artículo 21.—Fines de la protección del medio ambiente

Artículo 22.—Definición de contaminación

Artículo 23.—Obligación de prevenir la contaminación

Artículo 24.—Cooperación entre los Estados del curso de agua para la protección contra la contaminación. Mitigación y reducción de la contaminación

Artículo 25.—Situaciones de emergencia relacionadas con la contaminación

Artículo 26.—Control y prevención de riesgos relacionados con el agua

[El artículo 27 inicial fue sustituido por el artículo 15 bis]

Artículo 28.—Seguridad de los cursos de agua internacionales, sus instalaciones y sus construcciones, etc.

Artículo 28 bis.—Condición de los cursos de agua internacionales, sus aguas, construcciones, etc., en los conflictos armados [artículo nuevo]

[El artículo 29 inicial fue sustituido por el artículo 15 ter]

¹³ *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pag. 131, párr. 250.

¹⁴ *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pag. 79, documento A/CN.4/348. Este informe contenía, entre otras cosas, los siguientes proyectos de artículos: «Participación equitativa» (art. 6), «Determinación de la utilización equitativa» (art. 7), «Responsabilidad por el perjuicio apreciable» (art. 8), «Reunión, elaboración y diseminación de información y datos» (art. 9), «Contaminación y protección del medio ambiente» (art. 10), «Prevención y mitigación de riesgos» (art. 11), «Regulación de los cursos de agua internacionales» (art. 12), «Seguridad de los recursos hídricos y de las instalaciones hidráulicas» (art. 13), «Negativa de preferencia inherente de uso» (art. 14), «Gestión administrativa» (art. 15) y «Principios y procedimientos para la prevención y solución de controversias» (art. 16).

¹⁵ *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pag. 165, documento A/CN.4/367.

¹⁶ *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pag. 107, documento A/CN.4/381.

Artículo 30.—Establecimiento de cursos de agua internacionales o partes de ellos como sitios protegidos nacionales o regionales

CAPÍTULO V.—SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS

Artículo 31.—Obligación de resolver las controversias por medios pacíficos

Artículo 31 bis.—Obligaciones derivadas de acuerdos o arreglos generales, regionales o bilaterales [artículo nuevo]

Artículo 32.—Solución de controversias mediante consultas y negociaciones

Artículo 33.—Investigación y mediación

Artículo 34.—Conciliación

Artículo 35.—Funciones y tareas de la comisión de conciliación

Artículo 36.—Efectos del informe de la comisión de conciliación. Participación en los costos

Artículo 37.—Fallo por la Corte Internacional de Justicia, otro tribunal internacional o un tribunal arbitral permanente o especial

Artículo 38.—Efecto vinculante del fallo

CAPÍTULO VI.—DISPOSICIONES FINALES

Artículo 39.—Relación con otras convenciones y acuerdos internacionales.

11. Por sugerencia del Relator Especial, la Comisión centró sus deliberaciones en los proyectos de artículos 1 a 9 y en las cuestiones relacionadas con ellos, contenidos en el segundo informe. Al concluir el debate, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículos 1 a 9 al Comité de Redacción. Quedó entendido que el Comité de Redacción dispondría también del texto de la hipótesis de trabajo provisional aceptada por la Comisión en su 32.º período de sesiones, celebrado en 1980 (véase *supra*, párr. 5), el texto de los artículos 1 a 5 y X aprobados provisionalmente por la Comisión en el mismo período de sesiones (véase *supra*, párr. 4), y los textos de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe¹⁷.

1. ENFOQUE GENERAL SUGERIDO POR EL RELATOR ESPECIAL

12. El esquema para un proyecto de convención propuesto por el Relator Especial en su primer informe había parecido en general aceptable. En consecuencia, en su segundo informe el Relator Especial sólo había hecho pequeñas modificaciones y algunas adiciones al esquema. Con todo, se propusieron en los textos de ciertos proyectos de artículos algunas modificaciones de mayor importancia, según se indica a continuación.

13. El enfoque del «acuerdo marco» había parecido generalmente aceptable a la Comisión y fue además el criterio que había aprobado la Sexta Comisión de la Asamblea General (véase *infra*, párrs. 32 y 33). El Relator Especial creía que la expresión «acuerdo marco» debería aplicarse de forma amplia y flexible, y compartía la opinión de su predecesor, el Sr. Schwebel, en el sentido de que:

[...] el resultado de la labor de la Comisión debía servir para establecer [...] los principios y normas generales rectores de los cursos de agua internacionales en caso de no haber acuerdo entre los Estados intere-

sados y para establecer las directrices relativas a la negociación de futuros acuerdos específicos [...]».

La Comisión pareció reconocer de modo general que en un texto marco sería necesario o útil utilizar, en una medida razonable, enunciados o normas jurídicas generales tales como las «relaciones de buena vecindad», la «buena fe», la participación en los beneficios de los recursos «en forma equitativa y razonable» y el deber de no causar «daños apreciables» a los derechos e intereses de los demás. Algunos miembros apoyaron esta forma amplia de abordar el tema, pero otros consideraron que los principios jurídicos propuestos estaban formulados de manera demasiado general. Además, algunos miembros consideraron que las recomendaciones y las directrices estaban fuera de lugar en un acuerdo marco, en tanto que otros sostuvieron que tales recomendaciones y directrices podrían ser útiles para la elaboración de acuerdos referentes a cursos de agua específicos.

14. Finalmente, se reconoció que el enfoque general sugerido por el Relator Especial en su segundo informe se basaba en ciertos cambios que había introducido en sus proyectos de artículos revisados, muy particularmente en su proyecto de artículo 1, donde se había sustituido la expresión «sistema de un curso de agua internacional» por «curso de agua internacional» y en el proyecto de artículo 6, en el que se habían sustituido las palabras «el sistema del curso de agua y sus aguas son [...] un recurso natural compartido» por «los Estados del curso de agua en cuestión compartirán la utilización de las aguas del curso de agua de manera razonable y equitativa». Tal como se indica a continuación, las opiniones acerca de estos cambios que se manifestaron en el seno de la Comisión fueron diversas. No se llegó a una resolución definitiva de las diversas cuestiones durante el 36.º período de sesiones, pero se esperaba que un ulterior examen de ellas ayudaría a la Comisión en sus futuros trabajos. Según la CDI lo indica en el informe sobre su 36.º período de sesiones,

[...] la Comisión prevé que continuará sus trabajos acerca de esta cuestión sobre la base de los debates que se celebren en la Sexta Comisión acerca del informe de la CDI sobre su actual período de sesiones, a la luz de las propuestas y sugerencias que formule ulteriormente el Relator Especial y sobre la base de los futuros informes del Comité de Redacción sobre su examen de los proyectos de artículos 1 a 9¹⁸.

2. ARTÍCULOS 1 A 9 PRESENTADOS POR EL RELATOR ESPECIAL EN SU SEGUNDO INFORME

15. Los artículos 1 a 9 presentados por el Relator Especial comprenden los dos primeros capítulos del proyecto. El capítulo I, titulado «Introducción», contiene los artículos 1 a 5, y el capítulo II, titulado «Principios generales, derechos y deberes de los Estados del curso de agua», los artículos 6 a 9. Como se ha señalado antes (*supra*, párr. 11), la Comisión, en su 36.º período de sesiones, celebrado en 1984, centró su atención en el estudio de los artículos 1 a 9, que remitió al Comité de Redacción. En consecuencia, el presente resumen del examen del tema por la Comisión en el mencionado período de sesiones se concentrará en dichos artículos.

¹⁷ *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 79, documento A/CN.4/348, párr. 2.

¹⁸ *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 290 *in fine*.

¹⁷ *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 75 y ss., notas 245 a 250.

16. En la Comisión se manifestaron puntos de vista divergentes sobre el texto revisado del proyecto de artículo 1²⁰ presentado por el Relator Especial en su segundo informe. Aunque el artículo 1 presentado en el primer informe se basaba muy de cerca en la hipótesis de trabajo provisional aceptada por la Comisión en 1980 acerca de lo que denotaba la expresión «sistema de un curso de agua internacional» (véase *supra*, párr. 5), el Relator Especial recomendó en su segundo informe que se abandonase el concepto de «sistema» en favor del concepto más sencillo de «curso de agua internacional» porque había llegado a la conclusión de que el concepto de «sistema» tropezaba con oposición tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, por considerarse que representaba un planteamiento doctrinal semejante al del concepto de «cuenca hidrográfica», que ya había sido descartado anteriormente por la Comisión.

17. Algunos miembros de la Comisión apoyaron la nueva fórmula sugerida por el Relator Especial en el texto del artículo 1 revisado. Consideraban que el abandono del concepto de «sistema» eliminaba la dificultad principal que impedía hacer progresos sobre este tema y procuraba una descripción puramente geográfica que podía constituir la base de un proyecto global, evitando al mismo tiempo las connotaciones territoriales que, en opinión de esos miembros, estaban implícitas en la noción de «sistema».

18. Algunos miembros, aun considerando que el abandono del concepto del «sistema» era de lamentar, manifestaron que no se oponían a la modificación propuesta siempre que no representara más que un cambio de redacción. En su opinión, sin embargo, la supresión del concepto de «sistema» planteaba el problema conceptual inherente a la relatividad del carácter internacional destacada en la hipótesis de trabajo provisional aceptada por la Comisión en 1980: podía haber simultáneamente diferentes sistemas correspondientes a diferentes usos del mismo curso de agua.

19. A juicio de otros miembros, el proyecto de artículo 1 revisado representaba una desviación importante del criterio adoptado por la Comisión en su 32.º período de sesiones, celebrado en 1980. En opinión de esos

²⁰ El proyecto de artículo 1 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente:

«Artículo 1.—Explicación (definición) de la expresión “curso de agua internacional” a los efectos de la presente Convención

»1. A los efectos de la presente Convención, un “curso de agua internacional” es un curso de agua formado ordinariamente por agua dulce cuyos componentes o partes pertinentes están situados en dos o más Estados (Estados del curso de agua).

»2. En la medida en que uno o varios componentes o partes del curso de agua en un Estado no afecten a los usos del curso de agua en otro Estado ni sean afectados por ellos, no se considerará que estén incluidos en el curso de agua internacional a los efectos de la presente Convención.

»3. Los cursos de agua que total o parcialmente tengan tendencia a aparecer y desaparecer (más o menos regularmente) debido a causas estacionales u otras causas naturales, tales como la precipitación, el deshielo, la avulsión estacional, la sequía u otros fenómenos similares, se regirán por las disposiciones de la presente Convención.

»4. Los deltas, las desembocaduras de los ríos u otras formaciones similares con agua salada o salobre que formen parte natural de un curso de agua internacional se regirán igualmente por las disposiciones de la presente Convención.»

miembros, los artículos adoptados provisionalmente en 1980 (véase *supra*, párr. 4) constituían un todo coherente, por lo que la supresión del concepto de «sistema» exigiría estudiar nuevamente todas las disposiciones, en particular los artículos 4, 5 y 6.

20. Por último, algunos miembros consideraban discutible la ausencia, en el texto presentado por el Relator Especial, de una indicación, aunque fuera en forma no exhaustiva, de los posibles elementos hidrográficos de un curso de agua internacional. Esos miembros estimaban preferible insertar en el texto del artículo los ejemplos mencionados en el segundo informe del Relator Especial (ríos, lagos, canales, afluentes, corrientes, arroyos y manantiales, glaciares y montañas cubiertas de nieve, pantanos, aguas subterráneas y otros tipos de capas acuíferas)²¹, con vistas a determinar si debían ser objeto de artículos separados o cuando menos de un comentario muy detallado.

21. Los proyectos de artículos 2²² y 3²³ presentados por el Relator Especial en su segundo informe no dieron lugar a divergencias de opinión apreciables. El proyecto de artículo 4²⁴ fue objeto de algunos comentarios, prin-

²¹ *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 112, documento A/CN.4/381, párr. 24.

²² El proyecto de artículo 2 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente:

«Artículo 2.—Ambito de aplicación de la presente Convención

»1. La presente Convención se aplica a los usos de los cursos de agua internacionales y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de administración, ordenación y conservación relacionadas con los usos de esos cursos de agua y de sus aguas.

»2. El uso de las aguas de los cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de la presente Convención, salvo en la medida en que otros usos de las aguas afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.»

²³ El proyecto de artículo 3 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente:

«Artículo 3.—Estados del curso de agua

»Para los efectos de la presente Convención, es Estado del curso de agua todo Estado en cuyo territorio exista un componente o una parte pertinentes de las aguas de un curso de agua internacional.»

²⁴ El proyecto de artículo 4 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente:

«Artículo 4.—Acuerdos de curso de agua

»1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención prejuzgará la validez y el efecto de un acuerdo de curso de agua especial o de los acuerdos de curso de agua especiales que, habida cuenta de las características propias del curso de agua o de los cursos de agua internacionales de que se trate, prevean medidas para la administración, ordenación, conservación y el uso razonables y equitativos del curso de agua o de los cursos de agua internacionales de que se trate o de las partes correspondientes de esos cursos de agua.

»Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sea que el acuerdo o los acuerdos especiales se hayan celebrado con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención para los Estados del curso de agua de que se trate.

»2. Todo acuerdo de curso de agua especial deberá definir las aguas a las que se aplique. Podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional o respecto de cualquiera de sus partes o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que el uso de las aguas de ese curso de agua internacional por otro Estado u otros Estados del curso de agua no resulte perjudicado apreciablemente.

»3. En la medida en que los usos de un curso de agua internacional lo requieran, los Estados del curso de agua negociarán de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos o arreglos de curso de agua.»

principalmente sobre la cuestión de si el texto revisado del párrafo 1 era preferible al texto que se había presentado en el primer informe. Hubo acuerdo general, sin embargo, en cuanto a la necesidad de que el artículo preservara y protegiera los acuerdos ya concertados, alentando en la medida de lo posible a los Estados a celebrar acuerdos sobre cursos de agua internacionales.

22. Los comentarios sobre el proyecto de artículo 5²⁵ se centraron particularmente en el párrafo 2. Algunos miembros pusieron en tela de juicio la utilidad del criterio «afectado apreciablemente», pese a reproducir al pie de la letra la redacción del párrafo 2 del artículo 4 aprobado provisionalmente por la Comisión en 1980. Otros expresaron sus dudas sobre el hecho de que el párrafo 1 permitiera a los Estados de un curso de agua ser parte en un acuerdo de curso de agua mientras que el párrafo 2 sólo les permite participar en la negociación del mismo.

23. Algunos miembros consideraron que el capítulo II, que comprendía los artículos 6 a 9, era el más importante del proyecto puesto que enunciaba los derechos y obligaciones de los Estados del curso de agua. El proyecto de artículo 6²⁶ fue objeto de prolongado debate, particularmente sobre la sustitución de las palabras «el sistema del curso de agua y sus aguas son [...] un recurso natural compartido» por las palabras «los Estados del curso de agua en cuestión compartirán la utilización de las aguas del curso de agua de manera razonable y equitativa». El Relator Especial señaló que aunque en la CDI y en la Sexta Comisión se había aceptado que los Estados del curso de agua tenían derecho a una parte razonable y equitativa de los beneficios derivados de los usos de un curso de agua internacional, el empleo del término «recurso natural compartido» como concepto había suscitado fuertes objeciones.

24. Algunos miembros de la Comisión consideraron que el texto revisado del artículo 6 constituía una no-

²⁵ El proyecto de artículo 5 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente

«Artículo 5 —Partes en la negociación y celebración de acuerdos de curso de agua»

»1 Todo Estado de un curso de agua tendrá derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo de curso de agua que se aplique a la totalidad de ese curso de agua internacional y a llegar a ser parte en el

»2 El Estado de curso de agua cuyo uso de las aguas de un curso de agua internacional pueda resultar afectado apreciablemente por la ejecución de un acuerdo de curso de agua propuesto que se aplique solo a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendrá derecho a participar en la negociación de tal acuerdo, en la medida en que su uso resulte afectado por este »

²⁶ El proyecto de artículo 6 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente

«Artículo 6 —Principios generales relativos a la participación en las aguas de un curso de agua internacional»

»1 Un Estado de un curso de agua tendrá derecho, dentro de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos de las aguas de un curso de agua internacional

»2 En la medida en que la utilización de las aguas de un curso de agua internacional dentro del territorio de un Estado de un curso de agua afecta a la utilización de las aguas del curso de agua en el territorio de otro Estado del curso de agua, los Estados del curso de agua en cuestión compartirán la utilización de las aguas del curso de agua de manera razonable y equitativa de conformidad con los artículos de la presente Convención y otros acuerdos o arreglos concertados con respecto a la ordenación, administración o utilización del curso de agua internacional »

table mejora, pues la nueva redacción proporcionaba una base más aceptable para un régimen equitativo del curso de agua internacional. Algunos miembros, en cambio, opinaron que no debería excluirse la posibilidad de que la aplicación del concepto de recursos naturales compartidos pudiera facilitar un acuerdo sobre un curso de agua para un proyecto determinado si los Estados del curso de agua interesados convenían en ello.

25. Otros miembros de la Comisión cuestionaron la supresión del concepto de «recurso natural compartido». Se dijo que la premisa de que el agua constituye un recurso natural compartido estaba consagrada en varios instrumentos internacionales y no hacía sino reflejar un hecho natural. También se comentó que sería necesario determinar en qué medida la supresión de este concepto central afectaría al resto del proyecto.

26. En sus observaciones finales sobre el proyecto de artículo 6, el Relator Especial hizo notar que el debate había mostrado que la supresión del concepto de «recurso natural compartido» en el texto revisado del artículo parecía ser generalmente aceptable. No podía aceptar, en cambio, la sugerencia hecha durante el debate de suprimir en el artículo 6 toda referencia a la «participación». En su opinión, la idea misma de redactar un acuerdo marco se basaba en la existencia de una comunidad de intereses y en una interdependencia entre los Estados del curso de agua que, por su propia naturaleza, entrañaba la participación en el uso y los beneficios de las aguas de un curso de agua internacional.

27. Algunos miembros de la Comisión expresaron su apoyo general al proyecto de artículo 7²⁷, señalando que introducía la noción de aprovechamiento, de uso y de participación en los usos de las aguas de un curso de agua internacional de forma razonable y equitativa. Se expusieron diferentes puntos de vista sobre la inclusión en el artículo de los principios de la buena fe y las relaciones de buena vecindad: mientras que algunos miembros aprobaron su inclusión, otros consideraron estos conceptos demasiado vagos e inciertos, particularmente el último. También se expresaron dudas sobre la mención de la «utilización óptima». El Relator Especial señaló que al menos la primera parte del artículo había recibido muy buena acogida, por lo que merecía mantenerse. Reconoció que la segunda parte planteaba ciertas dificultades, que esperaba pudieran resolverse satisfactoriamente. Expresó también su opinión de que la idea de «relaciones de buena vecindad» había entrado a formar parte de los conceptos de derecho internacional.

28. Varios miembros de la Comisión consideraron que el proyecto de artículo 8²⁸ era un elemento importante

²⁷ El proyecto de artículo 7 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente

«Artículo 7 —Participación equitativa en los usos de las aguas de un curso de agua internacional»

»Las aguas de un curso de agua internacional serán aprovechadas, utilizadas y compartidas por los Estados de un curso de agua de forma razonable y equitativa sobre la base de la buena fe y las relaciones de buena vecindad con la mira de lograr su utilización óptima que sea congruente con una protección y un control adecuados del curso de agua internacional y de sus componentes.»

²⁸ El proyecto de artículo 8 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente

del proyecto puesto que sería útil para determinar qué debe entenderse por «razonable y equitativa» en situaciones concretas. Otros miembros consideraron que una lista no exhaustiva de factores como la contenida en el artículo tenía una utilidad limitada. Estos últimos miembros eran de la opinión de que el artículo 8 debería quedar fundamentalmente circunscrito a la primera cláusula del párrafo 1.

29. El proyecto de artículo 9²⁹ fue objeto de amplios comentarios. Algunos miembros se manifestaron favorables en general al texto presentado por el Relator Es-

(Continuación de la nota 28.)

«Artículo 8.—Determinación de la utilización razonable y equitativa

»1. Al determinar si la utilización de las aguas de un curso de agua internacional por un Estado del curso de agua se ejerce de modo razonable y equitativo conforme al artículo 7, se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, ya sean de carácter general o específico del curso de agua internacional de que se trate. Entre otros factores, deben tenerse en cuenta los siguientes:

»a) los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos y climáticos, junto con otras circunstancias pertinentes relativas al curso de agua de que se trate;

»b) las necesidades especiales del Estado del curso de agua interesado respecto del uso o de los usos de que se trate en comparación con las necesidades de otros Estados del curso de agua;

»c) el logro de un equilibrio razonable y equitativo entre los derechos e intereses pertinentes de los Estados del curso de agua interesados;

»d) la contribución de agua al curso de agua internacional por parte del Estado del curso de agua en comparación con la de otros Estados del curso de agua;

»e) el aprovechamiento y la conservación por el Estado del curso de agua interesado del curso de agua internacional y de sus aguas;

»f) los demás usos de las aguas de un curso de agua internacional por el Estado interesado en comparación con los usos por otros Estados del curso de agua, incluida la eficacia de esos usos;

»g) la cooperación con otros Estados del curso de agua en proyectos o programas para obtener utilización, protección y control óptimos del curso de agua y de sus aguas, teniendo en cuenta la eficacia en cuanto al costo y los costos de los proyectos alternativos;

»h) la contaminación por el Estado o los Estados del curso de agua interesados del curso de agua internacional en general y como consecuencia de ese uso específico, si la hubiera:

»i) cualquier otra interferencia o cualquier otro efecto adverso, si los hubiera, de ese uso en los usos, derechos o intereses de otros Estados del curso de agua, incluidos, pero sin limitarse a ellos, los efectos adversos en los usos existentes de las aguas del curso de agua internacional por esos Estados y su repercusión en las medidas de protección y control adoptadas por otros Estados del curso de agua;

»j) la disponibilidad para el Estado interesado y para otros Estados del curso de agua de recursos hídricos alternativos;

»k) el modo y grado de cooperación establecido entre el Estado del curso de agua interesado y otros Estados del curso de agua en programas y proyectos relativos al uso de que se trate y a otros usos de las aguas del curso de agua internacional para obtener su utilización óptima, su ordenación razonable y su protección y control.

»2. La determinación, de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, del carácter razonable y equitativo de un uso se realizará mediante negociación efectuada de buena fe y en el marco de relaciones de buena vecindad entre los Estados del curso de agua interesados, encaminada a resolver las cuestiones pendientes.

»Si los Estados del curso de agua interesados no pudieren llegar a un acuerdo negociado en un plazo razonable, recurrirán a los procedimientos de solución pacífica de controversias previstos en el capítulo V de la presente Convención.»

²⁹ El proyecto de artículo 9 revisado presentado en el segundo informe decía lo siguiente:

«Artículo 9.—Prohibición de actividades relativas a un curso de agua internacional que causen perjuicio apreciable a otros Estados del curso de agua

pecial en su segundo informe y consideraron que el proyecto entero podía basarse en el principio básico allí enunciado —a saber, *sic utere tuo ut alienum non laedas*—, fundamento de los principios contenidos en los artículos 7 y 8. Otros miembros, sin embargo, insistieron en que se precisara en el artículo que la obligación de abstenerse de emprender actividades que pudieran causar «perjuicio apreciable» no es aplicable cuando en un acuerdo relativo a un curso de agua se estipule un reparto equitativo de los beneficios resultantes de esas actividades. Algunos miembros consideraron además que el criterio del «perjuicio apreciable» era demasiado estricto, y que sería preferible sustituirlo por una fórmula como «exceder de una participación equitativa del Estado» o bien «privar a otro Estado de su participación equitativa». En relación con este punto se señaló que la utilización de la palabra «perjuicio» podría dar lugar a un conflicto entre el concepto de la «participación equitativa» previsto en el artículo 6 y el de la evitación de «un perjuicio apreciable» previsto en el artículo 9. Se sugirió que ambos artículos podrían conciliarse en el artículo 9 mediante un texto que prohibiera causar un perjuicio apreciable salvo en la medida admisible con arreglo a una determinación convenida de la distribución equitativa del curso de agua de que se trate. Se señaló, finalmente, que el proyecto, tal como estaba formulado, no preveía claramente los perjuicios futuros, por ejemplo el hecho de perder la oportunidad de construir una obra o de dar a las aguas un uso determinado.

30. En su recapitulación del debate sobre el tema durante el 36.º período de sesiones, el Relator Especial reconoció que en lo tocante a algunas cuestiones básicas concernientes a los proyectos de artículos 1 a 9, las opiniones parecían diferir muy considerablemente. Propuso, en consecuencia, remitir «provisionalmente» esos artículos al Comité de Redacción, lo que daría al Relator Especial la oportunidad de recibir orientación del Comité que le permitiera redactar textos más aceptables para la Comisión en sus futuros trabajos. Así fue acordado por la Comisión³⁰.

E.—Comentarios y observaciones formulados en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre el examen del tema en la CDI durante su 36.º período de sesiones³¹

1. OBSERVACIONES GENERALES

31. Se dirigieron felicitaciones a la CDI por los apreciables progresos realizados en su examen del tema. Se señaló que a pesar de ciertas dificultades conceptuales que se habían planteado tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, los proyectos de artículos revisados pro-

«Todo Estado del curso de agua evitará y prevendrá (dentro de su jurisdicción) usos o actividades relativos a un curso de agua internacional que puedan causar perjuicio apreciable a los derechos o intereses de otros Estados del curso de agua, a menos que se prevea otra cosa en un acuerdo del curso de agua u otro acuerdo o arreglo.»

³⁰ *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 102, párr. 343.

³¹ Exposición basada en la sección F del documento «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el trigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.382), al que se remite para referencias más detalladas.

porcionaban una base general para llevar adelante los trabajos sobre el tema. A pesar de ciertas divergencias que al parecer subsistían en la CDI, parecía que los proyectos de artículos habían llegado a una fase avanzada y que los trabajos sobre el tema constituían una labor prioritaria para la CDI.

2. OBSERVACIONES SOBRE EL ENFOQUE GENERAL SUGERIDO POR EL RELATOR ESPECIAL

32. Muchos de los representantes que hicieron declaraciones sobre la cuestión elogiaron la fórmula del «acuerdo marco» adoptada para el tema, que seguía el criterio aprobado por la CDI en 1980. Se dijo que en vista de que las relaciones políticas y la disposición a cooperar entre los Estados ribereños variaban considerablemente, las reglas generales contenidas en el acuerdo marco debían ser lo bastante precisas y detalladas para salvaguardar los derechos de las partes interesadas a falta de acuerdos particulares. Con respecto a la cuestión de si el acuerdo marco debería consistir estrictamente en normas jurídicas, algunos representantes suscribieron el parecer del Relator Especial en el sentido de que tal acuerdo debería contener, además de esas normas, directrices y recomendaciones que pudieran adaptarse a acuerdos particulares sobre un curso de agua. No obstante, se señaló que los conceptos y términos generales debían ir complementados con mecanismos precisos que pudieran darles un contenido específico y evitar conflictos en casos concretos.

33. Algunos representantes expresaron dudas acerca de la fórmula del acuerdo marco. Según uno de ellos, era difícil ver en qué casos todos los Estados que compartían el mismo curso de agua se convertirían en partes en el acuerdo marco sin tener que concertar un acuerdo particular sobre el curso de agua. De todos modos, la idea de que los proyectos de artículos podían servir como un conjunto de normas modelo seguía siendo bastante atractiva. Cualquiera que fuese su forma definitiva, los proyectos de artículos podían servir de pauta para la conclusión de acuerdos sobre cursos de agua y para concretar algunas normas de fondo en la materia. Se expresó el parecer de que no se había demostrado que el proyecto que se examinaba respondiera enteramente a la definición de un acuerdo marco que los Estados pudieran adaptar a sus necesidades particulares. Según esa opinión, tal acuerdo debería consistir en un texto más flexible y más ligero.

34. Algunos representantes manifestaron su preocupación al advertir que el Relator Especial había revisado algunos de los conceptos básicos que informaban el proyecto de artículos, tales como el concepto de «sistema», la definición de un «curso de agua internacional» y la noción de «recursos naturales compartidos». Se preguntó si las nuevas definiciones constituían realmente un progreso. Por último, se instó a la Comisión y al Relator Especial a que evitaran reexaminar cada año textos que ya habían sido aprobados provisionalmente por la CDI.

3. OBSERVACIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 1 A 9 PRESENTADOS POR EL RELATOR ESPECIAL EN SU SEGUNDO INFORME

35. Las observaciones que se formularon en la Sexta Comisión sobre los proyectos de artículos 1 a 9 corres-

pondieron en gran parte a las opiniones expresadas en la CDI. Se procurará hacer aquí un breve resumen para facilitar la consulta. Se atenderá en particular a los artículos que fueron examinados con mayor atención tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, esto es, los artículos 1, 6 y 9.

36. Las opiniones expresadas en la Sexta Comisión acerca del proyecto de artículo 1, y en particular acerca de la supresión del concepto de «sistema», fueron diversas. Algunos representantes apoyaron la sustitución hecha por el Relator Especial de la expresión «sistema de un curso de agua internacional» por la expresión «curso de agua internacional». Concretamente, se dijo que el uso del concepto de «sistema» era un tanto ambiguo porque podría llevar consigo la idea de jurisdicción sobre superficies terrestres. Algunos representantes acogieron con agrado las seguridades dadas por el Relator Especial de que la nueva redacción del proyecto de artículo 1 constituía un cambio puramente terminológico y no conceptual. Otros representantes, en cambio, lamentaron que se abandonara el concepto de «sistema» que, a su juicio, era una noción rica y moderna. El abandono de esa noción significaba que se había eliminado una de las piedras angulares del proyecto. Se instó, pues, a la CDI a que volviera al criterio de «sistema», ya que no cabía desconocer el vínculo natural existente entre los diversos elementos, esto es, el hecho de que formaban un sistema.

37. Las pocas observaciones que se formularon en la Sexta Comisión sobre los proyectos de artículos 2 y 3 se hacían eco en gran parte de las expuestas en la CDI. Entre otras observaciones sobre el proyecto de artículo 4, algunos representantes criticaron la nueva versión del párrafo 1 de ese artículo porque, a su juicio, iba demasiado lejos al dar a las disposiciones comprendidas en el acuerdo marco un carácter que no permitiría a los Estados de cursos de agua hacer excepciones mediante acuerdo especial. Con respecto al párrafo 2 del proyecto de artículo 4, varios representantes criticaron el carácter vago de la expresión «apreciablemente», y sugirieron que se establecieran criterios para aclarar esa expresión. Observaciones parecidas se hicieron con respecto a la misma expresión contenida en el proyecto de artículo 5. Con respecto al proyecto de artículos en general, si bien algunos representantes manifestaron su aprobación limitada, otros expresaron dudas o reservas.

38. Varios representantes celebraron que el Relator Especial hubiese sustituido en el proyecto de artículo 6 el concepto de «recurso natural compartido» por la noción de «participación razonable y equitativa en los usos de las aguas» y consideraron que el texto revisado constituía una mejora de importancia, que permitía establecer un mayor equilibrio en este artículo en su conjunto. Algunos representantes se declararon satisfechos de las seguridades dadas por el Relator Especial de que los cambios introducidos eran de carácter terminológico y no afectaban al fondo. Consideraron que si bien la noción de partición constituía todavía la base del proyecto, lo hacía de una forma más general y evitaba los elementos doctrinales implícitos en el concepto de «recurso natural compartido».

39. Algunos representantes opinaron que el texto revisado del artículo todavía no establecía un justo

equilibrio puesto que parecía atribuir más importancia a la noción de recursos «compartidos» que al principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, que era preciso subrayar más. Por ello, según algunos representantes, había que eliminar completamente la idea de partición de cualquier forma que fuese en ese artículo.

40. Por otro lado algunos representantes lamentaron o deploraron la supresión del concepto de «recurso natural compartido». A su juicio, ese concepto subrayaba la necesidad de una interrelación de los derechos de los Estados ribereños adyacentes y constituía la base para algunas obligaciones esenciales en ese ámbito. Creían que el abandono de ese concepto, junto con la supresión de la noción de «sistema» en el proyecto de artículo 1, ponía en tela de juicio los razonamientos que informaban algunos de los proyectos de artículos. Se manifestaron dudas también con respecto a la noción de participación «razonable y equitativa».

41. El proyecto de artículo 7 fue apoyado por algunos representantes en cuanto corolario obligado del proyecto de artículo 6. No obstante, se expresaron dudas acerca de las expresiones «utilización óptima», «buena vecindad», «una protección y un control» y «compartidas» porque podían prestarse a malas interpretaciones o abusos. Hubo división de pareceres acerca del proyecto de artículo 8. Algunos representantes consideraron que los factores en él contenidos podían servir de puntos de referencia no obligatorios y no exhaustivos para determinar si las aguas se compartían de una manera razonable y equitativa. Otros representantes pusieron en duda la utilidad de incluir una larga lista no exhaustiva de factores y pidieron que la CDI examinara nuevamente esta materia.

42. Algunos representantes aprobaron el proyecto de artículo 9, que, según ellos, constituía una de las disposiciones básicas del proyecto en su totalidad. A su juicio, la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* debía ocupar un lugar privilegiado en el proyecto puesto que la obligación de no causar daño a otros Estados constituía una obligación básica que estaba reconocida como principio generalmente aceptado de derecho internacional. Al mismo tiempo, el proyecto reflejaba las tendencias más modernas por el hecho de excluir del ámbito de la prohibición los efectos perjudiciales que no rebasaran el umbral del «daño apreciable», creando así un nexo entre el tema en examen y el de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

43. Algunos representantes consideraron que la expresión «daño apreciable» debía ser objeto de una mayor aclaración para que fuera aceptable. Otros representantes opinaron que la noción de «daño apreciable» era demasiado vaga para poder ser utilizada apropiadamente en el artículo 9. Por último, ciertos representantes aludieron al conflicto que podía plantearse entre la determinación del uso razonable y equitativo del curso de agua con arreglo a lo previsto en los artículos 6 a 8, y la prohibición de actividades que causen un daño apreciable prevista en el artículo 9.

44. También se hicieron observaciones en la Sexta Comisión acerca de los capítulos III, IV, V y VI del proyecto revisado del Relator Especial, aunque con menos

amplitud que en el caso de los capítulos I y II. Puesto que tanto en la CDI como en la Sexta Comisión se centró la atención en los dos primeros capítulos, las observaciones sobre los demás capítulos no se resumirán en el presente informe.

F.—Informe preliminar del actual Relator Especial

1. PROPUESTAS RELATIVAS AL FUTURO PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE EL TEMA

45. En el informe preliminar³² que presentó en el 37.º período de sesiones de la Comisión, en 1985, el actual Relator Especial formuló dos recomendaciones acerca del futuro programa de trabajo de la Comisión sobre el tema; recomendó, en primer lugar, que el Comité de Redacción examinara los artículos 1 a 9 del proyecto, que le habían sido transmitidos en 1984, en toda la medida de lo posible en el 38.º período de sesiones en 1986, y que no se los hiciera objeto de otro debate completo en sesión plenaria, y, en segundo lugar, que el Relator Especial, al preparar otros artículos sobre el tema, siguiera la estructura general de organización del esquema de convención propuesto por el anterior Relator Especial.

46. En cuanto a su primera recomendación, el Relator Especial indicó que se proponía incluir en su segundo informe una concisa exposición de sus opiniones acerca de los nueve artículos remitidos al Comité de Redacción en 1984. Sugirió que la labor de la Comisión podría avanzar en forma más eficaz si el examen de los artículos en sesión plenaria se limitara, en principio, a las respuestas que se hubiesen formulado a las opiniones expresadas al respecto en el segundo informe del Relator Especial.

47. En cuanto a su segunda recomendación, el Relator Especial indicó que tenía la intención de presentar en su segundo informe una serie de artículos de tamaño y alcance no muy extensos, que se referirían a algunos de los temas incluidos en el capítulo III del esquema de convención.

2. EXAMEN DE LAS PROPUESTAS DEL RELATOR ESPECIAL POR LA COMISIÓN, EN SU 37.º PERÍODO DE SESIONES EN 1985³³

48. Los miembros de la Comisión que formularon observaciones acerca del informe preliminar del Relator Especial manifestaron en general que estaban de acuerdo con la intención expresada por éste de seguir consolidando en toda la medida de lo posible los progresos ya alcanzados. Se insistió en particular en la importancia de no perder el menor impulso posible al continuar los trabajos sobre la materia, especialmente en razón del urgente y grave problema de agua dulce a que hacía frente la humanidad.

49. Se reconoció al mismo tiempo que el tema era difícil y delicado. Se recordó que en 1984 no se había llegado a un consenso respecto de algunas de las principales cuestiones que planteaban los artículos 1 a 9 remitidos en ese año al Comité de Redacción y se expresó, por lo

³² *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 91, documento A/CN.4/393.

³³ Véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 76, párrs. 284 a 289.

tanto, la opinión de que era necesario someterlas a un nuevo debate. Se observó que ese debate podía tener lugar en el contexto del examen del segundo informe del Relator Especial, que contendría una breve exposición de sus opiniones acerca de las principales cuestiones que suscitaban esos artículos.

G.—Observaciones formuladas en la Sexta Comisión de la Asamblea General respecto del examen del tema por la CDI en su 37.º período de sesiones³⁴

50. Varios representantes, en sus observaciones relativas al examen del tema por la CDI en su 37.º período de sesiones, en 1985, indicaron que estaban de acuerdo con las propuestas del actual Relator Especial sobre la manera en que la CDI podría seguir adelante su labor sobre el tema. Se expresó satisfacción por el hecho de que la CDI tuviese la intención de consolidar los progresos ya realizados y tratar de avanzar más mediante la aprobación provisional de proyectos de artículos³⁵. Varios representantes mencionaron la importancia y urgencia que revestía el tema³⁶.

51. Sin embargo, algunos representantes expresaron dudas acerca de que el tema se prestara a la codificación o a la reglamentación universal habida cuenta de los distintos tipos de cursos de agua que existían y de las distintas opiniones en la materia. Se dijo que, en esas circunstancias, era preferible que las obligaciones relativas a los cursos de agua internacionales quedasen establecidas en acuerdos regionales y no en una convención internacional. A juicio de esos representantes, la Comisión de-

³⁴ Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.398), secc. G.

³⁵ *Ibid.*, párr. 448.

³⁶ *Ibid.*, párrs. 445 y 446.

bería, pues, limitarse a formular directrices y recomendaciones generales³⁷.

52. A juicio de otros representantes, de hecho era posible, sobre la base de la labor ya realizada, formular normas generales relativas a los cursos de agua internacionales, así como normas encaminadas a facilitar la cooperación entre los Estados ribereños con miras a mejorar la ordenación de esos cursos de agua³⁸. También se expresó apoyo al método del acuerdo marco³⁹, así como a la idea de que los Estados utilizaran el esquema de convención que había preparado el anterior Relator Especial como modelo para la concertación de acuerdos en la materia⁴⁰.

53. Como ya se ha indicado (párr. 50 *supra*), varios representantes tomaron nota con satisfacción de que la Comisión se proponía seguir consolidando los progresos ya realizados. Al mismo tiempo, algunos representantes indicaron que no había que descartar la posibilidad de examinar los elementos de fondo de algunos de los artículos ya remitidos al Comité de Redacción, habida cuenta de la importancia y la complejidad del tema y de que, a su juicio, no se había llegado a un consenso acerca de algunas de las principales cuestiones⁴¹.

³⁷ *Ibid.*, párr. 452, y, por ejemplo, las observaciones del representante de la URSS (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 25.ª sesión*, párr. 56) y del representante de Viet Nam (*Documentos Oficiales...*, 27.ª sesión, párr. 79).

³⁸ Véase «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párr. 454, y, por ejemplo, las observaciones del representante de España (*Documentos Oficiales...*, 32.ª sesión, párr. 78). El representante del Iraq expresó que le asombraba haber escuchado manifestar dudas en cuanto a la viabilidad del tema y su importancia vital para los Estados «habida cuenta de que no se habían expresado tales opiniones en la CDI» (*Documentos Oficiales...*, 29.ª sesión, párr. 10).

³⁹ «Resumen por temas...» (A/CN.4/L.398), párr. 455.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 456.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 458, y las observaciones del representante de Bulgaria (*Documentos Oficiales...*, 27.ª sesión, párr. 30).

CAPÍTULO II

Artículos 1 a 9 presentados por el anterior Relator Especial y remitidos al Comité de Redacción en el 36.º período de sesiones, en 1984

54. El actual Relator Especial, al recomendar en su informe preliminar que los artículos 1 a 9 remitidos al Comité de Redacción en 1984 no fuesen objeto de otro debate general en 1986, manifestó que le parecía conveniente incluir en su segundo informe una breve exposición de sus opiniones acerca de esos artículos. Esas disposiciones se referían a muchos de los mismos problemas a que se referían los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en 1980, a saber, el alcance del proyecto, la definición de los Estados del «sistema» o del «curso de agua», la definición de los acuerdos de «sistema» o de «curso de agua» y la determinación de los Estados que tenían derecho a participar en la negociación de esos acuerdos y hacerse partes en ellos y la utilización compartida de las aguas de un curso interna-

cional. En los artículos remitidos al Comité de Redacción en 1984 figuraba también una «explicación» (definición) de la expresión «curso de agua internacional» (art. 1), se daba una lista no exhaustiva de los factores que habrían de tenerse en cuenta en la determinación de qué constituía una utilización razonable y equitativa (art. 8) y se consignaba la prohibición de las actividades que pudieran causar un daño apreciable a otros Estados del curso de agua (art. 9). Los artículos aprobados en 1980 incluían también un artículo X titulado «Relación entre los presentes artículos y otros tratados en vigor», y estaban acompañados de una «hipótesis provisional de trabajo» en cuanto al sentido de la expresión «sistema de un curso de agua internacional» (véase párr. 5 *supra*).

55. La Comisión, al remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos 1 a 9 presentados por el anterior Relator Especial, expresó que entendía que «el Comité de Redacción dispondría también del texto de la hipótesis de trabajo provisional aceptada por la Comisión en su 32.º período de sesiones, en 1980, el texto de los artículos 1 a 5 y X aprobados provisionalmente por la Comisión en el mismo período de sesiones y el texto de los artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe»⁴². El actual Relator Especial partirá de la base de que el Comité de Redacción seguirá teniendo a la vista esos textos en sus deliberaciones.

56. Es evidente que los artículos remitidos al Comité de Redacción en 1984 se refieren a conceptos y principios que sirven de base para todo el proyecto. En algunos aspectos, esos artículos son paralelos a los aprobados en 1980; en otros, se apartan considerablemente de los textos anteriores e incluso van más allá. En todo caso, ambos conjuntos de artículos tienen como base las lecciones que arrojaron los debates en la CDI y en la Sexta Comisión a partir de 1974. Algunas de las discrepancias existentes entre los dos conjuntos de artículos reflejan las diferencias de opiniones en la CDI y en la Sexta Comisión respecto de principios e ideas básicos. Otras tal vez no hagan más que reflejar preferencias del anterior Relator Especial en cuanto a redacción y estilo. En todo caso, el actual Relator Especial tiene cabal conciencia de que, al formular artículos sobre el tema, ni él ni la CDI parten de una *tabula rasa*. En consecuencia, tratará de ofrecer orientación que, en la medida de lo posible, aproveche la experiencia acumulada por la Comisión respecto del tema y sirva para evitar los obstáculos que se han presentado en el pasado.

A.—Observaciones generales

57. Varios elementos generales del método provisional adoptado por el Relator Especial para el tema son aplicables al proyecto en su conjunto y tienen particular validez, en razón de su carácter básico, respecto de los primeros artículos. Dado que esos elementos se refieren a todo el grupo de nueve artículos que se están examinando, tal vez lo más conveniente sea indicarlos desde el principio para evitar repeticiones.

58. En primer lugar, el Relator Especial desea insistir en la importancia de tener presente constantemente el carácter singular del tema. Se ha encomendado a la Comisión la codificación y el desarrollo progresivo de normas jurídicas que se aplican a fenómenos físicos⁴³; evi-

dentemente, la Comisión no puede dejar de tener en cuenta esos fenómenos, ni la práctica estatal en la materia, al formular artículos destinados a servir de marco para la reglamentación, a falta de acuerdo, de las relaciones entre Estados respecto de cursos de agua internacionales. Como la CDI señaló en su informe sobre su 31.º período de sesiones: «Puede decirse que las consecuencias internacionales de las propiedades físicas del agua son que el agua no estaba circunscrita por fronteras políticas y que puede transmitir a una región los cambios o los efectos de los cambios ocurridos en otra»⁴⁴.

59. El segundo elemento general del método adoptado por el Relator Especial consiste en que, al redactar artículos sobre el tema, la Comisión ha de procurar que sean tan sencillos como resulte posible. Hay que tener presente que el método aprobado por la CDI, y hecho suyo por la Sexta Comisión, consiste en la preparación de un acuerdo marco que contenga principios y normas generales de carácter residual y sirva de directriz para la negociación de acuerdos en el futuro. El Relator Especial se atrevería a manifestar que, habida cuenta de ese objetivo, el intento de abarcar muchos detalles o impartir muchas directrices podría resultar contraproducente y llevar demasiado tiempo. Además, el concepto mismo de acuerdo marco significa que el instrumento contiene las normas jurídicas fundamentales que han de regir las relaciones entre Estados respecto de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En consecuencia, el Relator Especial se atrevería a sugerir que, al menos en un principio, la Comisión centrara su atención en la elaboración de los principios jurídicos básicos en la materia. Una vez cumplida esa tarea, la Comisión podría considerar si sería conveniente pasar a formular recomendaciones relativas a las diversas formas de disposiciones no obligatorias como, por ejemplo, el establecimiento de mecanismos institucionales para el cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos.

B.—Observaciones relativas a los aspectos más destacados de los artículos remitidos al Comité de Redacción en 1984

1. LA DEFINICION DE «[SISTEMA DE] CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES»

60. Los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en 1980 no incluían una definición de la expresión «curso de agua internacional» ni de la expresión un tanto más concreta que utilizaban, «sistema de un curso de agua internacional». En cambio, la Comisión decidió ese año partir de la base de una hipótesis provisional de trabajo en cuanto a la acepción de la expresión «sistema de un curso de agua

⁴² *Anuario*. 1984, vol. II (segunda parte), pag 92, parr 280 y nota 285

⁴³ La importancia de este aspecto hizo que el segundo Relator Especial para el tema, el Sr. Schwebel, dedicase gran parte de su primer informe a un examen de las características más destacadas del agua que eran pertinentes al tema. En la introducción de ese examen señalaba

«Habida cuenta de la ineluctable repercusión de la naturaleza del agua en todo intento de codificación del derecho de los cursos de agua internacionales, tal vez sea conveniente resumir, a guisa de introducción, las nociones básicas de las características físicas distintas de este elemento. El agua que fluye por el cauce de los ríos presenta, a estos efectos, tres aspectos relevantes a) el ciclo hidrológico; b) la autopurificación, c) las variaciones de cantidad y flujo» [*Anuario*. 1979, vol II (primera parte), pag 148, documento A/CN.4/320, parr. 8]

⁴⁴ *Anuario* 1979, vol II (segunda parte), pag 196, parr 118. Herbert A. Smith señaló en su obra fundamental, *The Economic Uses of International Rivers*, Londres, King, 1931, que:

«El primer principio consiste en que todo sistema fluvial es, por su naturaleza, una unidad física indivisible y, como tal, su ordenación debe apuntar a que sirva en la mayor medida posible a toda la comunidad de seres humanos que lo usa, este o no esa comunidad dividida en dos o más jurisdicciones políticas [...]» (Pags 150 y 151)

internacional»⁴⁵. Esa decisión era resultado del hecho de que la Comisión, en 1980, había seguido «teniendo presente que en 1976 había llegado al acuerdo general de que no era preciso examinar al principio de los trabajos la cuestión del alcance de la expresión “cursos de agua internacionales”»⁴⁶.

61. El anterior Relator Especial, en su primero y en su segundo informe, incluyó como artículo 1 de su proyecto una «explicación (definición) de la expresión “sistema de un curso de agua internacional” a los efectos de la presente Convención». La «explicación (definición)» incluía algunos de los elementos de la hipótesis elaborada por la Comisión en 1980 y añadía otros. En el 35.º período de sesiones de la Comisión, en 1983, la opinión estaba dividida en cuanto a la conveniencia de redactar una definición en esa primera etapa de la labor de elaboración del proyecto de artículos⁴⁷. De hecho, de los miembros de la Comisión que se refirieron concretamente a esta cuestión (primera ocasión en que el anterior Relator Especial propuso un artículo que incluyera una definición), todos eran partidarios de dejar de lado por el momento la cuestión de una definición. Varios apoyaron expresamente la idea de partir de la base de una hipótesis de trabajo, como la «nota» formulada en 1980; otros simplemente expresaron que se oponían a una definición, sin indicar si eran o no partidarios de una hipótesis de trabajo.

62. Las opiniones de la Comisión estaban también divididas en 1983 y 1984 respecto del concepto de «sistema». De los miembros que se refirieron a la cuestión, algunos creían que era un componente esencial del proyecto ya que reflejaba o describía una realidad hidrológica mientras otros consideraban que, en sustancia, era equivalente al concepto de «cuenca» que se había considerado ya inadecuado, y, por último, otros simplemente consideraban que el concepto era demasiado lato. Así, de los miembros que no se opusieron en 1983 a la idea de un artículo que incluyera una definición, algunos manifestaron dudas, en diverso grado, en cuanto a la utilidad

⁴⁵ En su informe sobre su 32.º período de sesiones la Comisión explica que:

«La Comisión no se proponía, por el momento, preparar una definición de los cursos de agua internacionales ni de los sistemas de cursos de agua internacionales que fuera definitiva y que vinculase a la Comisión o a los Estados. Antes bien, lo que pretendía era preparar una hipótesis de trabajo, susceptible de mejoramientos e incluso de cambios, que diese a quienes tenían que formular y criticar el proyecto de artículos una indicación del alcance de estos.» [*Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párr. 89.]

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 88.

⁴⁷ Los miembros de la Comisión que expresaron su oposición a un artículo que incluyera una definición eran el Sr. Calero Rodríguez (*Anuario... 1983*, vol. I, pag. 207, 1787.ª sesión, párr. 12); el Sr. Díaz González (*ibid.*, pag. 216, 1788.ª sesión, párr. 27); el Sr. Barboza (*ibid.*, pag. 218, 1789.ª sesión, párr. 4), quien coincidía con la opinión expresada en 1976 por el Sr. Francis Vallat en el sentido de que «tratar de formular una definición [antes de examinar los usos de los cursos de agua internacionales] no haría sino obstaculizar innecesariamente los trabajos de la Comisión» (*Anuario... 1976*, vol. I, pag. 288, 1407.ª sesión, párr. 19); el Sr. Jagota, que apoyaba la idea de transformar el artículo 1 en una nota (*Anuario... 1983*, vol. I, pag. 225, 1790.ª sesión, párr. 14), el Sr. Razafindralambo, que coincidía con el Sr. Jagota en que «de momento se deje a un lado la cuestión polémica de la definición» (*ibid.*, pag. 227, párr. 29), y el Sr. Mahiou, quien señaló que «la Comisión debe seguir el enfoque prudente que ha adoptado en el pasado y que, en la etapa actual, no es necesaria una definición del término “sistema de un curso de agua internacional”» (*ibid.*, pag. 245, 1793.ª sesión, párr. 8).

del concepto de «sistema». En 1984, otros miembros expresaron insatisfacción por el hecho de que a la sazón el Relator Especial hubiese dejado de lado el concepto de «sistema».

63. Las consideraciones que anteceden indican que la preparación de una definición aceptable de «curso de agua internacional» o de «sistema de un curso de agua internacional» bien podría llevar a la Comisión todo el tiempo disponible para el tema en su 38.º período de sesiones. Cabe preguntarse si se justificarían tanto tiempo y esfuerzo desde el punto de vista del resto del proyecto. A juicio del Relator Especial, la respuesta sería negativa. Tal como determinó la Comisión en 1980, mientras exista un entendimiento provisional acerca de la acepción del término, la definición de «curso de agua internacional» no parecería un requisito previo para avanzar en la preparación de un proyecto de artículos; de hecho, bien podría ocurrir que al dejar de lado esta cuestión por el momento se acelerara esa labor. Por lo tanto, el Relator Especial recomendaría que la Comisión partiera de la base de la hipótesis provisional de trabajo formulada y aceptada en 1980. Así, pues, a menos que la Comisión prefiera que el Comité de Redacción examine el texto del proyecto de artículo 1 que le fue remitido en 1984, el Relator Especial propondría que, por el momento, se dejase de lado esa disposición.

2. ACUERDOS RELATIVOS A CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES

64. Los artículos 3 y 4, aprobados provisionalmente por la Comisión en 1980 y titulados «Acuerdos de sistema» y «Partes en la negociación y celebración de acuerdos de sistema», respectivamente, prevén concretamente la posibilidad, tácita en el concepto de acuerdo marco, de que se concierten acuerdos relativos a determinados cursos de agua internacionales. En su primer informe, el anterior Relator Especial reprodujo literalmente el texto de esas disposiciones como artículos 4 y 5 de su proyecto. En su segundo informe, sin embargo, propuso cambios de fondo en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, en vista de que cierto número de Estados había señalado con preocupación que el artículo propuesto inicialmente habría podido debilitar considerablemente los acuerdos existentes⁴⁸. Sin embargo, esos cambios suscitaron también preocupación en cuanto a los efectos que tendrían sobre la validez de los acuerdos vigentes⁴⁹. El anterior Relator Especial «reconoció que el párrafo 1 de la nueva versión podía ser objeto de una nueva formulación teniendo en cuenta el texto del párrafo 1 del artículo 3 aprobado provisionalmente en 1980 por la Comisión»⁵⁰. El actual Relator Especial considera que

⁴⁸ *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 95 y 96, párr. 304.

⁴⁹ *Ibid.*, pag. 96, párr. 305.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 307. Hay que señalar que tampoco el artículo 3 aprobado provisionalmente en 1980 había quedado absolutamente al margen de la polémica. El comentario de la Comisión sobre el artículo consigna que «algunos de sus miembros no lo aceptaron» (*Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pag. 114, párr. 36). Las dos razones indicadas para esa posición eran, en primer lugar, que no estaba suficientemente claro que el derecho de «los ribereños de un curso de agua internacional [...] de concertar los acuerdos que deseen [...] no podía depender en modo alguno del proyecto de artículos» (*ibid.*) y, en segundo lugar, que «el proyecto de artículos no podía disponer que los ribereños de un curso de agua internacional “negociarán de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de sistemas”» *ibid.*). En cuanto

constituye esta una base adecuada para la labor relativa a ese artículo⁵¹

65 La otra disposición introductoria que se refiere a acuerdos concretos sobre cursos de agua internacionales es el artículo 4, aprobado provisionalmente en 1980, y el proyecto de artículo 5 presentado por el anterior Relator Especial en 1984. El proyecto de artículo 5 se refiere al derecho de participar en la negociación de un acuerdo y no a la obligación de negociar, cuestión comprendida en el párrafo 3 del proyecto de artículo 4 presentado en 1984. El párrafo 1 se refiere a los acuerdos aplicables a todos los cursos de agua, mientras que el párrafo 2 se refiere a los que solo se aplican a parte del curso de agua o a un determinado proyecto, programa o uso. En el primer caso, todos los Estados de un «sistema» o de un «curso de agua» tendrían derecho no solo a participar en las negociaciones sino también a hacerse partes en el acuerdo mientras que, en el segundo, solo los Estados cuyo uso de las aguas podría resultar «afectado apreciablemente» por el acuerdo tendría derecho a participar en la negociación de él, pero tampoco ellos tendrían derecho a hacerse partes en el acuerdo.

(Continuación de la nota 50.)

a la primera razón, no parece haber desacuerdo sobre el principio de que el proyecto no debe desalentar a los Estados de concertar acuerdos (en todo caso, tendría que hacer lo contrario) ni afectar a los acuerdos vigentes. De ser así, lo único que queda por hacer es encontrar una redacción aceptable. En cuanto a la segunda razón, no parece que la «obligación de negociar» sea *per se* la fuente de dificultades, más bien, parece serlo la cuestión de que Estados tienen derecho a participar en las negociaciones. (Cabe señalar que en los informes de la Comisión sobre sus periodos de sesiones 35 ° (1983) y 36 ° (1984) no se consigna comentario alguno acerca de la obligación de negociar que se establece en el párrafo 3.) Las reservas expresadas en 1980 parecen dimanar principalmente de la incertidumbre en cuanto a si el método del «sistema» daría por sí solo derecho a los Estados a participar en negociaciones en los casos en que esos Estados no lo tendrían porque el acuerdo no surtiría efectos respecto de ellos. A juicio del Relator Especial, esta dificultad puede resolverse, dejando de lado la cuestión del método del «sistema», mediante un texto y un comentario en que se establezcan claramente los Estados que tienen un interés legítimo en participar en las negociaciones.

Al examinar los efectos del proyecto de artículos sobre los tratados vigentes y la obligación de negociar, tal vez proceda recordar que el artículo X, provisionalmente aprobado en 1980, al tiempo de preservar los tratados sobre determinados cursos de agua que estuviesen vigentes, estaba sujeto a la obligación de negociar contenida en el párrafo 3 del artículo 3, aprobado provisionalmente ese mismo año. En el comentario de la Comisión al artículo X se explica que

«[] la vigencia de un tratado relativo a un sistema de curso de agua internacional determinado no podrá por sí misma eximir a los Estados del sistema de ese curso de agua de una obligación de negociar de buena fe con el fin de celebrar uno o varios acuerdos del sistema. La aplicabilidad de esa última obligación [] no depende de que exista o no un acuerdo internacional vigente relativo al curso de agua de que se trate, sino de que —habida cuenta de las disposiciones y los efectos del acuerdo vigente, así como de otros factores— los usos de un sistema de un curso de agua internacional requieran esas negociaciones.» [Anuario 1980, vol II (segunda parte), pag 133, parr 3.]

⁵¹ El Relator Especial no deja de tener presentes los demás elementos a que se refiere el proyecto de artículo 4 presentado en 1984 pero, como fueron objeto de menos comentarios en ese año que la cuestión de los efectos del párrafo 1 sobre los acuerdos vigentes, no recargará más esta sección del presente informe refiriéndose en forma separada a ellos. Baste por el momento señalar que considera que tanto el párrafo 2 como el 3 son importantes, aunque lo dispuesto en la segunda oración del párrafo 2 puede quedar comprendido en la prohibición de causar un dano apreciable que figuraba en el proyecto de artículo 9 presentado por el anterior Relator Especial. En cuanto a la obligación de negociar de buena fe enunciada en el párrafo 3, cabe remitirse a la nota precedente.

66 El anterior Relator Especial explicó que el texto revisado del proyecto de artículo 5 presentado en 1984 «había tomado como modelo el texto del artículo 4, aprobado provisionalmente por la Comisión en 1980 [], excepto la supresión del concepto de “sistema”». Se plantearon interrogantes en la Comisión en cuanto a la palabra «apreciablemente», empleada en el párrafo 2 del artículo, y a las diferencias entre los derechos previstos en los párrafos 1 y 2. Se sugirió también que se volviera a incluir en el texto del párrafo 2 la referencia al artículo 4. Por último, «se expresó la opinión de que al abandonar el enfoque del “sistema” el artículo había perdido su utilidad y significado»⁵²

67 A juicio del actual Relator Especial, el proyecto debería incluir el artículo 5 o una disposición similar. En los casos en que el acuerdo fuese aplicable a todo un (sistema de) curso de agua, no parecería haber mayor razón para excluir al Estado cuyo territorio atravesara parte del curso de agua de participar en su negociación o de la posibilidad de hacerse parte en él⁵⁴. Además, tanto la buena ordenación de los cursos de agua como la práctica real de los Estados van en apoyo de tal método. En su comentario al artículo 3, aprobado provisionalmente en 1980, la Comisión tomó nota del hecho de que

[] en opinión de los especialistas en esta materia, la forma más eficaz y provechosa de regular las cuestiones relacionadas con un curso de agua era tomar este en su totalidad y que este método de incluir a todos los Estados ribereños se había adoptado, en particular, en los tratados relativos a las cuencas del Amazonas, el Plata, el Níger y el Chad []⁵⁵

⁵² Anuario 1984, vol II (segunda parte), pag 96, parr 308

⁵³ Ibid, pag 97, parrs 309, 310 y 312

⁵⁴ Como el Sr. Schwebel indica en su segundo informe

«[] Es cierto que probablemente habrá acuerdos de sistema que presenten poco interés para uno o varios de los Estados del sistema. Pero como las disposiciones de esos acuerdos están destinadas a aplicarse a todo el sistema, el fin del acuerdo se frustraría si no se diera a todos los Estados del sistema la oportunidad de participar.» [Documento A/CN.4/332 y Add.1 (vease nota 11 *supra*), parr 106.]

Cabría agregar que debería quedar librada a cada Estado la determinación de si se vería afectado por un acuerdo relativo a un curso de agua que atravesara su territorio o fuera contiguo a él y, por lo tanto, si tendría interés en ese acuerdo.

⁵⁵ Anuario 1980, vol II (segunda parte), pag 110, parr 7, con referencia al primer informe del Sr. Schwebel [documento A/CN.4/320 (vease nota 10 *supra*), parrs 98 a 100]. Véanse el Tratado de Cooperación Amazónica (1978) [International Legal Materials, Washington (D.C.), vol XVII, 1978, pag 1045], el Tratado de la Cuenca del Plata (1969) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 875, pag 3), el Acta relativa a la navegación y la cooperación económica entre los Estados de la Cuenca del Níger (1963) (*ibid*, vol 587, pag 9), y la Convención y el Estatuto relativos al aprovechamiento de la Cuenca del Chad (1964) [Journal officiel de la République fédérale du Cameroun, Yaoundé, 4 ° año, N ° 18, 15 de septiembre de 1964, pag 1003 (textos frances e inglés), véase también B. Ruster y B. Simma, eds., *International Protection of the Environment* [Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, Inc., 1977], vol XI, pag 5633].

Con respecto a las ventajas de regular las cuestiones relacionadas con un curso de agua en su integridad, véase, por ejemplo, Naciones Unidas, *Desarrollo integrado de las cuencas hidrográficas*, informe de un grupo de expertos (N ° de venta S 70 II A 4), pag 1.

«La necesidad de desarrollar esas cuencas en forma integrada nace de la relación que existe entre la cantidad de agua disponible y en el uso que se le pueda dar en los diversos sectores de una zona de captación. En la actualidad, todo el mundo reconoce que en la mayoría de los casos no es posible iniciar una obra hidráulica, tenga una o múltiples finalidades, obteniendo los máximos beneficios para la población a la que afecta, sin preparar de antemano, por lo

68 Cabe aplicar analogas consideraciones a la situacion prevista en el parrafo 2 del proyecto de articulo 5, es decir, cuando el acuerdo se aplica solo a una parte del sistema de un curso de agua internacional o a un proyecto, programa o uso particular del sistema. Supongamos, por ejemplo, que la cuenca de un rio riega partes de los Estados A, B y C, y que los Estados A y B consideran la posibilidad de concertar un acuerdo relativo a una parte de esa cuenca cuya aplicacion surtiria un efecto perjudicial (es decir, un efecto adverso apreciable) para el Estado C. Aunque el acuerdo versaria unicamente sobre una parte de la cuenca fluvial, su aplicacion produciria efectos en otras partes del sistema y, en este ejemplo, en el territorio de Estados no partes en el acuerdo.⁵⁶ En tales circunstancias, los argumentos que avalan la participacion de todos los Estados del sistema o del curso de agua en los acuerdos que se apliquen a la totalidad del sistema de un curso de agua se aplican con igual o mayor pertinencia.⁵⁷ Como hizo observar la Comision, en relacion con una hipotesis similar, en su

menos en lineas generales, el plan que ha de seguirse en toda la zona »

Vease asimismo Naciones Unidas, *Ordenacion de los recursos hidraulicos internacionales: aspectos institucionales y juridicos, informe del Grupo de Expertos sobre los aspectos juridicos e institucionales del desarrollo de los recursos hidraulicos internacionales*, Recursos naturales/Serie de agua N° 1 (N° de venta S 75 II A 2), parr 28.

«A pesar de que la mayoría de los Estados poseen recursos hidraulicos en varias cuencas y de que los recursos hidraulicos disponibles deben considerarse en su totalidad a los efectos de la programacion nacional, se ha visto que las aguas de la zona geografica de una cuenca determinada constituyen una unidad conceptual decisiva y, en consecuencia, sumamente util para establecer el regimen juridico y organizar la cooperacion y colaboracion con respecto al desarrollo, conservacion y aprovechamiento de los recursos hidraulicos »

Vease un analisis mas detallado en el mismo sentido en Naciones Unidas, *La planificacion a long terme de la gestion des ressources en eau*, Actes du Seminaire sur la planificacion a long terme de la gestion des ressources en eau, Zlatni Piasatz (Bulgaria), 17 a 22 de mayo de 1976, vol I (N° de venta F 76 II E 27), primera parte secc B, parrs 59 a 61.

⁵⁶ Un ejemplo similar figuraba en el segundo informe del Sr. Schwebel y la Comision lo repitio en el comentario al articulo 4 aprobado provisionalmente en 1980.

«[] Los Estados A y B, cuya frontera comun es el rio Styx, con vien en que cada uno de ellos podra desviar un 40% de la corriente del rio para el consumo domestico, la industria y el riego en un punto situado a 25 millas aguas arriba del Estado C, que el Styx atraviesa despues de salir del territorio de los Estados A y B. Como consecuencia de esa desviacion, la cantidad total de agua del rio de que dispondra el Estado C, incluido el flujo de retorno en los Estados A y B, se reducira en un 25% con respecto a la que hubiera tenido de no efectuarse la desviacion » [A/CN.4/332 y Add.1 (vease nota 11 *supra*), parr 109, y *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), pag 115, parr 4.]

Otro ejemplo en el que se produciria un efecto evidente para el Estado C seria la concertacion de un acuerdo entre los Estados A y B para construir una instalacion o cooperar en una actividad cuyos residuos se vertieran en el curso de agua o fueran a parar a el por los efectos naturales del drenaje, cuando estos residuos hicieran inutilizables las aguas para uno o mas de los usos preexistentes del Estado C.

⁵⁷ En efecto, los argumentos pueden incluso cobrar una mayor pertinencia ya que, como se senalo anteriormente (nota 52 *supra*) pueden existir acuerdos cuya aplicacion este prevista a toda la cuenca o sistema fluvial y que, sin embargo, ofrezcan poco interes para uno o varios de los Estados en cuyos territorios se localiza parte de la cuenca o sistema. En la presente hipotesis, no obstante, el acuerdo de que se trata, aunque aplicable unicamente a una parte de la cuenca fluvial, afectaria indudablemente al Estado C, y, por consiguiente, comprometeria sus intereses.

comentario al articulo 4 aprobado provisionalmente en 1980.

La cuestion no consiste en si los Estados A y B estan juridicamente facultados para concertar tal acuerdo⁵⁸, sino en determinar si un tratado que ha de establecer principios generales de orientacion a los Estados para la celebracion de acuerdos sobre la utilizacion del agua dulce debe contener un principio que asegure al Estado C la posibilidad de participar, como parte eventual, en las negociaciones acerca de las medidas que se proponen adoptar los Estados A y B que reduzcan considerablemente la cantidad de agua que fluye a traves del territorio del Estado C.⁵⁹

69 Al aprobar provisionalmente el articulo 4 en 1980, la Comision dio una respuesta afirmativa a esta ultima cuestion. El Relator Especial sostiene que esta respuesta esta justificada por dos razones: en primer lugar, es conforme a los principios generalmente aceptados que rigen la ordenacion de los cursos de agua ya que hacen intervenir a todos los Estados potencialmente afectados en el proceso de planificacion y, en segundo lugar, se intenta prevenir las controversias dimanantes de perjuicios causados al Estado C, al permitirle exponer sus preocupaciones en la fase de planificacion.⁶⁰ La politica implicita en la segunda de las razones halla tambien su expresion en el capitulo III del proyecto presentado por el anterior Relator Especial⁶¹, algunos de cuyos aspectos se trataran en porciones subsiguientes de este informe.

⁵⁸ El actual Relator Especial recuerda al respecto que en virtud de las disposiciones del parrafo 2 del articulo 3, en su forma provisionalmente aprobada en 1980, y del parrafo 2 del articulo 4 propuesto por el anterior Relator Especial, no se permitiria a los Estados A y B concertar un acuerdo con respecto a una parte de un «sistema de un curso de agua internacional» si dicho acuerdo afectara apreciablemente el uso de las aguas del curso de agua internacional por otro «Estado del sistema». Ademias, la aplicacion de dicho acuerdo en detrimento del Estado C pareceria quedar excluida a tenor del articulo 9, en la version propuesta por el anterior Relator Especial, en el que se prohíbe producir un perjuicio apreciable. Como se hace observar en el comentario de la Comision al articulo 3, dichos resultados:

«[] irian contra los principios fundamentales que [] rigen los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegacion, tales como el derecho de todos los Estados del sistema a participar equitativamente en el uso de las aguas y la obligacion de todos los Estados del sistema de no utilizar sus propias aguas de modo que cause un dano a los otros » [*Anuario 1980*, vol II (segunda parte), pag 111, parr 14.]

⁵⁹ *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), pag 115, parr 5, reproducido del segundo informe del Sr. Schwebel [documento A/CN.4/332 y Add.1 (vease nota 11 *supra*), parr 110.]

⁶⁰ Por supuesto, la Comision tendra la oportunidad de volver a examinar las consideraciones relativas a la planificacion cuando pase a tratar el tema de la notificacion de los proyectos o programas que pueden causar un perjuicio apreciable. Esta cuestion se trata en los articulos 11 a 14 presentados por el anterior Relator Especial. Veanse tambien los parrafos 3 a 9 del articulo 8 presentados en el tercer informe del Sr. Schwebel [documento A/CN.4/348 (vease nota 14 *supra*), parr 156.] El elemento esencial de estas disposiciones pareceria ser la exigencia de que los Estados A y B, en la hipotesis anteriormente contemplada, notifiquen al Estado C cualquier medida que vayan a tomar, en aplicacion del acuerdo que han concertado, que pudiera causar perjuicios apreciables a los intereses del Estado C. El Estado C tendria entonces la oportunidad de determinar si las medidas propuestas perjudicarian apreciablemente sus intereses y, de ser asi, los Estados A y B tendrian el deber de evacuar las consultas necesarias con el Estado C con miras a introducir las modificaciones pertinentes para evitar un perjuicio apreciable al Estado C (A menos que proponcion una indemnizacion aceptable para el Estado C). Pareceria probable que en muchos casos, si se permitiera participar al Estado C desde el principio en la negociacion del acuerdo se obviaria la necesidad de recurrir a estos procedimientos y, de este modo, se ahorraria tiempo y gastos a los Estados interesados.

⁶¹ Vease las referencias y el debate en la nota anterior.

70. Además, estas consideraciones parecerían apoyar el derecho del Estado C no sólo a participar en la negociación del acuerdo, sino también a ser parte en él. El artículo 4, en su forma provisionalmente aprobada en 1980, no incluía este derecho⁶². Empero, en el comentario a ese artículo figuran expresiones que parecerían apoyar el reconocimiento de dicho derecho al Estado C: [...] si la aplicación de las disposiciones de un tratado relativo a una parte o aspectos de un curso de agua puede afectar apreciablemente al uso de las aguas por un Estado, el ámbito de aplicación del acuerdo se extiende necesariamente al territorio de ese Estado⁶³.

El hecho de que el ámbito del acuerdo se extienda de este modo al territorio del Estado C colocaría la situación en el ámbito del principio del párrafo 1 del proyecto de artículo 5. Como se señaló anteriormente, el Estado C, en virtud de los efectos adversos sobre su uso del agua, posiblemente tenga mayor interés en el acuerdo del ejemplo hipotético que el que pudieran aducir uno o varios Estados «del curso de agua» o «del sistema» en un acuerdo que se aplicara a la totalidad del curso de agua. Las razones que avalan el derecho de estos Estados a participar en la negociación de un acuerdo de tal naturaleza, y de ser partes en él, parecerían, por consiguiente, aplicarse incluso con mayor pertinencia al Estado C en el caso del acuerdo contemplado en la hipótesis anterior.

3. PRINCIPIOS GENERALES, DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESTADOS DEL CURSO DE AGUA (CAPÍTULO II DEL PROYECTO)

a) *El concepto de «recurso material compartido»*

71. Los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en 1980 no regulan directa y específicamente los derechos y deberes de los Estados del curso de agua. El que más se aproxima a ello es quizá el artículo 5, titulado «Uso de aguas que constituyen un recurso natural compartido». En efecto, el mencionado artículo establece que, para los efectos de los artículos, las aguas de un curso de agua internacional se considerarán como un «recurso natural compartido» en la medida en que el uso de esas aguas en un Estado afecte al uso de las mismas en otro Estado. Este artículo establece también que las aguas que constituyen un recurso natural compartido deben utilizarse de conformidad con lo dispuesto en los artículos.

72. El artículo 5 no detalla las consecuencias jurídicas de la definición de las aguas de un curso de agua internacional como «recurso natural compartido». Sin embargo, el comentario de la Comisión a dicho artículo sugiere que el concepto de recurso natural compartido puede entrañar en la práctica determinadas obligaciones jurídicas:

⁶² Sin embargo, este derecho había sido incluido en el texto inicial del artículo (art. 5) propuesto por el Sr. Schwebel en su segundo informe, que en su párrafo 2 decía lo siguiente:

«2. Todo Estado del sistema cuyo uso o disfrute de las aguas del sistema de un curso de agua internacional pueda resultar afectado apreciablemente por las disposiciones de un acuerdo del sistema que se aplique sólo a una parte del sistema tendrá derecho a participar en la negociación y celebración de ese acuerdo.» [Documento A/CN.4/332 y Add.1 (véase nota 11 *supra*), párr. 105.]

⁶³ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 115, párr. 3 *in fine*.

Aunque el concepto de recurso natural compartido quizás sea en algunos aspectos tan antiguo como el de cooperación internacional, su formulación es relativamente nueva e incompleta. No ha sido aceptado en cuanto tal como principio de derecho internacional, aunque los recursos naturales compartidos vienen considerándose desde hace mucho tiempo, en la práctica de los Estados, como fuentes de obligaciones de cooperación para la regulación de tales recursos⁶⁴.

El comentario indica también que el artículo 5

[...] simplemente exige a los Estados que utilicen las aguas del sistema de un curso de agua internacional como un recurso natural compartido, con lo que eso entraña de conformidad con principios como el del uso equitativo de esas aguas y del *sic utere tuo ut alienum non laedas*⁶⁵.

73. El anterior Relator Especial conservó inicialmente el concepto de recurso natural compartido en el proyecto de artículo 6 que presentó en su primer informe, en 1983. El artículo propuesto era en cierta medida reproducción literal del artículo 5 aprobado provisionalmente en 1980, pero disponía también que «Cada uno de los Estados del sistema tiene derecho a una participación razonable y equitativa (dentro de su territorio) en ese recurso compartido»⁶⁶. Sin embargo, el anterior Relator Especial presentó en su segundo informe, en 1984, un texto enteramente revisado del artículo 6⁶⁷, omitiendo toda referencia al concepto de recurso natural compartido⁶⁸. El anterior Relator Especial explicó el cambio de la siguiente forma:

[...] En vista de la oposición al concepto de un curso de agua internacional como un «recurso natural compartido», expresada por algunos representantes en relación con las deliberaciones en torno al primer informe, parece dudoso que resulte conducente a lograr una convención generalmente aceptable conservar el concepto en la forma en que se expresó en el artículo 6. [...].

Añadió, sin embargo, que había considerado

útil sentar expresamente el punto de partida claro de que un Estado tiene dentro de su territorio derecho a una parte justa y equitativa de los usos de las aguas de un curso de agua internacional⁶⁹.

74. De hecho, al sustituir el concepto de «recurso natural compartido» por el de derecho a «una participación razonable y equitativa en los usos de las aguas de un curso de agua internacional», el anterior Relator Especial confería al artículo un contenido jurídico más definido que el derivado del concepto de «recurso natural compartido». Como antes se ha indicado, la Comisión reconoció en 1980 que la formulación de este último concepto era «relativamente nueva e incompleta». Aunque su empleo contó con algún respaldo⁷⁰, su elimina-

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 117, párr. 2.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 133, párr. 79 *in fine*.

⁶⁶ Documento A/CN.4/367 (véase nota 15 *supra*), párr. 80.

⁶⁷ Véase nota 26 *supra*.

⁶⁸ De hecho, la voz inglesa «share» aparece dos veces en el texto revisado del artículo 6, la primera (en el párrafo 1) como sustantivo, sustituyendo a la voz «participation», y la segunda (en el párrafo 2) como verbo, en la frase «the watercourse States concerned shall share in the use of the waters [...] in a reasonable and equitable manner» («los Estados del curso de agua en cuestión compartirán la utilización de las aguas [...] de manera razonable y equitativa»). Sin embargo, el término no se utiliza en el mismo sentido que la voz «shared» en la expresión «shared natural resource» («recurso natural compartido») en ninguno de los dos casos.

⁶⁹ Documento A/CN.4/381 (véase nota 16 *supra*), párr. 48.

⁷⁰ Naturalmente, la Comisión misma respaldó el concepto de «recurso natural compartido» al incluirlo en el artículo 5 aprobado provisionalmente en 1980. Además, en los comentarios formulados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 1980, diversas delegaciones acogieron con beneplácito la aprobación del artículo 5 por la

ción del proyecto fue posiblemente motivo de cierto alivio para aquellos a quienes inquietaba la relativa incertidumbre en cuanto a sus efectos jurídicos concretos⁷¹. Por lo demás, uno de los principios fundamentales que la Comisión consideró implícitos en el concepto —el de uso equitativo de las aguas de un curso de agua internacional⁷²— no sólo se conservaba sino que se recogía explícitamente en el artículo 6. Otro de los atributos del concepto de recurso natural compartido era, a juicio de la Comisión, el deber de cooperación⁷³. Aunque este deber no se menciona en el texto revisado del artículo 6, el artículo 10 propuesto por el anterior Relator Especial hace referencia a la cooperación⁷⁴. Parece,

por consiguiente, que la reformulación del artículo 6, aun suponiendo el abandono de un concepto nuevo y en plena evolución, ha logrado una mayor certidumbre jurídica sin por ello entrañar, visto en conexión con otros proyectos de artículos, la eliminación de ningún principio fundamental en él contenido.

b) Utilización y participación equitativas

75. El núcleo del texto revisado del proyecto de artículo 6 es el *derecho* a «una participación razonable y equitativa en los usos de las aguas de un curso de agua internacional». El artículo 7, titulado «Participación equitativa en los usos de las aguas de un curso de agua internacional», se refiere a lo que podría denominarse el otro lado de la moneda, a saber, el *deber* de aprovechar, utilizar y compartir las aguas de un curso de agua internacional «de forma razonable y equitativa sobre la base de la buena fe y las relaciones de buena vecindad». La base común a ambos artículos es, por consiguiente, el principio de la utilización, distribución o participación equitativas. Habida cuenta de que las fuentes jurídicas en que se apoyan esos artículos y el principio de utilización equitativa ya se han señalado a la atención de la Comisión, que las ha debatido⁷⁵, se confía en que de momento baste con recordar que el principio cuenta con amplio respaldo⁷⁶, pasando revista a algunos ejemplos representativos del mismo.

i) Tratados

76. Los principios básicos que fundamentan la doctrina de la utilización equitativa han sido reconocidos, explícita o implícitamente, en numerosos acuerdos internacionales⁷⁷ entre Estados situados en todas las re-

CDI. Veanse, por ejemplo, las declaraciones de los representantes de los Países Bajos (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión*, 44.ª sesión, párr. 38; Argelia (*ibid.*, 55.ª sesión, párr. 36); Estados Unidos de América (*ibid.*, 56.ª sesión, párr. 21); Tailandia (*ibid.*, párr. 51); Egipto (*ibid.*, párr. 72); y la Argentina (*ibid.*, 57.ª sesión, párrs. 18 a 20). Algunos miembros de la CDI respaldaron nuevamente la inclusión del concepto al comentar la versión del artículo 6 presentada originalmente en 1983 por el anterior Relator Especial. Veanse, por ejemplo, las declaraciones del Sr. Stavropoulos (*Anuario... 1983*, vol. I, pag. 198, 1785.ª sesión, párr. 38); Sr. Pirzada (*ibid.*, págs. 204 y 205, 1786.ª sesión, párr. 30); Sr. Sucharitkul (*ibid.*, pag. 206, 1787.ª sesión, párr. 3); Sr. Díaz González (*ibid.*, págs. 216 y 217.ª sesión, párr. 28); Sr. Barboza (*ibid.*, págs. 219 y 220, 1789.ª sesión, párrs. 9 a 11); Sr. Balanda (*ibid.*, págs. 220 y 221, párrs. 20 y 24); y Sr. Mahiou (*ibid.*, pag. 245, 1793.ª sesión, párr. 9).

⁷¹ El comentario de la Comisión al artículo 5 indica que:

«Un miembro de la Comisión estimo que no podía adoptar una posición respecto del proyecto de artículo 5, debido fundamentalmente al significado indefinido del concepto de recurso natural compartido. [...] Otro miembro señaló que era pertinente para esta materia el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales.» [*Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pag. 133, párr. 80.]

Veanse también las actas del debate de la Comisión acerca del informe del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 5 (*Anuario... 1980*, vol. I, pag. 282, 1636.ª sesión, párrs. 63 a 69). Esta preocupación se manifestó también en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Veanse, por ejemplo, los comentarios de los representantes de Francia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión*, 50.ª sesión, párr. 49); Brasil (*ibid.*, 51.ª sesión, párr. 34); Etiopía (*ibid.*, párr. 51); Jamaica (*ibid.*, 54.ª sesión, párr. 4); India (*ibid.*, párr. 46); y Turquía (*ibid.*, párr. 58). Algunos miembros de la Comisión, al comentar el texto del proyecto de artículo 6 presentado originalmente por el anterior Relator Especial, expresaron una gama de sentimientos que abarcaba desde la duda hasta la oposición al concepto. Veanse, por ejemplo, las declaraciones del Sr. Calero Rodríguez (*Anuario... 1983*, vol. I, pag. 208, 1787.ª sesión, párr. 16); Sr. Njenga (*ibid.*, pag. 213, 1788.ª sesión, párrs. 6 y 7); Sr. Ushakov (*ibid.*, pag. 215, párr. 19); Sr. Jagota (*ibid.*, págs. 225 y 226, 1790.ª sesión, párrs. 16 y 17); Sr. Razafindralambo (*ibid.*, pag. 228, párr. 32); Sr. Flitan (*ibid.*, pag. 231, 1791.ª sesión, párr. 9); y Sr. Yankov (*ibid.*, pag. 251, 1794.ª sesión, párrs. 13 y 15).

⁷² Vease párr. 72 *supra* la cita del comentario de la Comisión al artículo 5 aprobado provisionalmente en 1980.

⁷³ Vease también el análisis del deber de cooperación en el contexto de la consideración de las aguas de los cursos de agua internacionales como recursos naturales compartidos en el segundo informe del Sr. Schwebel [documento A/CN.4/332 y Add 1 (vease nota 11 *supra*), cap. III].

⁷⁴ El proyecto de artículo 7 revisado, presentado en 1984 por el anterior Relator Especial, se titula «Participación equitativa en los usos de las aguas de un curso de agua internacional» y en su texto no hay referencia alguna a la cooperación. Sin embargo, en su primer informe, el anterior Relator Especial recalca la importancia de la cooperación entre los Estados «del sistema» o «del curso de agua» para «obtener la utilización óptima y el control y la protección necesarios del sistema de curso de agua y de sus componentes» [documento A/CN.4/367 (vease nota 15 *supra*), párr. 88.] En su segundo informe

afirmo que «En gran medida, el comentario a este artículo, que figura en el primer informe, se aplica en general al texto modificado» [documento A/CN.4/381 (vease nota 16 *supra*), párr. 53].

⁷⁵ Vease el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (vease nota 14 *supra*), párrs. 41 a 91; el primer informe del anterior Relator Especial, documento A/CN.4/367, párrs. 80 a 93; y su segundo informe, documento A/CN.4/381 (vease nota 15 *supra*), párrs. 45 a 53.

⁷⁶ Vease un estudio exhaustivo en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (vease nota 14 *supra*), párrs. 41 a 84. En general, vease, por ejemplo, J. Andrassy, «Utilisation des eaux des bassins fluviaux internationaux», *Revue égyptienne de droit international*, El Cairo, vol. 16, 1960, págs. 23 y ss.; J. A. Barberis, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1979, págs. 35 a 45 y fuentes allí citadas; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6.ª ed. por Sir Humphrey Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, pag. 231; W. L. Griffin, «The Uses of Waters of International Drainage Basins under Customary International Law», *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 53, 1959, págs. 50 y ss.; E. Hartig, *Internationale Wasserwirtschaft und Internationales Recht*, Viena, Springer, 1955; J. Lipper, «Equitable Utilization», en A. H. Garretson, R. D. Hayton y C. J. Olmstead, eds., *The Law of International Drainage Basins*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1967, especialmente págs. 41 y ss.; F. Villagran Kramer, «El aprovechamiento de las aguas del lago de Guaja», *Revista de la Asociación Guatemalteca de Derecho Internacional*, Guatemala, N.º 3, enero de 1959, págs. 95 y ss., y Smith, *op. cit.* (nota 44 *supra*), *passim*, especialmente pag. 150. Vease también los trabajos de las organizaciones internacionales no gubernamentales citados en la nota 79 *infra*.

⁷⁷ Vease, por ejemplo, los acuerdos analizados en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (vease nota 14 *supra*), párrs. 49 a 72, y los acuerdos enumerados en los anexos I y II del presente capítulo. Vease también Lipper, *loc. cit.* (nota 76 *supra*), págs. 33 a 35, Estados Unidos de América, Memorando del Departamento de Estado de 21 de abril de 1958, *Legal Aspects of the Use of Systems*

(Continúa en la página siguiente)

giones del mundo. Aunque la redacción de los enfoques de estos acuerdos son muy diversos⁷⁸, todos tienen como

característica común el reconocimiento de los derechos iguales y correlativos⁷⁹ de las partes al uso⁸⁰ y

(Continuación de la nota 77.)

of *International Waters with reference to the Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909*, 85th Congress, 2nd session, Senate document N.º 118, Washington (D.C.), 1958, págs. 62 a 72 (que se refieren a «bastante más de 100 tratados que han regulado o regulan hoy en día los sistemas de aguas internacionales [...] firmados en todas las regiones del mundo»). Véanse también las colecciones de acuerdos que de hecho limitan la libertad de acción de las partes sobre porciones de ríos internacionales situados dentro de sus fronteras: Smith, *op. cit.* (nota 44 *supra*), págs. 159 a 216 (donde se resumen 51 tratados celebrados de 1785 a 1930); el estudio de la Comisión Económica para Europa (CEPE), de enero de 1952, redactado por Pierre Sevette, «Aspects juridiques de l'aménagement hydroélectrique des fleuves et des lacs d'intérêt commun» (E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 y Corr.1, anexo 1 (que cita unos 40 acuerdos más); A. M. Hirsch, «Utilization of international rivers in the Middle East: a study of conventional international law», *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 50, 1956, págs. 81 y ss.; F. J. Berber, *Die Rechtsquellen des Internationalen Wassernutzungsrechts*, Munich, Oldenberg, 1955 (traducción al inglés: *Rivers in International Law*, Londres, Stevens, 1959). Véase también la lista de acuerdos internacionales con disposiciones sustantivas sobre la contaminación de cursos de agua internacionales, en J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses*, La Haya, Nijhoff, 1984, págs. 124 y ss.

Parece oportuno recoger aquí una observación de Jerome Lipper sobre el significado de diversas disposiciones convencionales análogas:

«[...] los tratados deben evaluarse con cautela; su importancia no reside en las disposiciones específicas de un tratado en particular, sino en factores subyacentes comunes a los tratados de esta naturaleza. El hecho de que los numerosos tratados sobre ríos sucesivos tengan todos un elemento común, el reconocimiento de los derechos compartidos de los Estados signatarios a utilizar las aguas de un río internacional, tiene gran trascendencia. Por otro lado, estos tratados no se limitan a una zona del mundo en particular, sino que son representativos de América, Europa, Asia y África.» [*Loc. cit.* (nota 76 *supra*), pág. 33.]

Lipper ofrece una muestra representativa de 16 tratados relativos a ríos sucesivos (*ibid.*, págs. 74 y 75, nota 79). Véase, a los mismos efectos, Memorando del Departamento de Estado de 21 de abril de 1958, *op. cit.* (*supra*), pág. 63.

⁷⁸ Unos pocos ejemplos servirán de ilustración:

a) El Tratado de 11 de enero de 1909 entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América relativo a las aguas limítrofes y a las cuestiones relativas a la frontera entre el Canadá y los Estados Unidos (en adelante denominado «Tratado de Aguas Limítrofes de 1909») [*British and Foreign State Papers*, 1908-1909, Londres, 1913, vol. 102, pág. 137; Estados Unidos de América, *Treaty Series*, N.º 548, Washington (D.C.), 1924; reproducido en la serie legislativa de las Naciones Unidas: *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (N.º de venta: 63.V.4) (en adelante denominado «*Textes législatifs...*»), pág. 260, N.º 79] dispone en el artículo VI que

«[...] las aguas (de los ríos St. Mary y Milk y sus afluentes) se distribuirán por igual entre los dos países, pero al realizarse la mencionada distribución podrá tomarse más de la mitad de un río y menos de la mitad de otro para cualquiera de los dos países de forma que permita un uso más beneficioso para ambos»,

a pesar de que, como señaló el Asesor Jurídico del Departamento de Estado, G. H. Hackworth, en su memorando de 26 de mayo de 1942,

«el aporte de aguas proviene en su mayor parte de manantiales situados en los Estados Unidos, y el flujo combinado de ambos ríos es insuficiente para satisfacer todas las necesidades de irrigación de las regiones por las que transcurren». [Citado por M. M. Whiteman, ed., *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1964, vol. 3, pág. 950.]

b) El Convenio de 15 de julio de 1930 entre Rumania y Checoslovaquia relativo al arreglo de cuestiones relacionadas con la delimitación de la frontera entre los dos países (estatuto de la frontera) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXIV, pág. 157) en el artículo 24 sólo dispone que «las Partes Contratantes tendrán en cuenta, en la medida de lo posible, las justas reclamaciones de los habitantes del otro Estado».

c) El Convenio de 11 de mayo de 1929 entre Noruega y Suecia sobre ciertas cuestiones relativas al derecho de los cursos de agua (*ibid.*, vol. CXX, pág. 263; reproducido en Naciones Unidas, *Textes législatifs...*, pág. 871) en el artículo 1 se refiere a «instalaciones, obras u otras operaciones en corrientes de agua en un país que por su naturaleza puedan provocar cambios apreciables en los cursos de agua en el otro país [...]». Este Convenio en el párrafo 1 del artículo 12 dispone que

«1. Ninguno de los dos países podrá realizar determinadas actividades si el otro país no ha dado su consentimiento cuando tales actividades puedan ocasionar en este último país dificultades considerables para el uso de una corriente de agua [...]»

d) El Acuerdo de 8 de noviembre de 1959 entre la República Árabe Unida y el Sudán relativo al aprovechamiento total de las aguas del Nilo (en adelante denominado «Acuerdo sobre las aguas del Nilo de 1959») (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 453, pág. 51) en el artículo 1 confirma ciertos «derechos adquiridos actuales», y en el artículo 2 contiene disposiciones muy detalladas sobre «obras de control de las aguas del Nilo y el reparto de sus beneficios entre las dos Repúblicas». El artículo 3, titulado «Proyectos relativos al aprovechamiento de las aguas del Nilo perdidas en la cuenca superior», en el inciso 2 del párrafo 1 dispone que ambas Repúblicas compartirán en partes iguales los beneficios derivados de dichos proyectos, así como el costo total de las obras. El párrafo 2 del artículo 5 dispone que si tras un examen conjunto por ambas partes de las reclamaciones de otros Estados ribereños respecto de una participación en las aguas del río

«[...] se decide aceptar la concesión de una porción del caudal de las aguas del Nilo a alguno de esos Estados ribereños, dicha porción se descontará, en partes iguales, del volumen que corresponda a ambas Repúblicas, según los cálculos efectuados en Asuán.»

En su comentario al régimen establecido por este Acuerdo, Sayed M. Hosni hace observar que este régimen «confirma la idea de que la posición de las partes se inclinó más hacia el concepto de participación equitativa» («The Nile Regimen», *Revue égyptienne de droit international*, El Cairo, vol. 17, 1961, pág. 97). En lo referente al Acuerdo sobre las aguas del Nilo de 1959, véanse, con carácter general, por ejemplo, G. M. Badr, «The Nile Waters Question. Background and Recent Development», *ibid.*, vol. 15, 1959, págs. 94 y ss.; Abd El-Fattah Ibrahim El-Sayed Baddour, *Sudanese-Egyptian Relations. A Chronological and Analytical Study*, La Haya, Nijhoff, 1960, págs. 201 a 241; y J. Andrassy, «Rapport définitif sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation)», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1959, Basilea, vol. 48, t. I, págs. 319 y ss.

⁷⁹ Sin embargo, como se indica en el comentario al artículo IV de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, «los derechos iguales y correlativos de uso de los Estados de la cuenca no significan que se otorgará a cada uno de dichos Estados una participación idéntica en el uso de las aguas». (Para el texto y el comentario de las normas aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en su 52.ª Conferencia celebrada en Helsinki en 1966, véase ILA, *Report of the fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs. 48 y ss.; reproducido parcialmente en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 389 y ss., documento A/CN.4/274, párr. 405.)

La naturaleza correlativa de estos derechos se manifiesta también en el artículo 2 de la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión celebrada en Salzburgo en septiembre de 1961:

«Artículo 2. Todo Estado tiene derecho a usar las aguas que atraviesan o bordean su territorio, salvo las limitaciones impuestas por el derecho internacional y, en particular, las que resultan de las disposiciones siguientes.

»Este derecho tiene por límite el derecho de uso de los otros Estados interesados en el mismo río o en la misma cuenca hidrográfica.» Véase *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1961, Basilea, vol. 49, t. II, págs. 370 a 373; y *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 214, documento A/5409, párr. 1076.

⁸⁰ Igual que en el informe del Secretario General sobre los problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales (*Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 37, documento

beneficios⁸¹ del curso o cursos de agua internacionales de que se trata⁸². Esto se aplica tanto a las disposiciones relativas a los rios contiguos⁸³ como a las que regulan los rios sucesivos⁸⁴. De hecho, los principales estudios sobre el derecho de los cursos de agua internacionales han llegado a la conclusion de que los derechos y deberes de los Estados con respecto al uso de los cursos de agua internacionales son los mismos para los cursos de

agua contiguos y para los sucesivos⁸⁵. Herbert A. Smith, en 1931, resumio la posicion de la siguiente manera

Las disposiciones de tratados que actualmente son bastante numerosas, se orientan invariablemente al objetivo practico de lograr la utilizacion optima de las aguas de los rios a que se refieren []⁸⁶

77 En esta esfera de las disposiciones de tratados relativos a la utilizacion equitativa de los usos de agua internacionales no cabe dejar de señalar una tendencia moderna, de singular importancia, mencionada en el tercer informe del Sr. Schwebel, es decir, el de los acuerdos que prevén la gestion integrada de toda la cuenca de un rio. El Sr. Schwebel indica

Existe tambien una serie de acuerdos, relativamente recientes, entre paises en desarrollo en los cuales los Estados de los sistemas han estado no solo innecesario reiterar sus derechos o participaciones respectivas, sino que han adoptado medidas integrales con el objeto de

A/5409), la expresion «uso» se emplea aqui en sentido amplio, por lo que comprende expresiones como «aprovechamiento» y

«debe entenderse como indicativa de todo aprovechamiento y uso posible de un rio internacional [lago, etc.] con exclusion de la navegacion, pero comprendida la pesca, la conduccion de maderas a flote, la defensa contra las inundaciones y la contaminacion de las aguas» (*ibid.*, pag. 53, párr. 8)

En su estudio sobre el principio del aprovechamiento equitativo, Lipper afirma que estas expresiones

«se usan en el sentido general de empleo de las aguas de un rio internacional y comprenden, entre otros, los usos consuntivos [] La cantidad de agua del rio no disminuye por un uso no consuntivo, pero su calidad puede deteriorarse hasta tal punto que el agua no pueda emplearse para otros usos []» [*Loc. cit.* (nota 76 *supra*), pag. 17]

⁸¹ La expresion «beneficios» incluye muchos de los usos mencionados en la nota anterior, y ademas, dadas las circunstancias apropiadas, otros «productos» del curso de agua, por ejemplo la energia hidroeléctrica

⁸² Como afirma el Sr. Schwebel en su tercer informe, al referirse al articulo IV de las Normas de Helsinki

«Aparte de la norma de que ningun Estado puede causar perjuicio apreciable a otro Estado, no existe un principio de mas amplia aceptacion en el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegacion que el de que cada Estado de sistema «tiene derecho, dentro de su territorio, a una participacion razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas» []» [Documento A/CN.4/348 (vease nota 14 *supra*), párr. 42]

Cecil Olmstead, refiriendose al Acuerdo sobre las aguas del Nilo de 1959 entre la Republica Arabe Unida y el Sudan (vease nota 78 *supra*), al Tratado de 19 de septiembre de 1960 entre la India, el Pakistán y el BIRF sobre las aguas del Indo (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol. 419, pag. 125), y al Tratado de 17 de enero de 1961 entre el Canada y los Estados Unidos de America relativo al aprovechamiento en cooperacion de los recursos hidraulicos de la cuenca del rio Columbia (*ibid.*, vol. 542, pag. 245), llega a una conclusion analogá

«[] La idea comun de estos tres recientes tratados es que los grandes beneficios derivados del aprovechamiento en cooperacion de las cuencas de rio deben compartirse []» [«Introduction», en *The Law of International Drainage Basins*, *op. cit.* (nota 76 *supra*), pag. 3]

⁸³ La expresion «curso de agua contiguo» se utiliza aqui para designar a un rio, lago u otro curso de agua que transcurre o esta situado entre los territorios de dos o mas Estados, siendo, por consiguiente, «contiguo» a los mismos. Estos cursos de agua se denominan a veces aguas «fronterizas» o «limitrofes». El anexo I al presente capitulo contiene una lista ilustrativa, por regiones, de disposiciones convencionales sobre cursos de agua contiguos que reconocen la igualdad de los derechos de los Estados ribereños al uso de las aguas de que se trata

⁸⁴ La expresion «curso de agua sucesivo» se utiliza aqui para designar a un curso de agua que fluye («sucesivamente») desde un Estado a otro Estado o a otros Estados. Lipper afirma que «los numerosos tratados que regulan los rios sucesivos tienen todos un elemento comun: el reconocimiento de los derechos compartidos de los Estados signatarios a utilizar las aguas de un rio internacional» [*loc. cit.* (nota 76 *supra*), párr. 33]. El anexo II al presente capitulo contiene una lista ilustrativa de disposiciones de tratados sobre cursos de agua sucesivos que distribuyen las aguas, limitan la libertad de accion del Estado del curso superior, disponen el reparto de los beneficios o distribuyen equitativamente en cualquier otra forma los beneficios de las aguas o reconocen los derechos correlativos de los correspondientes Estados

⁸⁵ Segun Lipper

«El derecho internacional no establece distincion juridica entre los rios contiguos y los sucesivos. Todas las fuentes consultadas muestran que las mismas normas de derecho internacional se aplican a ambos tipos de rios

»Podria argumentarse que este tratamiento comun no tiene en cuenta las diferencias fisicas entre las dos categorias de rios. En el caso de los rios sucesivos, por ejemplo, cada uno de los Estados disfruta de un control fisico absoluto del rio en su transcurso por su territorio, mientras que en el caso de los rios contiguos existe una dualidad en el control fisico de las aguas. La fuerza de este argumento, quizá convincente a primera vista, reside exclusivamente en el hecho del control fisico. Aunque el control no es totalmente irrelevante, el mero ejercicio del poder no puede considerarse fundamento para el desarrollo del derecho internacional. Por otro lado, en la esfera del derecho fluvial internacional, dicho ejercicio impediria en muchos casos el aprovechamiento optimo de las aguas

»[] La misma distincion geografica entre las dos especies de rios es en algunos casos mas aparente que real, pues un rio puede ser sucesivo y contiguo. Puede, por ejemplo, transcurrir por los territorios de dos Estados y tambien, en puntos determinados, entre sus territorios» [*Loc. cit.* (nota 76 *supra*), pag. 17]

Vease tambien Smith, *op. cit.* (nota 44 *supra*), pags. 155 y 156, y C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2.^a ed. rev., Boston (Mass.), Little, Brown and Co., 1945, vol. 1, pag. 567. Cf. F. L. Kirgis Jr., *Prior Consultation in International Law: A Study of State Practice*, Charlottesville (Va.), University Press of Virginia, 1983, pag. 86. Cabe tambien recordar que en su fallo de 10 de septiembre de 1929, relativo a la *Jurisdiccion territorial de la Comision internacional de l'Oder*, la CPJI, al decidir si el Tratado de Versalles se aplicaba a determinados tributarios navegables del rio Oder, no establecio distincion alguna entre rios sucesivos y rios contiguos al afirmar principios de «derecho fluvial internacional en general», refiriendose unicamente a

«la forma en que los Estados han interpretado las situaciones concretas que derivan del hecho de que un solo curso de agua atraviese o separe el territorio de mas de un Estado, y la posibilidad de satisfacer las exigencias de la justicia y las consideraciones de utilidad que este hecho pone de relieve []» (C. P. J. I., *serie A*, N.^o 23, pags. 26 y 27)

Lipper señala, no obstante, que

«al parecer, la aplicacion del derecho a los cursos de agua limitrofes precedio cronologicamente y excedio en frecuencia a su aplicacion a las corrientes sucesivas, probablemente por reconocerse la necesidad de establecer fronteras entre los Estados y quizá en parte debido a la evidencia de que las realidades geograficas privan a cada uno de los Estados de ventajas naturales sobre el otro en lo que concierne a estas aguas» [*Loc. cit.* (nota 76 *supra*), párr. 23]

⁸⁶ *Op. cit.* (nota 44 *supra*), pag. 148. Smith continua diciendo que los tratados concertados hasta esa fecha «no justifican la teoria de un derecho absoluto de veto», sino que en ellos

«se protege a los Estados frente a los peligros de perjuicios materiales causados por la accion unilateral de sus vecinos. Este punto es en extremo importante en la medida en que demuestra que el derecho convencional de las naciones esta eliminando progresivamente los fundamentos que pudieran haber existido para entronizar la doctrina de los derechos absolutos del soberano territorial» (*Ibid.*)

establecer una gestión integrada de sus sistemas de cursos de agua internacionales. El ejemplo más reciente y de mayor alcance a este respecto es el Acuerdo relativo al establecimiento de la Organización para la Administración y el Aprovechamiento de la cuenca del río Kagera, concertado en 1977 por Burundi, la República Unida de Tanzania y Rwanda⁸⁷. Algunos de los Estados de sistemas de varios cursos de agua internacionales o todos los Estados de esos sistemas han adoptado enfoques igualmente integrales, con el objeto no solo de lograr una utilización «equitativa», sino también una utilización óptima por parte de organizaciones enteramente internacionales aplicadas a todo el sistema. Entre estos se cuentan los relativos a la cuenca del río Senegal, la cuenca del río Níger, la cuenca del río Gambia y la cuenca del lago Chad. En dichos arreglos relativos al aprovechamiento, uso y protección integrados de los recursos hidráulicos compartidos, se da por sentado el derecho residual de utilizar equitativamente las aguas, que es superado por el reconocimiento de la necesidad de optimizar racionalmente el uso de las aguas, mediante el establecimiento de mecanismos para la planificación y ejecución en todo el sistema de los proyectos y programas de los Estados del sistema en la forma de actividades coordinadas o conjuntas⁸⁸.

ii) Posiciones adoptadas por los Estados en las negociaciones diplomáticas⁸⁹

78. Las declaraciones formuladas por los gobiernos en relación con el derecho de los cursos de agua internacionales confirman por lo general las conclusiones antes citadas sobre el efecto de la práctica convencional. Naturalmente, las declaraciones de los gobiernos deben evaluarse con cierta cautela, habida cuenta de que a menudo se formulan en el curso de unas negociaciones, por lo que pueden constituir más bien un alegato que la expresión del punto de vista de un gobierno sobre determinadas cuestiones jurídicas. Esto no quiere decir que deba hacerse caso omiso de estas declaraciones, que, de hecho, pueden ilustrar claramente lo que los Estados consideran como sus derechos y deberes de conformidad con el derecho internacional. Sobre todo cuando las declaraciones pueden interpretarse a la vista del comportamiento real de los gobiernos. Por consiguiente, a continuación se pasará revista, a efectos ilustrativos, a una selección representativa de posiciones adoptadas por los gobiernos en controversias sobre cursos de agua internacionales.

a. La «doctrina Harmon» o la soberanía absoluta

i. Práctica convencional de los Estados Unidos de América

79. Quizá sea oportuno iniciar este examen con una breve referencia a la controversia entre México y los Estados Unidos que dio lugar a la «doctrina Harmon» de soberanía absoluta, solucionándose finalmente mediante la Convención para la equitativa distribución de las aguas del río Grande, de 1906⁹⁰.

80. El río Grande nace en los Estados Unidos, en el Estado de Colorado, atraviesa el Estado de Nuevo México y forma la frontera entre el Estado de Texas y

México antes de desembocar en el Golfo de México. A finales del siglo XIX surgió una controversia sobre las derivaciones de agua del río Grande realizadas por granjeros y rancheros de Colorado y Nuevo México. Se sostuvo que estas derivaciones reducían el caudal de agua con que se abastecían las comunidades mexicanas antiguas a Ciudad Juárez⁹¹. En octubre de 1895, el Embajador de México en los Estados Unidos envió una nota de protesta al Secretario de Estado de este país alegando que esas derivaciones violaban dos tratados y que «los principios de derecho internacional constituirían fundamento suficiente de los derechos de los habitantes mexicanos de las riberas del río Grande», cuyo «derecho al uso de las aguas de dicho río es incontestable, precediendo en cientos de años al de los habitantes de Colorado»⁹². El Secretario de Estado pidió entonces al Procurador General Judson Harmon que formulara un dictamen jurídico indicando si, de conformidad con los principios del derecho internacional, México tenía derecho a indemnización por los perjuicios sufridos con motivo de las derivaciones. La opinión del Procurador General, que posteriormente vino a denominarse «doctrina Harmon», no se basaba en el derecho de los cursos de agua internacionales, sino en los principios generales de soberanía establecidos en el derecho internacional. De hecho, se apoyaba principalmente en la conocida sentencia sobre inmunidad dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *The Schooner «Exchange» c. McFaddon y otros (1812)*⁹³. A los efectos del presente estudio interesan los siguientes pasajes del dictamen:

[] Evidentemente, lo que en realidad se discute es una servidumbre que hace dominante al país más bajo y somete al país más alto a la carga de interrumpir su desarrollo, negando a sus habitantes el uso de un bien que la naturaleza ha situado en su totalidad en su propio territorio

[]

El principio fundamental del derecho internacional es la soberanía absoluta de cada nación, frente a cualesquiera otras, dentro de su propio territorio. El Presidente del Tribunal Supremo Marshall, refiriéndose a la naturaleza y alcance de la soberanía en relación con la jurisdicción judicial, que constituye uno de sus elementos, dijo (*Schooner «Exchange» c. McFaddon*)

«La jurisdicción de la nación dentro de su propio territorio es necesariamente exclusiva y absoluta. No es susceptible de limitación alguna que no se imponga ella misma. Toda restricción de jurisdicción derivada válidamente de una fuente exterior entrañaría una disminución de soberanía equivalente a la amplitud de la restricción, así como una atribución de dicha soberanía, en idéntica medida, al poder facultado para imponer dicha restricción.

»Por consiguiente, toda restricción al poder pleno y absoluto de una nación dentro de su propio territorio debe originarse en el con-

⁸⁷ Acuerdo concertado el 24 de agosto de 1977, al que ulteriormente se adhirió Uganda (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1089, pag. 165).

⁸⁸ A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párr. 70.

⁸⁹ Véase, en general, Lipper, *loc. cit.* (nota 76 *supra*), págs. 25 a 28.

⁹⁰ Firmada en Washington el 21 de mayo de 1906 (en adelante denominada «Convención de 1906»). Para el texto, véase *Tratados y Convenciones vigentes entre los Estados Unidos Mexicanos y otros países*, México, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1930, vol. 1, pag. 191.

⁹¹ Para una descripción de los problemas de la época entre los Estados Unidos y México en relación con los ríos internacionales, véase J. Simsarian, «The Diversion of Waters Affecting the United States and Mexico», *Texas Law Review*, Austin, vol. 17, 1938-1939, pag. 27. Véase también J. Austin, «Canadian-United States Practice and Theory Respecting the International Law of International Rivers: A Study of the History and Influence of the Harmon Doctrine», *Canadian Bar Review*, Toronto, vol. 37, 1959, págs. 405 y ss.

⁹² Nota de fecha 21 de octubre de 1895 dirigida al Secretario de Estado de los Estados Unidos, Richard Olney, por el Embajador de México, Matías Romero [*American and British Claims Arbitration: The Rio Grande Claim—Answer of the United States*, Washington (D. C.), 1923, págs. 200 a 203], citado por Simsarian, *loc. cit.* (nota 91 *supra*), pag. 32.

⁹³ W. Cranch, *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. VII, 3.ª ed., Nueva York, 1911, pag. 116.

sentimiento de la nación misma. No puede derivar de ninguna otra fuente legítima⁹⁴.»

El Procurador General Harmon añadió, sin embargo, que su dictamen no tomaba en consideración posibles motivaciones de política exterior:

El caso que se presenta es nuevo. No corresponde al Departamento [de Justicia] determinar si las circunstancias permiten o aconsejan tomar iniciativas basadas en la *cortesía internacional*⁹⁵: la decisión sobre esa cuestión es exclusivamente *política*⁹⁶, pues, en mi opinión, las normas, principios y precedentes de derecho internacional no imponen obligación o deber alguno a los Estados Unidos⁹⁷.

81. Anthony D'Amato, refiriéndose al valor jurídico del dictamen Harmon, indica que «confiar en los *argumentos* de los gobiernos, expresados por sus procuradores o por sus departamentos exteriores, antes que en sus *acciones*, es una posición altamente sospechosa»⁹⁸. No estaría de más añadir que las declaraciones de los gobiernos deben interpretarse en su contexto. Por ejemplo, en una controversia posterior con el Canadá sobre la derivación en este país de las aguas del río Columbia, los Estados Unidos, en esta ocasión país ribereño inferior, adoptaron una posición análoga a la de México en 1895. Se argumentó, entre otras cosas, que:

[...] como país soberano perjudicado, el derecho [de los Estados Unidos] no se limita a la reparación individual prevista en el artículo II [del Tratado de 1909 sobre aguas limítrofes]; [...] [que] conforme a la doctrina de «ocupación previa», y dado que los Estados Unidos fueron los primeros en utilizar las aguas, tienen derecho a su uso permanente; [y que] la aplicación de la doctrina de «distribución equitativa» exige compartir equitativamente las aguas de la cuenca del Columbia entre los dos países [...]»⁹⁹.

⁹⁴ Estados Unidos de América, *Official Opinions of the Attorneys-General of the United States, Washington (D.C.)*, 1898, vol. XXI, págs. 281 y 282. Cabe señalar que, en rigor, como se verá más adelante, el texto citado no niega la existencia de un deber por parte de cada Estado de evitar causar perjuicios a otro Estado mediante acciones ejecutadas en su totalidad en el territorio del primero.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 283.

⁹⁶ D'Amato añade: «En lo que toca a la desviación de los ríos, desde 1895 se han celebrado muchos tratados bilaterales que regulan el uso de las aguas en las cuencas de drenaje internacionales, y más de 100 de estos tratados siguen hoy en día vigentes.» [*The Concept of Custom in International Law*, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press, 1970, pág. 134.] También Schwarzenberger afirma que «en la práctica de la mayoría de los Estados se han producido alegaciones especiales, [y], por razones de conveniencia, se han creado principios jurídicos *ad hoc*» (*International Law*, vol. 1, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, pág. 34). Al respecto, véase en el párrafo 82 *infra* la alegación mencionada en el Memorando del Departamento de Estado de 21 de abril de 1958.

⁹⁷ Resumido por L. M. Bloomfield y G. F. Fitzgerald, *Boundary Waters Problems of Canada and the United States* (The International Joint Commission 1912-1958), Toronto, Carswell, 1958, pág. 46. Los autores revelan que los Estados Unidos presentaron además dos curiosos argumentos: «que la reserva de derechos soberanos del artículo II se basa en la doctrina Harmon, que no constituye parte integrante del derecho internacional» y que «el Tratado podría abrogarse alegando el principio *rebus sic stantibus*, pues se han producido cambios esenciales en las circunstancias que justificaron su conclusión» (*ibid.*). También indican que el Canadá respondió a estos argumentos diciendo que «no es la doctrina Harmon de soberanía absoluta, sino un tratado solemne, en vigor desde hace casi 50 años, lo que determina las normas aplicables al caso del Columbia [...] [que] la derivación prevista no es irrazonable ni injusta; [y que] todo aumento del uso de las aguas del Columbia por parte de los Estados Unidos mediante el embalse de agua en el Canadá entrañaría una distribución justa de los llamados «beneficios del curso inferior» entre los dos países» (*ibid.*, pág. 47).

Compárese con la solicitud formulada por los Estados Unidos a Gran Bretaña en abril de 1895, o sea unos ocho meses antes de emitirse

82. Volviendo a la controversia del río Grande entre México y los Estados Unidos, el Secretario de Estado, apoyándose en la opinión del Procurador General Harmon, informó al Gobierno de México que los Estados Unidos no estaban obligados a interrumpir las derivaciones de Colorado y Nuevo México⁹⁸. Sin embargo, los dos gobiernos dieron instrucciones a sus respectivos Comisionados en la Comisión Internacional de Límites⁹⁹ para investigar e informar sobre la situación del río Grande. Los Comisionados presentaron en 1896 un informe conjunto en el que declaraban que:

El único método viable de regular el uso de las aguas para garantizar a ambos países y a sus habitantes sus equitativos derechos era construir una presa sobre el río Grande en El Paso. [...] [y] los derechos de México habían sido conculcados durante muchos años. Recomendaban solucionar el asunto mediante un tratado que dividiera en partes iguales el uso de las aguas, y que México renunciara a toda indemnización por el uso ilegal de las aguas en el pasado¹⁰⁰.

La controversia¹⁰¹ se solucionó finalmente mediante la Convención de 1906¹⁰², que en su preámbulo dice lo siguiente:

Los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos desearon de ponerse de acuerdo en la equitativa distribución de las aguas del Río Grande para fines de irrigación, y de alejar todas las causas de discusión entre ellos a este respecto, y obrando por consideraciones de cortesía internacional, han resuelto celebrar una convención con este propósito [...].

83. En la Convención se dispone que, una vez terminada una presa de derivación en Nuevo México, los Estados Unidos entregarán anualmente un volumen determinado de agua a México «en el lecho del Río Grande»,

el dictamen del Procurador General Harmon, de que «se tomen [...] las medidas adecuadas para evitar los perjuicios que amenaza» la construcción de una presa o «dique» que una empresa de la provincia canadiense de Columbia Británica planeaba erigir sobre el Boundary Creek, «donde éste cruza la línea fronteriza, como resultado de lo cual las tierras e instalaciones de los colonos del Estado de Idaho (Estados Unidos) se anegarian y serían arrasadas por las aguas» [J. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1906, vol. II, págs. 451 y 452]. De hecho, los trabajos de construcción de la presa prosiguieron, produciéndose los perjuicios temidos, después de lo cual los Estados Unidos pidieron la rápida «eliminación de la obstrucción del arroyo y el pago de las indemnizaciones adecuadas a los damnificados» (*ibid.*, pág. 451).

⁹⁸ J. B. Moore, *op. cit.* (nota 97 *supra*), vol. 1, pág. 654.

⁹⁹ Esta Comisión se estableció en la Convención del 1.º de marzo de 1889 entre los Estados Unidos y México [Parry, *The Consolidated Treaty Series (op. cit.)*, (nota 90 *supra*), 1978, vol. 172 (1889-1890), pág. 21; reproducido en las Naciones Unidas *Textes législatifs...*, pág. 229, N.º 74]. En español, «Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América para el establecimiento de una Comisión Internacional de Límites que decida las cuestiones que se susciten por las desviaciones en el cauce de los ríos Bravo del Norte y Colorado» en *Tratados y Convenciones Vigentes*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1904, pág. 168. Posteriormente, se cambió el nombre de la Comisión por el de Comisión Internacional de Límites y Aguas, con nuevas facultades y obligaciones conferidas por el Tratado entre los Estados Unidos de América y México referente a la utilización de las aguas de los ríos Colorado y Tijuana, y del río Bravo (río Grande) desde Fort Quitman, Texas, hasta el Golfo de México, de 3 de febrero de 1944 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 3, pág. 313).

¹⁰⁰ Véase Memorando del Departamento de Estado de 21 de abril de 1958, *op. cit.* (nota 77 *supra*), pág. 64.

¹⁰¹ Para una relación de los acontecimientos que tuvieron lugar entre la fecha del informe de la Comisión Internacional de Límites y la Convención de 1906, que incluyen diversas tentativas por parte de los Estados Unidos para satisfacer a México, véanse Simsarian, *loc. cit.* (nota 91 *supra*), y Memorando del Departamento de Estado de 21 de abril de 1958, *op. cit.* (nota 77 *supra*), págs. 64 y 65.

¹⁰² Véase párr. 79 *supra* y nota 90.

sin gasto alguno para México. También se establece que México renuncia a toda reclamación dimanante de la derivación de aguas efectuada en el pasado en los Estados Unidos y dispone en el artículo V:

Los Estados Unidos, al celebrar este tratado, no otorgan con el explicita ni implícitamente, ningún fundamento legal para reclamaciones que en el futuro se aleguen, o puedan alegarse, procedentes de cualesquiera pérdidas sufridas por los propietarios de tierras en México, ora se deba o se alegue deberse a la desviación de las aguas del Río Grande dentro de los Estados Unidos, ni convienen los Estados Unidos de ninguna manera en el establecimiento de ningún principio general o precedente a causa de la celebración de este tratado

El Memorando del Departamento de Estado de los Estados Unidos de 21 de abril de 1958 contiene los siguientes comentarios sobre la posición jurídica adoptada por los Estados Unidos en esta controversia:

[] Es necesario distinguir entre lo que los Estados dicen y lo que hacen. Debe señalarse que el dictamen Harmon contiene dos elementos: 1) soberanía territorial, y 2) por tanto, ninguna obligación [] en el caso de México, los Estados Unidos manifestaron ambos elementos pero concluyeron un tratado que de hecho distribuía las aguas []¹⁰³

En otro pasaje de ese memorando, en relación con la historia de la negociación del Tratado de Aguas Límitrofes entre los Estados Unidos y el Canadá¹⁰⁴, se señala que uno de los negociadores norteamericanos, Chandler P. Anderson, en una comunicación dirigida al entonces Secretario de Estado, Elihu Root, hizo las siguientes declaraciones sobre las aguas limítrofes:

«[] La soberanía absoluta entraña el derecho a la inviolabilidad de estas aguas territoriales, y la inviolabilidad de cada parte entraña una restricción que se coextiende sobre la otra, de forma que ninguno de los dos países tiene la libertad de utilizar sus propias aguas en una forma que perjudique al otro

»[] Cabe, pues, concluir que el derecho internacional reconocería el derecho de cualquiera de las partes a utilizar las aguas de su lado en cualquier forma que no restrinja los derechos coextensivos de la otra parte y no la perjudique [] »

Como señala el Sr. Anderson en los anteriores párrafos, el hecho evidente de que un Estado es soberano en su territorio no conduce a la conclusión de que un Estado puede utilizar legalmente y sin restricción alguna las aguas situadas en su territorio¹⁰⁵

84. Las circunstancias que llevaron a la conclusión de un tratado de fecha posterior entre los Estados Unidos y México aclaran aún más la posición de los Estados Unidos. En un memorando de fecha 26 de mayo de 1942 sobre las negociaciones entre los Estados Unidos y México en relación con el río Colorado, el Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, G. H. Hackworth, pasó revista a los tratados existentes en materia de ríos y lagos internacionales. Afirmó que ese repaso

no es ni mucho menos exhaustivo pero se considera suficiente para indicar la tendencia de la opinión sobre el ajuste de las cuestiones relativas a la distribución equitativa de los usos beneficiosos de dichas aguas. Ninguno de los acuerdos adopta la antigua teoría expuesta por el Procurador General Harmon [] Por el contrario, los derechos del

¹⁰³ *Op cit* (nota 77 *supra*), págs. 9 y 10

¹⁰⁴ Tratado de Aguas Limítrofes de 1909 (vease nota 78 *a supra*)

¹⁰⁵ *Op cit*, nota 77 *supra*, págs. 60 y 61. Este punto se reconoció también en el estudio de la CEPE (vease nota 77 *supra*), donde se dice que

«[] Todo Estado ribereño tiene un derecho de propiedad sobre la sección del curso de agua que lo atraviesa, y este derecho restringe la libertad de acción de los demás. Sin embargo, el hecho de que cada Estado este obligado a respetar el derecho de propiedad de los demás Estados no afecta en forma alguna a su poder soberano » (E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev 1 y Corr 1, párr. 189)

Estado subyacente se reconocen y protegen específicamente en estos acuerdos []¹⁰⁶

En un segundo memorando, despachado en noviembre del mismo año, el Asesor Jurídico se refirió a los derechos de México a las aguas embalsadas por la presa de Boulder en los Estados Unidos:

La cuestión con la que nos enfrentamos es determinar el derecho que, en todo caso, tiene México a una porción justa y equitativa del caudal de las aguas embalsadas procedentes de un curso de agua que si se dejara correr libremente proporcionaría un cierto volumen de agua a ambos países, que en su punto más bajo sería insuficiente para las necesidades de ambos y más de lo que podrían utilizar en periodos de crecida

[]

Los derechos de los Estados Unidos y de México no se pueden determinar por normas fijas de derecho, ni tampoco pueden determinarse por el simple criterio de que las aguas tiene su fuente en los Estados Unidos y pueden ser utilizadas en este país. Si se determinara que esta es la norma correcta que debe regir en la materia, se privaría a todos los Estados situados en el curso inferior del río de los beneficios normales y naturales de los cursos de agua. Nuestro objetivo debe ser hallar una ecuación razonable mediante la que pueda distribuirse equitativamente los derechos de uso del agua¹⁰⁷

85. En 1944, los Estados Unidos y México firmaron un tratado relativo a la utilización de las aguas del bajo río Grande y el río Colorado¹⁰⁸. El proceso que culminó en la conclusión de este tratado se había iniciado en los Estados Unidos mediante la designación de tres comisionados, en virtud de una autorización del Congreso, «para cooperar con representantes del Gobierno de México en un estudio relativo al uso equitativo de las aguas del bajo río Grande y del bajo río Colorado»¹⁰⁹. En el tratado se prevé la distribución de las aguas de ambos ríos y la construcción de obras. Cuando el tratado estaba siendo examinado por el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos, como parte del proceso de ratificación, un opositor testificó que la opinión del Procurador General Harmon constituía una declaración correcta del derecho aplicado en los Estados Unidos. Tres funcionarios de la rama ejecutiva refutaron esa afirmación. En primer lugar, el asesor jurídico auxiliar del Departamento de Estado, Ben M. English, tras hacer observar que la opinión de Harmon se basaba principalmente en la terminología del asunto *Schooner «Exchange»*, en el que no se contemplaba la cuestión de la distribución de las aguas de los ríos internacionales, aseveró lo siguiente:

[] El argumento de que [] los Estados Unidos pueden negarse con toda propiedad a arbitrar una reclamación de México para el uso de un volumen adicional de agua del río Colorado resulta, a mi juicio, en extremo dudosa, especialmente si se contempla la opinión de Harmon a la luz de

a) La práctica de los Estados, tal como se pone de manifiesto en los tratados concertados entre varios países, incluidos los Estados Unidos, en que se prevé la distribución equitativa de las aguas de los ríos internacionales¹¹⁰

¹⁰⁶ Citado por Whiteman, *op cit* (nota 78 *a supra*), pag. 950

¹⁰⁷ *Ibid*, págs. 953 y 954

¹⁰⁸ Tratado de 3 de febrero de 1944 entre los Estados Unidos de América y México (vease nota 99 *supra*)

¹⁰⁹ *Public Resolution N° 62* de 3 de marzo de 1927, sixty-ninth Congress, 2nd session (*The Statutes at Large of the United States of America*, vol. 44, parte 2, pag. 1403, cap. 381)

¹¹⁰ Además de la práctica de los Estados, English se refirió a lo siguiente en apoyo de su tesis en relación con la doctrina Harmon

«b) Las decisiones de los tribunales internos que aplicaron la doctrina de la distribución equitativa y rechazaron, en las relaciones entre los Estados, la doctrina Harmon,

En segundo lugar, el Subsecretario de Estado, Dean Acheson, hizo la siguiente declaración sobre el tema debatido:

La conclusión lógica del argumento jurídico que esgrimen los opositores del tratado parece ser la de que el Estado del curso superior del río puede, mediante un acto unilateral en su propio territorio, obstaculizar los derechos de un Estado del curso inferior; no es éste el género de doctrina jurídica que puede propugnarse seriamente en la época actual¹¹¹.

Finalmente, Frank Clayton, asesor de la sección de los Estados Unidos de la Comisión Internacional de Fronteras, declaró que «a mi leal saber y entender, la opinión del Procurador General Harmon no se ha observado nunca ni en los Estados Unidos ni en cualquier otro país»¹¹².

86. Un epílogo adecuado a la conclusión del tratado de 1944 lo proporcionó el Secretario de Estado Edward R. Stettinius, Jr., que hizo observar, a raíz de la aprobación del tratado por el Senado de los Estados Unidos, que dicho instrumento permitiría a México y a los Estados Unidos «cooperar en un espíritu de buena vecindad en el ordenamiento de los recursos hídricos vitales de los ríos en los que ambos tienen una participación equitativa»¹¹³.

87. De la exposición anterior de las posiciones adoptadas por los funcionarios gubernamentales de los Estados Unidos puede llegarse a la conclusión, cotejada en el contexto de la práctica diplomática y convencional de los Estados Unidos, de que la «doctrina Harmon» no se aplica en realidad, y probablemente nunca lo haya sido, en el Estado que la anunció¹¹⁴. En efecto, como se ha

podido comprobar, la Convención sobre el río Grande, de 1906, que solucionó la misma controversia que dio lugar a la opinión del Procurador General Harmon, había previsto en su preámbulo «la distribución equitativa de las aguas del río Grande» (véase párr. 82 *supra*, *in fine*)¹¹⁵.

ii. Práctica de otros Estados

88. Algunos Estados, en sus relaciones diplomáticas, han afirmado a veces la soberanía absoluta sobre porciones de los cursos de agua internacionales situados en

«Cada una de las Altas Partes Contratantes se reserva [...] con sujeción a cualquiera de las disposiciones del Tratado aplicable a la materia, la jurisdicción y el control exclusivos del uso y el desvío, temporal o permanente, de las aguas situadas en el lado que les corresponde de la línea que, en sus cauces naturales, discurriría a lo largo de la frontera o en aguas fronterizas [...]»

Sin embargo, el artículo debe leerse en el contexto general del tratado, en el que no sólo se estableció una comisión internacional conjunta y se le dio jurisdicción para investigar e informar respecto de «cuestiones o asuntos de controversia que pudieran surgir entre las partes, en relación con los derechos, obligaciones o intereses de una de ellas respecto de la otra» (art. IX), sino que también resolvió efectivamente la controversia existente sobre las aguas de los ríos St. Mary y Milk, distribuyendo en partes iguales las aguas de esos ríos y de sus afluentes (art. VI) (véase nota 78 *a supra*). Además, se ha comprobado que la pretensión de un Estado de «jurisdicción y control exclusivo» o «soberanía territorial absoluta» no es incompatible con el reconocimiento por ese mismo Estado del deber de no utilizar sus aguas de manera perjudicial para los intereses de otro Estado (véase párr. 83 al final *supra*). Finalmente, en el Memorando del Departamento de Estado de 21 de abril de 1958, tras un exhaustivo estudio de la historia de la negociación del tratado de 1909, se llega a la conclusión de que no existen pruebas de que se hubiere intentado incorporar la doctrina Harmon en el artículo II [*op. cit.*, (nota 77 *supra*), págs. 59 a 61]. La historia de la negociación del tratado de 1909, con especial atención al artículo II, se encuentra en ese memorando (*ibid.*, págs. 5 a 62).

Para las cuestiones generales, véase R. D. Scott, «The Canadian-American Boundary Waters Treaty: Why Article II?», *Canadian Bar Review*, Toronto, vol. 36, 1958, pág. 511; y Austin, *loc. cit.* (nota 91 *supra*), pág. 393.

Una opinión en cierto modo diferente fue expresada por C. B. Bourne, en su artículo «The right to utilize the waters of international rivers», *The Canadian Yearbook of International Law*, 1965, Vancouver, vol. III:

«[...] incluso hoy en día resulta dudoso que la doctrina haya sido abandonada por los Estados Unidos; las declaraciones de los funcionarios gubernamentales en las audiencias del Senado sobre el Tratado de 1944 entre los Estados Unidos y México son ambiguas, así como en las sesiones ante la Comisión Internacional Mixta, en 1950 y 1951, en las que el Asesor Jurídico de los Estados Unidos todavía invocaba esta doctrina basándose en el artículo II del Tratado de Aguas Limítrofes, de 1909.» (Pág. 204.)

Las únicas declaraciones a que Bourne hace referencia son las del Subsecretario de Estado Acheson y el Secretario de Estado Stettinius, que se mencionaron con anterioridad (párrs. 85 y 86). Aunque en ninguna de las declaraciones se repudia expresamente la doctrina Harmon, como hizo, por ejemplo, Clayton (véase nota 112 *supra*), en ambas se reconoce en términos categóricos que la Doctrina no tiene cabida en las relaciones de los Estados Unidos con sus vecinos respecto de los ríos internacionales. En cuanto al hecho de que el Asesor Jurídico de los Estados Unidos, en 1950 y 1951, hiciera hincapié en el artículo II del Tratado de 1909, se ha comprobado anteriormente que la reserva que hacen las partes en el artículo II de «la jurisdicción y el control exclusivos» de los ríos sucesivos en su territorio dista mucho de constituir una afirmación del derecho a utilizar las aguas en su territorio sin ningún género de consideración por los daños que puedan producirse en el otro país.

¹¹⁵ En el estudio efectuado por la CEPE (véase nota 77 *supra*) sobre la materia se llegó a la conclusión de que los Estados Unidos habían abandonado *de facto* la doctrina Harmon al concertar el Convenio de 1906 (E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 y Corr.1, párr. 99).

»c) Las obras de los eruditos de derecho internacional en oposición a la doctrina Harmon;

»d) El laudo sobre el asunto *Trail Smelter* [...].»

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 1762.

¹¹² Clayton continuó en los siguientes términos:

«He intentado hacer un estudio de los tratados internacionales sobre este tema [...] En todos los que he podido identificar, el fundamento jurídico que servía de punto de partida parece ser la protección del derecho de uso del Estado del curso superior y del Estado del curso inferior, sin afirmar en ningún caso la doctrina de la soberanía territorial exclusiva. En la mayoría de estos instrumentos se trata de ir incluso más allá de esta tesis y se prevé el desarrollo en ambos países, del curso superior e inferior, dentro de los límites del caudal de aguas disponible.» (*Ibid.*, parte 1, págs. 97 y 98.)

¹¹³ Estados Unidos de América, *The Department of State Bulletin*, Washington (D.C.), vol. 12, N.º 304, 22 de abril de 1945, pág. 742. El Presidente de los Estados Unidos hizo la siguiente declaración sobre la aprobación por el Senado del tratado de 1944:

«Al votar a favor de la aprobación del tratado concertado con México sobre la distribución equitativa de las aguas, el Senado dio hoy pruebas evidentes de su firme adhesión a la política establecida de nuestro Gobierno de regirse, en los tratos con nuestros buenos vecinos, por los principios de la justicia, la equidad, la comprensión amistosa y la cooperación práctica. En esta medida adoptada por el Senado, los Estados Unidos y México se dan la mano en un programa serio y constructivo para repartirse equitativamente las aguas de los ríos que en parte constituyen un patrimonio común y desarrollar los recursos hídricos en beneficio mutuo.» (*Ibid.*)

¹¹⁴ Se ha dicho que el artículo II del tratado de Aguas limítrofes entre el Canadá y los Estados Unidos, de 1909 (véase nota 78 *a supra*), incorpora la doctrina Harmon (véase, por ejemplo, nota 97 *supra*, el argumento de los Estados Unidos que, no obstante, también negó que la doctrina Harmon formara parte del derecho internacional). El artículo II, en su parte pertinente, dispone lo siguiente:

teramente en sus territorios¹¹⁶. Tal fue el caso de los Estados Unidos en las situaciones examinadas anteriormente. Sin embargo, dichos Estados han solucionado generalmente las controversias concertando tratados en los que aunque se afirmó la soberanía absoluta, se reconoció de hecho, no obstante, el uso de las aguas o los derechos adquiridos en el otro Estado o Estados. Por ejemplo, el Tratado sobre las aguas del Indo, concertado en 1960 entre la India y el Pakistán¹¹⁷, con la participación del Banco Mundial¹¹⁸, representó la culminación de un dilatado período de negociaciones en las que en cierto momento la India

[...] se reservó plenos poderes para ampliar o alterar el sistema de irrigación dentro de su territorio—en otras palabras, de extraer la cantidad de agua necesaria, con sujeción a los arreglos que pudiera concertar con el Pakistán. Pero, en realidad continuó abasteciendo agua como en el pasado¹¹⁹.

El Pakistán caracterizó la posición de la India como lesiva para «los derechos básicos del Pakistán a una porción histórica, jurídica y equitativa de las aguas de los ríos comunes», y «por consiguiente, propuso la celebración de una conferencia para establecer el derecho a la utilización equitativa del caudal de todos los cursos de agua compartidos por ambos países, y a falta de la obtención de un acuerdo en el curso de la negociación, presentar la controversia a la Corte Internacional de Justicia»¹²⁰. Aunque las partes se reservaron sus derechos¹²¹,

¹¹⁶ Entre el material que se ha investigado no se han podido identificar afirmaciones de la doctrina de la soberanía absoluta con respecto a los cursos de agua contiguos. Esto significa que los Estados contiguos, aunque afirman «igualdad de derechos» o reclaman «la mitad del caudal de las aguas» (véanse, por ejemplo, las disposiciones de los tratados citados en el anexo I del presente capítulo), no han reivindicado el derecho a disponer de todas las aguas de los cursos de agua contiguos. Por supuesto, esta afirmación no se aplica a las situaciones en que la frontera entre los Estados contiguos discurre a lo largo de una de las orillas del curso de agua y no de la línea mediana. Véase también Lipper, *loc. cit.* (nota 76 *supra*), pág. 23.

¹¹⁷ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 419, pág. 125.

¹¹⁸ A juicio de Richard Baxter, el Banco Mundial «no era un tercero desinteresado sino una de las partes en lo que, en realidad, cabría calificar de negociaciones tripartitas, ya que era evidente que tendría que participar en cualquier programa de obras o de financiación que se elaborara». [«The Indus Basin», en Garretson, Hayton y Olmstead, *op. cit.* (nota 76 *supra*), pág. 477.]

¹¹⁹ Baxter, *ibid.*, pág. 453.

¹²⁰ Nota verbal, de fecha 16 de junio de 1949, dirigida al Alto Comisionado para la India en el Pakistán por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Relaciones del Commonwealth (Gobierno del Pakistán, *Canal Water Dispute: Correspondence between the Government of Pakistan and the Government of India and Partition Documents*, mayo de 1958, pág. 163), citado por Baxter, *loc. cit.*, pág. 454.

¹²¹ En el apartado b del párrafo 1 del artículo XI del Tratado sobre las aguas del Indo se dispone lo siguiente:

«b) Ninguna de las disposiciones contenidas en este Tratado [...] se interpretará en el sentido de que constituye un reconocimiento o una renuncia [...] de cualquiera de los derechos o reclamaciones de las Partes, a excepción de aquellos derechos o reclamaciones que sean expresamente reconocidos o renunciados en el marco de este Tratado.»

El párrafo 2 del artículo XI es del siguiente tenor:

«2. Ninguna de las disposiciones de este Tratado será interpretada por las partes como constitutiva de un principio general de derecho o un precedente.»

Sin embargo, Baxter opinó, en referencia con este artículo, que «una disposición de esta naturaleza no puede impedir a terceros que consideren el arreglo como un precedente o que extraigan los principios generales que juzguen oportuno de los términos del acuerdo.» [*loc. cit.*, pág. 476.]

mediante el Tratado de 1960 se efectuó lo que los observadores han convenido en caracterizar como una repartición equitativa de las aguas del sistema del río Indo¹²².

89. La utilización de las aguas que fluyen desde la India hasta Pakistán Oriental (Bangladesh desde 1971) ha sido objeto de varias negociaciones entre esos dos países durante un período de varios años. En 1950, el Gobierno de la India, debido a cierta información acerca de un proyecto de construcción de una presa en el río Karnafuli, en el Pakistán Oriental, que resultaría en la anegación de zonas situadas en el Estado indio de Assam, manifestó que «es evidente que el Gobierno de la India no puede permitir que esta operación se lleve a efecto y confía en que el Gobierno del Pakistán no emprenderá ninguna obra que pueda provocar la inundación de terrenos en la India». El Pakistán contestó que no tenía planes de construir una presa que pudiera provocar la inundación de tierras en la India¹²³. La principal fuente de controversia entre ambos países, no obstante, ha sido la presa construida por la India (de 1961 a 1975) en el río Ganges, en Farakka, aproximadamente 18 kilómetros aguas arriba de la frontera con Bangladesh¹²⁴. El asunto

¹²² Varios comentaristas llegaron a la conclusión de que el Tratado sobre las aguas del Indo facilitó una repartición equitativa o, en otros términos, sancionó la utilización equitativa de las aguas del sistema del río Indo. Véase, por ejemplo, el tercer informe del Sr. Schwebel [documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párr. 65], y Baxter, *loc. cit.*, pág. 476.

¹²³ Canje de notas de 13 de febrero y 15 de abril de 1950, mencionado por M. Qadir, «Note on the Uses of the Waters of International Rivers», *Principles of Law Governing the Uses of International Rivers*, Londres, I.L.A., 1956, informes y comentarios presentados a la Asociación de Derecho Internacional en su 47.ª Conferencia [Dubrovnik (Yugoslavia), 26 de agosto a 1.º de septiembre de 1956], pág. 12; citado por Lammers, *op. cit.* (nota 77 *supra*), pág. 311.

¹²⁴ Lammers describió este proyecto y la controversia consiguientemente del siguiente modo:

«[...] El objetivo de este proyecto era desviar parte de las aguas del Ganges mediante una derivación al río Bkhagirathi-Hooghly, que en realidad era un tributario del Ganges en la India, a fin de poner término al enlodamiento de ese río y del puerto de Calcuta provocados por un suministro inadecuado de agua. A juicio del Gobierno de la India, esta desviación de las aguas del Ganges hacia el río Bkhagirathi-Hooghly era el único medio factible de salvar al puerto de Calcuta y salvaguardar el bienestar de millones de personas en la ciudad y en el interior. Según la India, la ejecución de este proyecto disminuiría también la intensidad y la frecuencia de las denominadas «macareos» u olas grandes que se forman en la desembocadura de ciertos ríos y que rompiendo con estrépido y velocidad extraordinaria cauce arriba causan serias dificultades a la navegación.

»El Pakistán y, desde 1971, Bangladesh, se opusieron enérgicamente a la construcción de la presa en Farakka. Aunque en el Ganges fluye un abundante caudal en el período del monzón (junio a octubre) que causa inundaciones en el Pakistán Oriental/Bangladesh, su caudal es muy exiguo en la estación seca (noviembre a mayo), ya que no se puede alimentar con agua procedente de las nieves del Himalaya y las lluvias son muy escasas en la cuenca fluvial. La disminución del caudal del Ganges en la estación seca, a consecuencia de la construcción de la presa de Farakka, era la base del problema. El Pakistán Oriental/Bangladesh, temía que durante esa estación el caudal del Ganges fuera tan exiguo que, por falta de agua centenares de miles de acres de tierras cultivadas se convertirían en zona baldía. Otros esperaban efectos negativos cuando el cauce del Ganges en el Pakistán Oriental/Bangladesh, se encenagara de tal manera que aumentara el problema de las inundaciones en la estación de lluvias y que las zonas costeras del Pakistán Oriental/Bangladesh, se convirtieran en incultivables debido a la mayor penetración del agua del mar en el delta, causada por la falta de drenaje de agua dulce al mar.» [*Op. cit.* (nota 77 *supra*), págs. 312 y 313.]

fue llevado ante la Asamblea General, en 1968. Según la posición original adoptada por la India, habida cuenta de que el 90% de su longitud, el 99% de su zona de pesca y el 91,5% de su potencial de riego estaba situado en la India, el Ganges no era un río internacional, sino «decididamente», un río indio¹²⁵. Sin embargo, la India declaró que estaba dispuesta «a discutir este asunto con el Pakistán para darle la seguridad de que la construcción del dique de Farakka no perjudicará al Pakistán»¹²⁶. En subsiguientes debates en la Comisión Política Especial de la Asamblea General, la India no sólo dejó de negar el carácter internacional del Ganges, sino que expuso su posición general en los términos siguientes:

La opinión de la India respecto de la utilización de las aguas de un río internacional es parecida a la de la mayoría de los Estados. Cuando un río atraviesa mas de un país, cada país tiene derecho a una parte equitativa de las aguas de ese río []

Estas opiniones no concuerdan con la doctrina Harmon, según la cual un Estado ribereño tiene soberanía absoluta sobre las aguas situadas en su territorio, tal como dio a entender el representante de Bangladesh en su declaración. Por su parte, la India ha mantenido siempre la opinión de que a cada Estado ribereño le corresponde una parte razonable y equitativa de las aguas de un río internacional¹²⁷.

A raíz de una declaración conjunta aprobada por consenso en la Comisión Política Especial y en la Asamblea General, en 1976,¹²⁸ las partes se reunieron para hallar una solución y, efectivamente, llegaron a un acuerdo sobre un arreglo provisional, en el Acuerdo sobre la distribución de las aguas del Ganges, de 1977¹²⁹. A juicio de Lammers,

de la controversia sobre las aguas del Ganges se desprende claramente que la India ha ido abandonando por completo la doctrina Harmon, doctrina que todavía parece abrazar en sus relaciones con el Pakistán en relación con las aguas del Indo, tal como lo hiciera en la primera fase de la controversia sobre el uso de las aguas del Ganges¹³⁰.

90. En los debates con Baviera sobre el uso de los cursos de agua internacionales, el Gobierno de Austria sostuvo lo que se puede describir como una posición de soberanía absoluta cuando declaró que «de acuerdo con el derecho de la soberanía territorial» un curso de agua sucesivo se encuentra totalmente a disposición del Estado en el que fluye¹³¹. Sin embargo, como se ha señalado, esta posición no resulta necesariamente inconsecuente

¹²⁵ Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer período de sesiones, Sesiones Plenarias, 1682.ª sesión, párr. 177, *ibid*, trigésimo primer período de sesiones, Comisión Política Especial, 21.ª sesión, párr. 15. Para una reseña detallada de las negociaciones entre la India y el Pakistán, luego Bangladesh, véase Lammers, *op. cit.*, págs. 313 a 319.

¹²⁶ Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo cuarto período de sesiones, Sesiones Plenarias, 1776.ª sesión, párr. 285.

¹²⁷ *Ibid*, trigésimo primer período de sesiones, Comisión Política Especial, 21.ª sesión, párrs. 8 y 9.

¹²⁸ *Ibid*, 27.ª sesión, párr. 3, e *ibid*, Sesiones Plenarias, 80.ª sesión, párrs. 134 a 142.

¹²⁹ Este Acuerdo entro en vigor el 5 de noviembre de 1977 por un período de cinco años. Para el texto, véase *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 17, 1978, pag. 103.

¹³⁰ *Op. cit.* (nota 77 *supra*), pag. 319.

¹³¹ Declaración de Austria sobre principios relativos a los ríos sucesivos. Además, en la misma declaración, Austria reconoce que «ningun Estado goza de derechos exclusivos sobre el volumen total de las aguas de los cursos de agua contiguos, pero que, en virtud de los principios generales del derecho, todos ellos [] pueden reclamar el derecho de explotar la mitad del caudal de los cursos de agua de que se trate» [Citado en el estudio de la CEPE (véase nota 77 *supra*), E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 y Corr.1, párr. 38.]

con el reconocimiento de la obligación de un Estado de utilizar las aguas dentro de su territorio de manera tal que no cause daño a otros Estados. Además, Austria acordó notificar las cuestiones relativas a la ordenación futura de las aguas y considerar las objeciones correspondientes y, 10 años más tarde, aparentemente adoptó la posición de que los ríos internacionales son unidades indivisibles¹³².

91. Las conclusiones de Lipper sobre la noción de soberanía absoluta de la «doctrina Harmon» son las siguientes:

[] la doctrina Harmon no es una expresión del derecho internacional fluvial. Mas bien, es la afirmación de que, como no existen normas de derecho internacional al respecto, los Estados pueden actuar a su libre albedrío. Ninguna elaboración posterior del principio apoya su inclusión como parte del derecho internacional fluvial¹³³.

b. Utilización equitativa o «soberanía limitada»¹³⁴

92. En varias ocasiones, desde el comienzo de las negociaciones los Estados ribereños del curso superior han reconocido derechos a los del curso inferior. Por ejemplo, en las negociaciones entre el Reino Unido y Egipto que finalizaron en el Acuerdo sobre las aguas del Nilo de 1929¹³⁵, el Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido dio las siguientes instrucciones a su representante:

El principio aceptado es que las aguas del Nilo, es decir, el flujo combinado del Nilo Blanco, del Nilo azul y de sus afluentes, debe considerarse como una sola unidad, ideada para la utilización de los pueblos que viven en sus riberas de acuerdo con sus necesidades y con su capacidad de beneficiarse de ellas, y, de acuerdo con este principio, se reconoce que Egipto tiene un derecho anterior al mantenimiento de su abastecimiento actual de agua a las zonas actualmente destinadas para el cultivo, y a una proporción equitativa de cualquier suministro adicional que las obras de ingeniería permita en el futuro¹³⁶.

En relación con estas negociaciones, Herbert A. Smith ha efectuado la siguiente observación:

La posición adoptada por Gran Bretaña en sus debates con Egipto sobre la distribución de las aguas del Nilo es un ejemplo importante de como un Estado poderoso se ha negado a aplicar la doctrina de los derechos absolutos de la soberanía territorial. La aplicación de este principio hubiera permitido a Gran Bretaña utilizar toda el agua que deseara para riego en el Sudan, pero la correspondencia publicada demuestra que Lord Lloyd admitió libremente y sin discusión el principio de los «derechos antiguos e históricos» de Egipto sobre las aguas del Nilo, y la consecuencia es que la distribución de las aguas debe basarse en el acuerdo de los dos Gobiernos interesados¹³⁷.

¹³² «Austria, un Estado ribereño del curso superior [] ha ido inclusive mas lejos que los Estados Unidos en el abandono de la soberanía absoluta. La posición actual de Austria considera a los ríos internacionales unidades indivisibles y a los Estados ribereños condominios, cada uno de los cuales es dueño de una parte indivisible del total. En consecuencia, esta posición va mas allá del principio de la soberanía territorial limitada y se aproxima a la adopción de la comunidad en la teoría de las aguas» [Lipper, *loc. cit.* (nota 76 *supra*), párr. 27, que cita a l. Seidl-Hohenveldern, «Austrian Views on International Rivers», *Annales Universitatis Saraviensis*, vol. IX, 1962, pag. 191.]

¹³³ *Loc. cit.*, págs. 22 y 23.

¹³⁴ Lipper define el principio de «soberanía territorial limitada» como que «restringe el principio de la soberanía absoluta al límite necesario para asegurar a cada Estado ribereño el uso razonable de las aguas» (*loc. cit.*, pag. 18, véanse tambien págs. 23 a 28).

¹³⁵ Canje de notas de 7 de mayo de 1929 relativo al aprovechamiento de las aguas del Nilo para fines de riego (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XCIII, pag. 43).

¹³⁶ Reino Unido, *Papers regarding Negotiations for a Treaty of Alliance with Egypt—Egypt N.º 1 (1928)*, Cmd. 3050, Londres, 1928, pag. 31.

¹³⁷ *Op. cit.* (nota 44 *supra*), pag. 147.

En debates más recientes entre la República Árabe Unida y el Sudán en relación con el proyecto de construcción de una presa de gran altura en Asuán, el Gobierno del Sudán ha declarado lo siguiente:

No se discute que Egipto tiene un derecho establecido al volumen de agua que actualmente utiliza para riego. El Sudán tiene un derecho similar¹³⁸.

El Gobierno del Sudán convino con el de la República Árabe Unida en que cualquier cantidad de agua adicional al volumen a que se tenía derecho debía distribuirse equitativamente, aunque en aquel entonces todavía no se había alcanzado un acuerdo sobre una distribución equitativa concreta. Sin embargo, en el Acuerdo sobre las aguas del Nilo de 1959 se confirmaron los derechos de cada parte a una determinada cantidad de agua¹³⁹.

93. La controversia entre la Argentina y el Brasil sobre el uso de las aguas del río Paraná¹⁴⁰, aunque esencialmente se refería a cuestiones de consulta, suministro de información y cooperación, resulta instructiva para los propósitos actuales. El problema giraba sobre los planes respectivos de la Argentina y del Brasil de construir dos presas separadas en distintos puntos del río Paraná. La

¹³⁸ Ministerio de Irrigación y Energía Hidroeléctrica del Sudán, *Nile Waters Question*, Jartum, 1955, pág. 13.

¹³⁹ Véase nota 78 *d supra*, y en el anexo II al presente capítulo, las disposiciones ilustrativas de este Acuerdo. Además, en el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo se establece lo siguiente:

«[...] Cuando la República del Sudán esté dispuesta a utilizar su parte, de acuerdo con el programa acordado, pagará a la República Árabe Unida una parte de todos los gastos en la misma proporción que exista entre la participación del Sudán en los beneficios y el beneficio total del proyecto, siempre que la parte correspondiente a alguna de las Repúblicas no supere la mitad del beneficio total del proyecto.»

Véase también el párrafo 2 del artículo 5.

En su estudio sobre el régimen de la Cuenca del Nilo, Albert H. Garretson señala que:

«[...] Tan pronto como se otorgó al Sudán un cierto grado de control sobre sus relaciones exteriores, ese país indicó que no se consideraba obligado por el Acuerdo sobre las aguas del Nilo de 1929. Además, inmediatamente después de asumir su independencia en enero de 1956, el Sudán declaró formalmente que no se consideraba obligado por un tratado que los británicos habían firmado en su nombre.

«La cuestión jurídica sobre el efecto de sucesión del Acuerdo de 1929 se puede considerar superada por lo expresado en el preámbulo del Acuerdo de 1959, en el sentido de que aunque el Acuerdo sobre las aguas del Nilo concluido en 1929 sólo había regulado el uso parcial de un río natural y no abarcaba las condiciones futuras del abastecimiento plenamente controlado de las aguas del río, los dos Estados ribereños habían acordado lo siguiente [...]

«En consecuencia, parecería evidente que el Sudán renuncia a cualquier reclamación sobre la invalidez del Acuerdo de 1929. Además, todo el esquema del Acuerdo de 1959 es claramente una adaptación y ampliación del Acuerdo de 1929.» [«The Nile Basin», en *The Law of International Basins* (*op. cit.*) (nota 76 *supra*), pág. 287.]

Para una consideración más detallada del estatuto jurídico del Nilo, véanse, por ejemplo, las fuentes que se citan en la nota 78 *d supra*, y M. Whiteman, *op. cit.* (nota 78 *a supra*), págs. 1002 a 1013.

¹⁴⁰ En relación con esta controversia véase, en general, G. J. Cano, «Argentina, Brazil and the de la Plata River Basin: A summary Review of their Legal Relationship», en *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N.M.), vol. 16, pág. 863; P. M. Dupuy, «La gestion concertée des ressources naturelles: à propos du différend entre le Brésil et l'Argentine relatif au barrage d'Itaipu», en *Annuaire français de droit international*, 1978, París, vol. 24, pág. 866, y Lammers, *op. cit.* (nota 77 *supra*), págs. 294 a 296.

presa de la Argentina estaría ubicada en Corpus, en donde el Paraná forma la frontera entre la Argentina y el Paraguay; la presa del Brasil estaría ubicada aguas arriba en Itaipú, en donde el Paraná forma la frontera entre el Brasil y el Paraguay. Debido al temor de que el proyecto de Itaipú, junto con otros del Brasil, afectara de manera negativa la presa de Corpus, la Argentina reclamó que el Brasil tenía el deber jurídico internacional de brindar información a la Argentina y consultar con ella sobre sus planes. Aunque el Brasil se negó a reconocer la existencia de tal obligación¹⁴¹, concluyó, no obstante, un acuerdo bilateral con la Argentina en el que se establecía que en la esfera del medio ambiente los Estados cooperarían mediante el suministro de datos técnicos relacionados con las obras que se emprenderían dentro de sus jurisdicciones, a fin de impedir que se causara un daño apreciable en el medio ambiente humano de las zonas vecinas¹⁴². En el acuerdo también se estableció que «en la exploración, explotación y desarrollo de sus recursos naturales, los Estados no deben provocar efectos perjudiciales apreciables en las zonas ubicadas fuera de sus jurisdicciones nacionales»¹⁴³. Más tarde, la Asamblea General adoptó el texto de ese acuerdo en su resolución 2995 (XXVII) de 15 de diciembre de 1972¹⁴⁴. Además, en junio de 1971, la Argentina y el Brasil eran ambos signatarios del Acta de Asunción, en la que figura la Declaración de Asunción sobre aprovechamiento de ríos internacionales¹⁴⁵. En el párrafo 2 de esa Declaración se establece que:

En los ríos internacionales de curso sucesivo, no siendo la soberanía compartida, cada Estado puede aprovechar las aguas en razón de sus necesidades siempre que no cause un perjuicio sensible a otro Estado de la cuenca [del Plata]¹⁴⁶.

Finalmente, en 1979 la Argentina, el Brasil y el Paraguay lograron concluir un acuerdo en el que se establece la coordinación de los dos proyectos de presas¹⁴⁷.

94. En una controversia entre Chile y Bolivia sobre el uso del río Lauca¹⁴⁸, Chile, el Estado del tramo supe-

¹⁴¹ Lammers indica que:

«La controversia entre la Argentina y el Brasil sobre esta cuestión inclusive imposibilitó que en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en 1972 se alcanzara el consenso sobre el principio 20 del proyecto de declaración sobre el medio humano, en el que se hacía referencia a la obligación de los Estados de brindar información sobre las actividades realizadas dentro de su territorio que pudieran tener efectos negativos importantes sobre el medio ambiente de otros Estados.» (*Op. cit.*, pág. 295.)

¹⁴² El acuerdo entre la Argentina y el Brasil fue firmado en Nueva York el 29 de septiembre de 1972 (*idem*).

¹⁴³ Citado por Cano, *loc. cit.* (nota 140 *supra*), pág. 873, quien también indica que la Argentina denunció este acuerdo el 10 de junio de 1973 debido a desacuerdos con el Brasil sobre los métodos de notificación y sobre a qué país correspondería dictaminar si las obras previstas podrían causar un daño extraterritorial apreciable.

¹⁴⁴ Véase también la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General, aprobada el 13 de diciembre de 1973 por iniciativa de la Argentina y otros 52 países después de la ruptura del acuerdo de 1972 entre la Argentina y el Brasil, que se menciona en la nota precedente.

¹⁴⁵ *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 351, documento A/CN.4/274, párr. 326.

¹⁴⁶ *Ibid.* El Paraná está situado en la cuenca del Plata.

¹⁴⁷ Acuerdo firmado el 19 de octubre de 1979, reproducido en *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 19 (1980), pág. 615.

¹⁴⁸ Lipper indica que «la situación se planteó después de que Chile anunciara su propósito de desviar para fines agrícolas las aguas del Lauca, cuya corriente pasa de ese país a Bolivia. A raíz del anuncio

rior, reconoció que Bolivia tenía «derechos» sobre las aguas y afirmó además que la Declaración de Montevideo de 1933 podía considerarse una codificación de los principios jurídicos generalmente aceptados en la materia¹⁴⁹. Esa Declaración establece, entre otras cosas, que los Estados tienen el «derecho exclusivo» de explotar el tramo de un río contiguo o de curso sucesivo que esté dentro de su jurisdicción, pero subordina el ejercicio de ese derecho a la necesidad de no lesionar el derecho equivalente que tiene el Estado vecino sobre el tramo que esté dentro de su jurisdicción¹⁵⁰.

95. Igualmente, en el asunto del *Lago Lanós*, en 1957, el Gobierno de Francia se refirió a «la soberanía en su propio territorio de un Estado que desee realizar obras hidroeléctricas», pero reconoció al mismo tiempo «la obligación correlativa de no lesionar los intereses de un Estado vecino»¹⁵¹. Francia no invocó la «doctrina Harmon», pero adujo que no se requería el consentimiento de España para la realización del proyecto porque la restitución de las aguas desviadas evitaría que se alterase el régimen hídrico de España.

96. En cierta etapa de la prolongada controversia entre Israel y los países árabes vecinos respecto del uso del río Jordán y sus afluentes¹⁵², el Departamento de Es-

tado de los Estados Unidos señaló en 1954 que, según el mediador de los Estados Unidos, Eric Johnston¹⁵³:

[] Siria, el Líbano, Jordania e Israel han aceptado el principio de la participación internacional en el aprovechamiento de las aguas del río Jordán que son objeto de la controversia y están dispuestos a cooperar con el Gobierno de los Estados Unidos en la preparación de los detalles de un programa aceptable para todos respecto del desarrollo de la capacidad potencial del sistema fluvial en materia de riego y energía

[] El Sr. Johnston afirmó que, con arreglo al plan, los países árabes e Israel aceptarían los principios siguientes

1 Las limitadas aguas del sistema del río Jordán deben ser compartidas en forma equitativa por los cuatro Estados en que nacen y corren. Ese principio estaba implícito en los planes que en relación con el valle habían presentado, respectivamente, los Estados árabes e Israel, en que se reconocía claramente el derecho de los otros Estados a una parte de las aguas disponibles. Ese derecho fue confirmado por ambas partes en recientes conversaciones con el Sr. Johnston¹⁵⁴.

Hubo acuerdo entre los expertos de los Estados interesados respecto de un plan unificado propuesto por Johnston para el Valle del Jordán, que se basaba en los principios citados. El Primer Ministro de Israel, Levi Eshkol, señaló ulteriormente que «el Sr. Johnston elaboró un plan regional unificado basado en normas y principios aceptados del derecho internacional de forma y de fondo»¹⁵⁵. Sin embargo, en octubre de 1955 el Consejo de la Liga Árabe «rechazó por consideraciones políticas el plan Johnston»¹⁵⁶. Por lo tanto, Israel decidió continuar con su propio proyecto de desviación de las aguas del río Jordán¹⁵⁷, pero «se cuidó de no exceder los volúmenes que le habían sido asignados» en virtud del plan Johnston¹⁵⁸. Los Estados árabes prepararon a su vez planes de desviación de las fuentes del Jordán ubicadas en territorio árabe pero no los llevaron a la práctica, por razones técnicas¹⁵⁹.

97. Los Estados Unidos, país ribereño tanto del tramo superior como del inferior con respecto al Canadá y ribereño del tramo superior con respecto a México, en el Memorando de 1958 del Departamento de Estado, indicó su parecer de que

[] un tribunal internacional inferiría los principios de derecho internacional aplicables con arreglo a las pautas siguientes, entre otras

1 El Estado ribereño tiene el derecho soberano de utilizar la parte de un sistema de aguas internacionales que corresponda a su jurisdicción

¹⁵³ Se ha descrito la misión del mediador de los Estados Unidos en la forma siguiente

«En octubre de 1953, el Presidente Eisenhower designó a Eric Johnston como representante personal [] señalando

»«Uno de los propósitos principales de la misión del Sr. Johnston consistía en celebrar conversaciones con algunos de los Estados árabes y con Israel con miras al aprovechamiento mutuo de los recursos hídricos del Valle del río Jordán sobre una base regional en beneficio de todos los habitantes de la zona» [Whiteman, *op cit* (nota 78 *supra*), pag 1017, cita tomada de *The Department of State Bulletin*, Washington (D C), vol XXIX, N° 748, 26 de octubre de 1953, pag 553]

¹⁵⁴ «Eric Johnston reports agreement on sharing of Jordan waters», despacho de prensa N° 369 de 6 de julio de 1954, *The Department of State Bulletin*, vol XXXI, N° 787, 26 de julio de 1954, pag 134, citado en Whiteman, *op cit*, pag 1017 y 1018

¹⁵⁵ Discurso pronunciado en el Knesset, el 20 de enero de 1964, *Jerusalem Post*, 21 de enero de 1964, pag 2, citado en Lammers, *op cit* (nota 77 *supra*), pag 306

¹⁵⁶ Lammers, *op cit*, pag 306

¹⁵⁷ *Ibid*, pag 304

¹⁵⁸ *Ibid*, pag 306

¹⁵⁹ Stevens, *op cit* (nota 152 *supra*), pag 68, 75, 76 y 80, Lammers, *op cit*, pag 307

hubo disturbios y la ruptura de relaciones diplomáticas por parte de Bolivia » Lipper agrega que «pese a la intensidad de la discusión y de los intereses en juego, Chile no hizo valer la doctrina Harmon» [*loc cit* (nota 76 *supra*), pag 27] Veanse también las observaciones de Lammers acerca de esa controversia, *op cit* (nota 77 *supra*), pag 289 y 290, así como las fuentes citadas en la nota 1, pag 290

¹⁴⁹ Declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Carlos Martínez Sotomayor, ante el Consejo de la OEA, el 19 de abril de 1962 (OEA/Ser G/VI, pag 1), citada en Lipper, *loc cit*, pag 27 y 28. Lammers apunta que Bolivia también invocó la Declaración de Montevideo, pero disintió en cuanto a su interpretación. Bolivia estimó que la Declaración

«constituía derecho internacional y obligaba a Chile a no llevar a cabo el proyecto sin haber obtenido antes el consentimiento de Bolivia. Sin embargo, Chile adujo, entre otras cosas, que la Declaración exigía ese consentimiento únicamente en el caso de que el proyecto pudiera causar perjuicios a Bolivia y afirmó que Bolivia no había suministrado prueba alguna de que sufriría un perjuicio como consecuencia de la desviación» (*Op cit*, pag 298)

Lammers agrega que, en definitiva, Chile insistió en el proyecto, que entró en funcionamiento en 1962 (*ibid*, pag 289 y 290)

¹⁵⁰ Vease párrafos 2 y 4 de la Declaración de Montevideo sobre uso industrial y agrícola de los ríos internacionales, aprobada por la Séptima Conferencia Internacional Americana en su 5ª sesión plenaria, el 24 de diciembre de 1933 [*Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936*, Washington (D C), Dotación Carnegie para la paz internacional, 1938, pag 543, texto reproducido en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pag 225, documento A/5409, anexo I, A]

¹⁵¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol XII (N° de venta 63 V 3), pag 296 y 297

¹⁵² Para el análisis de esta situación, vease, por ejemplo, S N Saliba, *The Jordan River Dispute*, La Haya, Nijhoff, 1968, K B Doherty, «Jordan Waters Conflict», *International Conciliation*, Nueva York, N° 553, 1965, O Z Ghobashy, *The Development of the Jordan River*, Nueva York, Arab Information Center, 1961, Information Paper N° 18, J V Louis, «Les eaux du Jourdain», *Annuaire français de droit international*, 1965, Paris, vol 11, pag 823 y ss, G G Stevens, *Jordan River Partition*, Stanford University, California, 1965, Hoover Institution Studies, N° 6, Whiteman, *op cit* (nota 78 *supra*), pag 1013 y ss, Lammers, *op cit* (nota 77 *supra*), pag 304 a 307, y M Wolfson, *L'utilisation a des fins autres que la navigation des eaux des fleuves, lacs et canaux internationaux*, Paris, Pedone, 1964, pag 211 a 227

ción hasta el máximo que sea compatible con el derecho equivalente de cada uno de los demás Estados ribereños.

Comentario. La doctrina de la soberanía es un principio fundamental de la comunidad internacional, en su estado actual. La soberanía existe y es absoluta en el sentido de que cada Estado posee jurisdicción y control exclusivos sobre su territorio. Los Estados tienen iguales derechos sobre cada lado de una línea fronteriza. Por consiguiente, cada uno de los Estados ribereños posee el derecho de jurisdicción y control exclusivos sobre la parte de un sistema de aguas internacionales que se encuentre en su territorio y esos derechos limitan recíprocamente la libertad de acción de los demás.

2. a) Los Estados ribereños tienen derecho a participar en el uso y en los beneficios de un sistema de aguas internacionales de manera justa y razonable.

[...] ¹⁶⁰

98. En las negociaciones entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América que culminaron con el Tratado de Aguas Limítrofes de 1909¹⁶¹, los negociadores canadienses sostuvieron la posición de que todas las controversias existentes y futuras debían ser resueltas por un tribunal internacional, de conformidad con principios que se incorporarían en el Tratado.

[...] Dichos principios, que al parecer se creía que correspondían en general al derecho vigente, eran los siguientes:

1. La navegación no había de ser entrabada por otros usos.

2. Ningún país podía hacer desviaciones u obstrucciones que pudieran causar daños al otro, sin el consentimiento de éste.

3. Cada país tendría derecho a utilizar para la producción de energía la mitad de las aguas que corriesen a lo largo de la frontera.

4. Cada país tendría derecho a utilizar una parte «equitativa» de aguas para fines de riego¹⁶².

99. Por último, cabe mencionar como primer ejemplo de la adhesión de un Estado ribereño del tramo inferior al principio de la distribución equitativa, una carta del Gobierno de los Países Bajos dirigida el 30 de mayo de 1862 a sus ministros en París y Londres, en relación con el uso del río Mosa por Bélgica y los Países Bajos. El texto de la carta es, en parte, el siguiente:

Siendo el Mosa un río común a Holanda y Bélgica, se subentiende que ambos tienen derecho a utilizar naturalmente la corriente, pero, al mismo tiempo, con arreglo a los principios generales del derecho, cada uno de ellos está obligado a abstenerse de cualquier medida que pudiera ocasionar daños al otro. No puede admitirse, en otras palabras, que se hagan dueños de las aguas al desviarlas para satisfacer sus propias necesidades, ya sea para fines de navegación o riego¹⁶³.

iii) Decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales

100. Como es bien sabido, el Artículo 38, párrafo 1, apartado d, del Estatuto de la CIJ dispone que la Corte deberá aplicar «las decisiones judiciales [...] como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho» al decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas¹⁶⁴. Estas decisiones, aunque de por sí no son obligatorias «sino para las par-

tes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido»¹⁶⁵, suelen ser citadas y hasta cierto punto invocadas en asuntos posteriores tanto por las partes en una controversia determinada como, en su caso, por el órgano llamado a resolverla. Este fenómeno probablemente obedece, en gran parte, a que, al resolver asuntos concretos, los tribunales deben normalmente recurrir a normas jurídicas generalmente aplicables, a las que luego dan aplicación en el asunto concreto de que se trata; la determinación misma de cuáles son tales normas generales suele servir de gran ayuda en asuntos ulteriores dado que el ordenamiento jurídico internacional no está todavía plenamente desarrollado. Conviene agregar, sin embargo, con palabras de la propia CIJ, que el cometido de la Corte es «aplicar el derecho tal como lo constata, y no crearlo»¹⁶⁶.

101. Aunque un examen a fondo de todas las decisiones relacionadas con la doctrina de la participación y el aprovechamiento equitativos excede del presente examen de la jurisprudencia y la doctrina, se ofrece seguidamente un breve resumen de las principales decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales concernientes a este tema, con la esperanza de que sirva de alguna ayuda en la determinación del estado actual del derecho. La presentación de los asuntos, según se trate de un fallo judicial o un laudo arbitral, se ajusta a la del informe preparado en 1963 por el Secretario General sobre «Problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales»¹⁶⁷.

a. Decisiones judiciales

i. Asunto del río Oder¹⁶⁸

102. En el asunto de la *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* se pidió a la CPJI que resolviese si, de conformidad con el Tratado de Versalles de 1919, la jurisdicción de la Comisión Internacional del Oder se extendía a ciertos afluentes de ese río. El Oder nace en Checoslovaquia, penetra en Polonia, forma la frontera entre Polonia y Alemania oriental y desemboca en el Báltico. El artículo 331 del Tratado de Versalles disponía que todas las partes navegables de esas redes fluviales, incluido el Oder, que naturalmente proporcionen acceso al mar a más de un Estado tenían carácter internacional. El artículo 341 del Tratado colocó al Oder bajo la administración de una Comisión Internacional¹⁶⁹, cuyo cometido era delimitar las sec-

¹⁶⁵ Véase nota anterior. Véase asimismo el Artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁶⁶ Asuntos del *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, fallo de 18 de junio de 1966, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 48, párr. 89. Véase también el asunto de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande) (fond)*, fallo de 25 de julio de 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 23 y 24, párr. 53.

¹⁶⁷ Documento A/5409, reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte) págs. 37 y ss. La tercera parte del informe contiene un «Resumen de las decisiones dictadas por los tribunales internacionales, comprendidas las sentencias arbitrales» (págs. 199 y ss.).

¹⁶⁸ Fallo de 10 de septiembre de 1929, *C.P.J.I., serie A, N.º 23*. Para un análisis del asunto, véase, por ejemplo, Lipper, *loc. cit.* (nota 76 *supra*), págs. 28 y 29, y Lammers, *op. cit.* (nota 77 *supra*), págs. 505 a 507.

¹⁶⁹ Los miembros de la Comisión eran: Alemania, Checoslovaquia, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Polonia y Suecia; el litigio era entre Polonia y los otros miembros.

¹⁶⁰ *Op. cit.* (nota 77 *supra*), págs. 89 y 90.

¹⁶¹ Véase nota 78 a *supra*.

¹⁶² Memorando del Departamento de Estado de 21 de abril de 1958, *op. cit.* (nota 77 *supra*), pág. 58.

¹⁶³ Pasaje traducido y citado en Smith, *op. cit.* (nota 44 *supra*), pág. 217, en que se reproducen (págs. 217 a 221) los principales pasajes de esta carta en su texto original neerlandés (Archivo Nacional Neerlandés, La Haya).

¹⁶⁴ Esta disposición, por supuesto, se subordina expresamente a la reserva enunciada en el Artículo 59 del Estatuto, según la cual la decisión de la Corte «no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido».

ciones del río o de sus afluentes a las que se aplicará el régimen internacional.

103. La cuestión sometida a la CPJI era la de si la jurisdicción de la Comisión debía extenderse a dos afluentes del Oder situados en Polonia, el Netze (Notec) y el Warthe (Warta); Polonia sostenía que la jurisdicción de la Comisión terminaba donde el Oder cruzaba la frontera polaca, mientras que los demás miembros de la Comisión afirmaban que se extendía hasta donde cada uno de los afluentes dejaba de ser navegable, aunque ese punto estuviera situado en territorio polaco. La navegabilidad del Warthe y el Netze no se ponía en duda, pero Polonia aducía que los tramos de esos ríos situados en territorio polaco sólo proporcionaban a Polonia «acceso al mar» en el sentido del artículo 331.

104. Así pues, la cuestión litigiosa en este asunto concernía a la competencia de la Comisión del Oder, en particular, y a los derechos de navegación, en general. La CPJI, sin embargo, llegó a la conclusión de que no podía resolver la cuestión que se le había sometido basándose exclusivamente en las disposiciones del Tratado de Versalles, por lo que recurrió a los «principios que rigen la materia a que se refiere el texto», es decir, los que «rigen el derecho fluvial internacional en general»¹⁷⁰. La Corte reconoció que el deseo de proporcionar a los Estados de aguas arriba la posibilidad de libre acceso al mar tuvo una gran importancia «en la formación del principio de la libertad de navegación en los llamados ríos internacionales». Pero añadió:

Sin embargo, al examinar la manera en que los Estados han considerado las situaciones concretas derivadas del hecho de que un mismo curso de agua atraviesa o separa el territorio de más de un Estado y la posibilidad de cumplir las exigencias de justicia y las consideraciones de conveniencia que pone de manifiesto este hecho, se advierte enseguida que la solución del problema se ha buscado, no ya en la idea de un derecho de paso a favor de los Estados de aguas arriba, sino en la de una comunidad de intereses de los Estados ribereños. Esta comunidad de intereses en un río navegable se convierte en la base de una comunidad de derecho cuyas características fundamentales son la igualdad absoluta de todos los Estados ribereños del uso de la totalidad del curso del río y la exclusión de todo privilegio de cualquier Estado ribereño en relación con los demás¹⁷¹.

La Corte sostuvo seguidamente que, de conformidad con el Tratado de Versalles, la jurisdicción de la Comisión se extendía a los tramos de los afluentes del Oder que estaban situados en territorio polaco.

105. La controversia sometida a la CPJI versaba sobre cuestiones de navegación, pero los pronunciamientos de aquélla sobre el «derecho fluvial internacional» en general¹⁷² pueden ser aplicables también, hasta cierto punto, a los usos distintos de la navegación. Tal ha sido la conclusión de los comentaristas. Por ejemplo, Lipper, en su estudio sobre el aprovechamiento equitativo, señala que «tanto el lenguaje empleado [por la Corte] como su razonamiento determinan que [el pasaje citado] sea igualmente aplicable a los usos para fines distintos de la navegación», y que

[...] las «exigencias de justicia y consideraciones de conveniencia» mencionadas por la Corte se aplican con la misma fuerza a los usos de navegación y a los usos para fines distintos de la navegación [...]. Por último, si la navegación por un río internacional —que entraña mate-

rialmente la entrada de buques extranjeros en el territorio de otro Estado— no viola la soberanía estatal, parecería que, *a fortiori*, los Estados tienen derecho a utilizar las aguas de un río de esa naturaleza dentro de su propio territorio sin perjuicio de «la igualdad absoluta de todos los Estados ribereños» para hacerlo¹⁷³.

Lammers opta en su análisis por un planteamiento algo diferente y señala que la CPJI basa su conclusión acerca de «una comunidad de intereses de los Estados ribereños» en consideraciones que no se refieren únicamente a la navegación. Señala también que

[...] la Corte basó [la existencia de la comunidad de intereses de los Estados ribereños] en: 1) «la manera en que los Estados han considerado las condiciones concretas derivadas del hecho de que un mismo curso de agua atraviesa o separa el territorio de más de un Estado»; y 2) «la posibilidad de cumplir las exigencias de justicia y las consideraciones de conveniencia que pone de manifiesto este hecho». Ambos elementos fueron mencionados por la Corte sin hacer ninguna salvedad.

Observa que

no es improbable que, a juicio de la Corte, el concepto jurídico de «una comunidad de intereses de los Estados ribereños» deba servir de base a las soluciones jurídicas, no sólo de los problemas de navegación que suscite el carácter internacional de un curso de agua internacional, sino también de los problemas relacionados con otras formas de utilización de las aguas de un curso de agua internacional.

Reconoce que

en lo que concierne a las modalidades de uso distintas de la navegación, el concepto jurídico de la comunidad de intereses no puede, por supuesto, tener exactamente la misma aplicación. Como se desprende de la práctica de los Estados, cada Estado ribereño sólo puede hacer ese otro uso de las aguas dentro de los límites de su propio territorio.

Sin embargo añade que

los otros elementos mencionados, como «la igualdad absoluta de todos los Estados ribereños», y la exclusión de todo privilegio de cualquier Estado ribereño en relación con los demás», probablemente se aplicaría del mismo modo, según el modo de ver de la Corte, a los usos de las aguas para fines distintos de la navegación¹⁷⁴.

ii. Asunto del transvase de las aguas del Mosa¹⁷⁵

106. Según la CPJI:

El Mosa es un río internacional. Nace en Francia [...] sale del territorio francés cerca de Givet, atraviesa Bélgica, forma la frontera entre los Países Bajos y Bélgica [...] y entra en territorio neerlandés a algunos kilómetros aguas arriba de Maastricht. Entre Borgharen (a algunos kilómetros aguas abajo de Maastricht) y Wessem-Maasbracht, el Mosa forma de nuevo la frontera entre Bélgica y los Países Bajos, y luego, aguas abajo de Wessem-Maasbracht, las dos orillas del río se encuentran en territorio neerlandés¹⁷⁶.

Bélgica y los Países Bajos celebraron en 1863 un tratado para «resolver de manera estable y definitiva el régimen de los transvases del Mosa para la alimentación de los canales de navegación y de riego»¹⁷⁷. En el artículo 1 del Tratado se estipulaba la construcción, en territorio neerlandés, más abajo de Maastricht, de una nueva toma en el Mosa que serviría para alimentar todos los canales situados aguas abajo de esa ciudad. En 1930, Bélgica había iniciado la construcción de un canal (el canal Alberto) que debía ser alimentado con el agua

¹⁷³ Lipper, *loc. cit.* (nota 76 *supra*), pág. 29.

¹⁷⁴ Lammers, *op. cit.* (nota 77 *supra*), pág. 507.

¹⁷⁵ Fallo de 28 de junio de 1937, *C.P.J.I., serie A/B, N.º 70*, pág. 4; resumido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 198, documento A/5409, párrs. 1022 y ss.

¹⁷⁶ *C.P.J.I., serie A/B, N.º 70*, págs. 9 y 10.

¹⁷⁷ El texto del Tratado de 1863 se reproduce en *C.P.J.I., serie A/B, N.º 70*, pág. 81, anexo I; y en Naciones Unidas, *Textes législatifs...*, pág. 550, N.º 157. Véase asimismo *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 155, documento A/5409, párrs. 736 a 740.

¹⁷⁰ *C.P.J.I., serie A, N.º 23*, pág. 26.

¹⁷¹ *Ibid.*, págs. 26 y 27.

¹⁷² *Ibid.*, pág. 26.

extraída del Mosa en territorio belga, aguas arriba de Maestricht. En 1936, los Países Bajos promovieron ante la CPJI un procedimiento contra Bélgica, alegando que algunos de los trabajos previstos o ejecutados por ese Estado en relación con el proyecto de canal de 1930 violarían el Tratado de 1863. El Gobierno de Bélgica, en su contramemoria, sostuvo por su parte que los Países Bajos habían violado el Tratado al construir una presa, y alegó también que las aportaciones de agua hasta el canal Juliana construido por los Países Bajos estarían sujetas al Tratado.

107. La significación de la opinión de la CPJI a los presentes efectos está considerablemente limitada por el hecho de que ésta, si bien señaló que las partes habían hecho alusión en sus alegaciones escritas y orales a «la aplicación de las normas generales del derecho internacional fluvial», entendió que «las cuestiones [litigiosas] no pueden dirimirse más que mediante la interpretación y la aplicación de dicho Tratado» [de 1863]¹⁷⁸. No obstante, la Corte hizo varias afirmaciones dignas de mención al examinar las alegaciones hechas por los Países Bajos, a saber: a) que los planes de Bélgica sobre los transvases de agua del Mosa, aguas arriba de Maestricht, violaban el derecho de vigilancia de los Países Bajos sobre los transvases de agua del Mosa por medio de la toma de Maestricht¹⁷⁹, y b) que la alimentación de canales situados aguas abajo de Maestricht con agua tomada del Mosa en exceso de las cantidades asignadas a Bélgica por el Tratado de 1863, violaba las disposiciones de éste relativas a la distribución de las aguas del Mosa. Por lo que respecta al primer punto, la Corte dijo:

[] No hay duda de que, en la medida en que el derecho de vigilancia deriva de la situación de la toma en territorio neerlandés, los Países Bajos, como soberano territorial, gozan de un derecho de vigilancia en un grado que no puede poseer Bélgica¹⁸⁰

En cuanto al segundo punto, la Corte manifestó:

[] Por consiguiente, si se reivindica en nombre del Gobierno neerlandés, además de los derechos que resultan necesariamente de la situación en territorio neerlandés de la nueva toma, ciertos privilegios, en el sentido de que el Tratado imponga a Bélgica y no a los Países Ba-

¹⁷⁸ C P J I, serie A/B, N.º 70, pag 16 Los comentaristas están de acuerdo, en general, en que «excepto como ejemplo de las posibilidades que ofrece el procedimiento judicial en este campo, la decisión no aporta ningún importante principio general de derecho internacional» [A P Lester, «Pollution», en Garretson, Hayton y Olmstead, *op cit* (nota 76 *supra*), pag 100] Véase asimismo Lammers, *op cit* (nota 77 *supra*), pag 504 No obstante, a menudo se cita la parte de la opinión individual del magistrado Hudson en lo concerniente a los «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» como fundamento de la facultad de la Corte para resolver conforme a equidad (C P J I, serie A/B, N.º 70, pag 76)

¹⁷⁹ El principal fundamento de la queja de los Países Bajos a este respecto se refería al hecho de que una parte del nuevo canal construido por Bélgica (el canal Alberto) utilizaba el lecho del antiguo canal Hasselt, que estaba situado en territorio belga aguas abajo de Maestricht, y por lo tanto, en virtud del Tratado, su alimentación tenía que efectuarse mediante aportaciones de la toma de Maestricht. Los Países Bajos alegaban, esencialmente, que Bélgica no podía, de acuerdo con el Tratado, alimentar el tramo del canal Alberto constituido por el antiguo canal Hasselt con aportaciones de lugares distintos de la toma de Maestricht. El motivo de la preocupación de los Países Bajos parece haber sido que no podría vigilar los transvases en territorio belga del mismo modo que en el canal de alimentación de Maestricht, esta posibilidad de ejercer cierto grado de control sobre los transvases mediante una facultad de vigilancia era, probablemente, un aspecto del acuerdo general que tenía importancia para los Países Bajos

¹⁸⁰ C P J I, serie A/B, N.º 70, pag 18

jos una obligación de abstenerse de ciertos actos respecto de la alimentación de los canales situados aguas abajo de Maestricht con aguas extraídas del Mosa fuera del canal de alimentación previsto en el Tratado, el alegato va más allá de lo que cabe fundarse en el texto del Tratado¹⁸¹

La Corte pasó luego a hacer la siguiente observación con respecto a los transvases de agua del Mosa en puntos distintos del canal de alimentación previsto en el Tratado a canales no mencionados expresamente en éste que estuvieran situados enteramente en el territorio de Bélgica o de los Países Bajos:

[] A este respecto, cada uno de los dos Estados es libre, mientras actúe en su propio territorio, de modificarlos, transformarlos, llenarlos e incluso de aumentar su volumen de agua con nuevas aportaciones, mientras ello no afecte a la extracción de agua en el canal de alimentación previsto en el Tratado ni al volumen de agua que debe descargar este canal para mantener el nivel y la corriente normales en el Zuid-Willemsvaart [un canal situado en parte en los Países Bajos]¹⁸²

Así pues, parece que la Corte reconoció que el régimen establecido en el Tratado para la alimentación de los canales aguas abajo de Maestricht no podía legalmente sufrir menoscabo por los transvases del Mosa efectuados aguas arriba en lugares y para fines o regulados por el Tratado de 1863.

iii. Asunto del Estrecho de Corfú¹⁸³

108. Este asunto se sometió a la CIJ por acuerdo especial entre Albania y el Reino Unido con objeto de resolver si el Reino Unido tenía derechos de paso inocente por el Estrecho de Corfú y si Albania era internacionalmente responsable por la pérdida de vidas y los daños causados a dos destructores del Reino Unido cuando esos buques chocaron con unas minas en el estrecho¹⁸⁴. Así pues, el asunto no versa en absoluto sobre los cursos de agua internacionales ni, hablando con propiedad, sobre otros daños relacionados con el medio ambiente, como los sufridos por la contaminación de la atmósfera.

¹⁸¹ *Ibid*, pag 20

¹⁸² *Ibid*, pag 26

¹⁸³ Fallo de 9 de abril de 1949, *C I J Recueil 1949*, pag 4 En general, véase Q Wright, «The Corfu Channel Case», *The American Journal of International Law*, Washington (D C), vol 43, 1949, pag 491, A C Kiss, «Problemes juridiques de la pollution de l'air», en *Academia de Derecho Internacional de La Haya, Colloque 1973 — La protection de l'environnement et le droit international*, A C Kiss, ed, Leyden, Sijthoff, 1975, pag 168, Lammers, *op cit* (nota 77 *supra*), pag 525 a 527, A P Lester, «River Pollution in International Law», *The American Journal of International Law*, vol 57, 1963, pag 839 a 840, y S A Bleicher, «An Overview of International Environmental Regulation», *Ecology Law Quarterly*, Berkeley (Cal), vol 2, 1972, pag 16 a 19

¹⁸⁴ Estos buques formaban parte de una flotilla de buques de guerra británicos que, el 22 de octubre de 1946, atravesaba el estrecho de Corfú sin autorización del Gobierno de Albania. Las circunstancias de este incidente, sucintamente expuestas, son las siguientes: el 5 de mayo de 1946, unos buques de guerra británicos sufrieron el fuego de una batería albanesa mientras navegaban por el estrecho. El Gobierno del Reino Unido formuló una protesta, reivindicando un derecho de paso inocente por el estrecho. Albania replicó que ningún buque extranjero, fuese de guerra o mercante, tenía derecho de paso inocente por las aguas territoriales albanesas sin previa notificación a las autoridades de Albania y sin la autorización de estas. Por eso, el 22 de octubre de 1946, cuando la flotilla británica entró en el estrecho sin previa notificación ni autorización, Albania alegó que el Reino Unido había violado la soberanía albanesa (Mas tarde, los días 12 y 13 de noviembre de 1946, el Reino Unido procedió a la limpieza de varias minas en el estrecho, Albania también sostuvo en este caso que tal intervención violaba su soberanía)

No obstante, ciertos aspectos de la opinión de la Corte han sido citados reiteradamente en relación con análisis jurídicos de los problemas internacionales del medio ambiente¹⁸⁵. Examinaremos brevemente estos aspectos.

109. La CIJ aunque resolvió que no había pruebas suficientes para concluir que las minas habían sido sembradas por Albania o a petición de ésta, falló que las minas no podían haber sido sembradas sin conocimiento de Albania. Sostuvo seguidamente que de tal conocimiento nacía una obligación de notificar a los buques que navegaban en el sector la existencia de las minas y de advertir a los buques de guerra británicos del peligro inminente creado por esos artefactos¹⁸⁶. La Corte manifestó que:

[] Tales obligaciones se basan [] en ciertos principios generales ampliamente reconocidos, a saber consideraciones elementales de humanidad, mas absolutas aun en tiempo de paz que en tiempo de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas, y 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*¹⁸⁷

110. La obligación mencionada en último lugar por la Corte puede considerarse como una expresión de la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*¹⁸⁸ y, hasta ese punto, es útil en el contexto del presente estudio. Sin embargo, los hechos litigiosos estaban muy alejados de los tipos de situación que nos ocupa en el presente contexto¹⁸⁹ y, además, la fórmula de la Corte no proporciona ninguna indicación acerca de lo que podrían ser los «derechos de otros Estados» en relación con el uso de los cursos de agua internacionales para fines dis-

tintos de la navegación. No obstante, la Corte consideró que esa obligación tenía carácter de principio general ampliamente reconocido y no dio ninguna indicación de que la aplicabilidad de esa obligación o de los otros dos principios a que había hecho alusión se limitara a situaciones de hecho estrechamente similares a las planteadas en dicho asunto. Cabe concluir, por consiguiente, que la obligación general definida por la Corte atribuye carácter internacionalmente ilícito al hecho de que un Estado permita «la utilización de su territorio», incluidos los tramos de los cursos de agua internacionales situados en él, «para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados»¹⁹⁰. Quedan por determinar y definir, por supuesto, «los derechos de otros Estados» a través o a lo largo de cuyo territorio fluya el curso de agua de que se trate. Tales derechos podrían comprender, entre otros, el derecho a una participación equitativa en el uso y aprovechamiento de las aguas, o el derecho a no sufrir consecuencias perjudiciales, o «un perjuicio apreciable», por causa del curso de agua. Una vez determinados esos derechos, la obligación reconocida en el asunto del Estrecho de Corfú proporcionaría protección contra su violación¹⁹¹.

b. *Laudos arbitrales*

i. Asunto del lago Lanós¹⁹²

111. En este asunto se trataba de un proyecto hidroeléctrico, propuesto en 1950 por Electricité de France y aprobado por el Gobierno francés, por el que las aguas del lago Lanós, situado en los Pirineos orientales, dentro de Francia en su totalidad, serían desviadas y conducidas por una rampa muy inclinada al río Ariège. La diferencia de altitud entre el lago y el río Ariège permitiría generar electricidad. La dificultad era que, mientras que el lago Lanós fluye naturalmente hacia España por los ríos Font-Vivres y Carol, y de allí al Mediterráneo, el Ariège es afluente del Gargonne, que discurre por Francia y desemboca en el Atlántico. En el proyecto inicial no se preveía que el agua volviese al río Carol, pese a que servía para atender importantes inte-

¹⁸⁵ Véase Bleicher y Lammers, citados nota 183 *supra*, I Brownlie, «A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N M), vol 13, 1973, pag 180, M H Arsanjani, *International Regulation of Internal Resources*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1981, pags 397 a 399, Lester, *loc cit* (nota 178 *supra*), pags 101 y 102, Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los rios internacionales, adoptadas por la Asociación de Derecho Internacional, comentario (apartado a) al artículo X, ILA, *op cit* (nota 79 *supra*), pag 497

¹⁸⁶ Con respecto al paso inocente, la Corte

«ha llegado a la conclusion de que debe considerarse que el Estrecho Norte de Corfú pertenece a la categoría de las vias marítimas internacionales, por las que el paso no puede ser prohibido en tiempo de paz por un Estado ribereño

»[]

»Por tales motivos, la Corte no puede aceptar la tesis según la cual el Gobierno del Reino Unido ha violado la soberanía albanesa al hacer pasar por el estrecho a los buques de guerra sin haber obtenido previamente la autorización del Gobierno albanes » (*C I J Recueil 1949*, pags 29 y 30)

¹⁸⁷ *Ibid*, pag 22

¹⁸⁸ De acuerdo con esa opinión, véase, por ejemplo, las Normas de Helsinki, comentario (apartado a) al artículo X (véase nota 79 *supra*), y Lester, *loc cit* (nota 178 *supra*), pag 101 Véase también el memorando de 1949 del Secretario General, *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codificación de la Commission du droit international*, publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta 1948.V 1(1)

«[] Se ha reconocido de una manera general la norma según la cual un Estado no debe permitir el uso de su territorio con fines lesivos para los intereses de otros Estados, de manera contraria al derecho internacional [] » (Pag 38, parr 57)

¹⁸⁹ Asimismo, como señala Bleicher,

«[] A la Corte le preocupaban primordialmente otras cuestiones, como los problemas de la prueba y las presunciones, el alcance del derecho de paso inocente de los buques de guerra y la competencia de la Corte para fijar el importe de la indemnización a tenor del compromiso [] » [*Loc cit* (nota 183 *supra*), pag 17]

¹⁹⁰ *C I J Recueil*, 1949, pag 22

¹⁹¹ Véase la afirmación de Lammers según la cual, una vez establecidos los «derechos de otros Estados», la obligación reconocida por la Corte «puede ser alegada para determinar que los Estados están obligados, no solo a impedir las violaciones de esos derechos cometidas por sus órganos, sino también a impedir el menoscabo de los intereses protegidos por esos derechos de resultados del comportamiento de particulares o entidades privadas desde su territorio » [*Op cit* (nota 77 *supra*), pag 527]

¹⁹² Texto original francés del laudo arbitral en *Revue generale de droit international public*, Paris, 62 ° año, 1958, pags 79 y ss, y Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol XII (N ° de venta 63 V 3), pags 281 y ss, reproducido parcialmente en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pags 207 y ss, documento A/5409, párrs 1055 a 1968, traducción parcial en inglés en *The American Journal of International Law*, Washington (D C), vol 53, 1959, pags 156 y ss, e *International Law Reports*, 1957, Londres, 1961, vol 24, pags 101 y ss Para los comentarios, véase en particular J G Laylin y R L Bianchi, «The role of adjudication in international river disputes The Lake Lanoux case», *The American Journal of International Law*, vol 53, 1959, pags 30 y ss, F Dulery, «L'affaire du lac Lanoux», *Revue generale de droit international public*, 62 ° año, 1958, pags 469 y ss, A Gervais, «L'affaire du lac Lanoux — etude critique de la sentence du tribunal arbitral», *Annuaire français de droit international*, 1960, Paris, vol 6, pags 372 y ss, Lammers, *op cit* (nota 77 *supra*), pags 508 a 517, Whiteman, *op cit* (nota 78 a *supra*), pags 1066 a 1073, y Bleicher, *loc cit* (nota 183 *supra*), pags 25 a 28

reses en materia de riego en España. En vez de ello, Francia ofreció una indemnización pecuniaria que fue rechazada por España¹⁹³. El proyecto fue entonces modificado: «Para compensar esta desviación de las aguas que alimentan el Carol, se conduciría mediante una galería subterránea parte de las aguas del Ariège al Carol» y, de allí, a España¹⁹⁴. Aunque Francia propuso devolver al Carol un volumen de agua equivalente al que se había desviado, España se opuso a toda desviación de las aguas del lago Lanós porque el proyecto

modifica las condiciones naturales de la cuenca hidrográfica del lago Lanós, desviando sus aguas hacia el Ariège y haciendo depender así físicamente de la voluntad humana la restitución de las aguas al Carol, lo que implicaría la preponderancia de hecho de una Parte en vez de la igualdad de las dos Partes prevista por el Tratado de Bayona de 26 de mayo de 1866 y por el Acta adicional de la misma fecha [...]»¹⁹⁵.

Cuando se fijó la frontera entre España y Francia desde Andorra hasta el Mediterráneo por el Tratado de Bayona de 26 de mayo de 1866, se añadió al Tratado un Acta adicional en la que se reconocían los derechos existentes sobre los cursos de agua que fluían de un país a otro o que formaban la frontera y se requería el acuerdo de los dos Estados antes de hacer ninguna obra nueva que pudiera cambiar el régimen o el volumen de tales cursos de agua¹⁹⁶.

112. Como las negociaciones entre España y Francia no habían llevado a ninguna solución, las Partes concertaron un compromiso de arbitraje y sometieron al tribunal arbitral la siguiente cuestión¹⁹⁷:

¿Tiene razón el Gobierno francés al sostener que, al ejecutar, sin previo acuerdo de los dos Gobiernos, obras de aprovechamiento de las aguas del lago Lanós en las condiciones previstas en el proyecto y en las propuestas francesas a que se refiere el preámbulo del presente compromiso, no infringiría las disposiciones del Tratado de Bayona de 26 de mayo de 1866 y del Acta adicional de la misma fecha?»¹⁹⁸.

Aunque esta formulación de la cuestión hace pensar que el compromiso de arbitraje limitaba la competencia del tribunal a la aplicación e interpretación del Tratado de 1866, el tribunal estimó que

Cuando hay lugar a interpretación, ésta debe hacerse de acuerdo con el derecho internacional, que no consagra ningún sistema absoluto y rígido de interpretación. En consecuencia, procede tener en cuenta el espíritu que preside los Tratados de los Pirineos, así como las normas de derecho internacional común¹⁹⁹.

113. El tribunal llegó a la conclusión de que el proyecto francés no violaba ni el Tratado ni el Acta adicional de 1866. En el curso de su opinión, el tribunal hizo varias importantes declaraciones sobre los derechos y de-

beres que, conforme al derecho internacional general, tienen los Estados ribereños de un curso de agua internacional. De tales declaraciones, aquí se mencionarán las que más interés tienen para el presente análisis; en cuanto a las demás, se hará referencia a ellas en relación con otros aspectos del tema.

114. El artículo 8 del Acta adicional disponía que:

Todas las aguas estancadas y corrientes, sean de dominio público o privado, quedan sometidas a la soberanía del país en que se encuentran y, por consiguiente, a su legislación, sin perjuicio de las modificaciones convenidas por los dos Gobiernos.

En relación con la afirmación de que «tales modificaciones deberían ser interpretadas de manera restrictiva, pues derogar la soberanía», el tribunal declaró que

no podría admitir una fórmula tan absoluta. La soberanía territorial funciona en forma de presunción. Debe inclinarse ante todas las obligaciones internacionales, cualquiera que sea su fuente, pero sólo ante ellas.

La cuestión estriba, pues, en saber cuáles son en este caso las obligaciones del Gobierno francés [...]»²⁰⁰.

115. El tribunal consideró que el problema planteado en el compromiso de arbitraje podía reducirse a dos cuestiones fundamentales: primera, si el proyecto francés constituiría por sí mismo una infracción de los derechos reconocidos a España por el Tratado y el Acta adicional de 1866 y, segundo, de ser negativa la respuesta a la cuestión anterior, si la ejecución del proyecto sin acuerdo previo entre los dos países constituiría una infracción del Tratado y del Acta adicional.

116. Por lo que respecta a la primera cuestión, España había argumentado, como se indica más arriba (párr. 111), que el proyecto era ilegal porque, al modificar las condiciones naturales, haría «depender así físicamente de la voluntad humana la restitución de las aguas al Carol». España basaba este argumento en el artículo 12 del Acta adicional. El tribunal observó que:

Según el Gobierno español, en esta disposición quedaría consagrada la idea de que ninguna de las Partes puede, sin el consentimiento de la otra, modificar el curso natural de las aguas [...] [No obstante,] el Gobierno español no atribuye un sentido absoluto al respeto del orden natural; según su réplica [...] «Todo Estado tiene derecho a aprovechar unilateralmente la parte de cualquier río que atraviesa su territorio, siempre que este aprovechamiento sea de naturaleza tal que no provoque en el territorio de otro Estado más que un perjuicio limitado, una incomodidad mínima, como las que implica la buena vecindad»²⁰¹.

117. El tribunal estimó después que el argumento de España en relación con la primera cuestión constaba de dos partes: primera, que las transferencias de agua de una cuenca a otra efectuadas por un Estado ribereño sin el consentimiento del otro Estado ribereño estaban prohibidas, incluso aunque se restituyese a la cuenca de origen un volumen equivalente de agua, y, segunda, que estaban prohibidas, salvo acuerdo de la otra parte, «todas las acciones que puedan crear, con una desigualdad de hecho, la posibilidad física de una violación de derecho»²⁰².

118. Con respecto a la primera parte del argumento de España, el tribunal llegó a la conclusión de que «la desviación con restitución, tal como está prevista en el pro-

¹⁹³ Whiteman, *op. cit.*, pág. 1066.

¹⁹⁴ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII..., pág. 294.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pág. 285, tercer considerando del compromiso de arbitraje.

¹⁹⁶ Whiteman, *op. cit.*, pág. 1066.

¹⁹⁷ «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del compromiso, el Tribunal Arbitral estaba constituido por cuatro miembros: el Sr. Plinio Bolla y el Sr. Paul Reuter (nombrados por el Gobierno francés), el Sr. Fernand de Visscher y el Sr. Antonio de Luna (nombrados por el Gobierno español), y un presidente: el Sr. Sture Petren (designado por el Rey de Suecia). El Tribunal se reunió en Ginebra y dictó sentencia el 16 de noviembre de 1957.» [*Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 207, documento A/5409, párr. 1061].

¹⁹⁸ Artículo 1 del compromiso de arbitraje (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII..., pág. 286).

¹⁹⁹ Párrafo 2 (penúltimo apartado) de la sentencia arbitral (*ibid.*, pág. 301).

²⁰⁰ Párrafo 1 (apartados segundo y tercero) de la sentencia (*ibid.*, págs. 300 y 301).

²⁰¹ Párrafo 7 (tercer apartado) de la sentencia (*ibid.*, pág. 304).

²⁰² Párrafo 7 (cuarto apartado) de la sentencia (*ibid.*).

yecto y en las propuestas francesas, no es contraria al Tratado ni al Acta adicional de 1866»²⁰³. Para llegar a esta conclusión, el tribunal razonó como sigue:

[] No podría ocultarse al tribunal, desde el punto de vista de la geografía física, la realidad de cada cuenca fluvial, que como se sostiene en la demanda española [] constituye «una unidad» Pero de ese reconocimiento no cabe inferir las consecuencias absolutas a que se quiere llegar en la tesis española. La unidad de una cuenca no está sancionada en el plano jurídico sino en la medida en que responde a realidades humanas. El agua, que constituye por naturaleza un bien fungible, puede ser restituida si no se alteran sus cualidades en relación con las necesidades humanas. Una desviación con restitución, tal como la prevista en el proyecto francés, no modifica un estado de cosas ordenado en función de las exigencias de la vida social²⁰⁴.

119. El tribunal rechazó la segunda parte del argumento de España con la observación de que, como Francia había dado seguridades de que no atentaría contra el régimen establecido con arreglo a sus propuestas,

[] No cabe alegar que, pese a tales seguridades, España no tendría una garantía suficiente, ya que existe un principio general del derecho perfectamente establecido según el cual no se presume la mala fe²⁰⁵.

El tribunal llegó a la conclusión de que:

[] ni en el Tratado ni en el Acta adicional de 26 de mayo de 1866 ni en el derecho internacional común se encuentra ninguna norma por la que se prohíba que un Estado, para salvaguardar sus legítimos intereses, se coloque en situación que le permita de hecho, violando sus compromisos internacionales, perjudicar incluso gravemente a un Estado vecino²⁰⁶.

120. El tribunal pasó después a la segunda cuestión básica planteada en el asunto, a saber, la afirmación de España de que para la ejecución del proyecto francés «era preciso el acuerdo previo de los dos Gobiernos, sin el cual el país que lo propone no puede tener libertad de acción para iniciar las obras». Como España basaba su posición no sólo en el Tratado y el Acta adicional, sino también en las normas generalmente aceptadas del derecho internacional, el tribunal estimó que era posible «demostrar la existencia de una norma general no escrita de derecho internacional» establecida por, entre otras cosas, los precedentes [...] «en la práctica internacional de los Estados en materia de aprovechamiento industrial de los cursos de agua internacionales»²⁰⁷.

121. El tribunal empezó haciendo algunas observaciones generales:

[] Admitir que en una materia determinada no se puede ejercer la soberanía mas que a condición de que se llegue a un acuerdo entre dos Estados equivale a imponer una restricción esencial a la soberanía del Estado, y solo podría aceptarse esta tesis si se la demostrara de forma concluyente. Sin duda, en la práctica internacional se encuentran algunos casos particulares que abonan dicha tesis [] Con todo, estos ca-

sos son excepcionales y la jurisprudencia internacional no reconoce de buen grado su existencia, especialmente cuando atentan a la soberanía territorial de un Estado, como ocurriría en el caso de que se trata

En efecto, para apreciar en su esencia la necesidad de un acuerdo previo, es preciso situarse en la hipótesis de que los Estados interesados no pueden llegar a un acuerdo. En ese caso, hay que admitir que el Estado que normalmente ejercería la soberanía ha perdido el derecho de actuar por sí solo, debido a la oposición incondicionada y arbitraria de otro Estado. Esto equivaldría a admitir un «derecho de asentimiento», un «derecho de veto», que paralizaría a discreción de un Estado el ejercicio de la soberanía territorial de otro Estado.

De ahí que en la práctica internacional, se recurra preferentemente a soluciones menos extremas, limitándose a obligar a los Estados a que celebren negociaciones para llegar a un acuerdo, pero sin subordinar a la conclusión de este el ejercicio de sus soberanías respectivas []²⁰⁸.

En consecuencia, el tribunal resolvió que la práctica internacional no permitía llegar más que a la conclusión siguiente:

[] no puede considerarse como costumbre y todavía menos como principio general del derecho la norma de que los Estados no pueden aprovechar la energía hidráulica de los cursos de agua internacionales mas que a condición de que los Estados interesados lleguen a un acuerdo previo²⁰⁹.

En el curso de su análisis de la cuestión que antecede, el tribunal tuvo ocasión de hacer la siguiente declaración:

[] admitiendo que exista un principio que prohíbe al Estado del curso superior alterar las aguas de un río en condiciones tales que se pueda perjudicar gravemente al Estado del curso inferior, tal principio no es aplicable al caso actual, ya que el tribunal ha admitido [] que el proyecto francés no altera las aguas del Carol []²¹⁰.

122. Finalmente, el tribunal abordó la cuestión de si Francia había cumplido las obligaciones enunciadas en el artículo 11 del Acta adicional, que disponía que el Estado que se propusiera realizar obras diese aviso previamente y estableciese un régimen de reclamaciones y de salvaguardia de «todos los intereses afectados de una y otra parte». El tribunal resolvió que Francia había cumplido esas obligaciones, pero, para llegar a tal conclusión, hizo otras declaraciones de carácter general que no parecen basarse solamente en el acuerdo de las Partes (en este caso, el artículo 11). Ante todo, el tribunal señaló que no se había negado que Francia hubiera incumplido la obligación de dar aviso previo. El tribunal examinó a continuación la cuestión de como deben salvaguardarse «todos los intereses que podrían ser afectados de una y otra parte»²¹¹. Estimando que estaba en juego algo más que «los intereses que correspondan a un derecho de los ribereños», declaró:

[] Es preciso tener en cuenta, cualquiera que sea su naturaleza, todos los intereses susceptibles de ser afectados por las obras emprendidas, aun en el caso de que no estén protegidos por un derecho. Tan solo esta solución responde a los términos del artículo 16 [del Acta adicional], al espíritu de los tratados pirenaicos y a las tendencias que se manifiestan en materia de aprovechamiento de la energía hidroeléctrica en la práctica internacional actual²¹².

²⁰⁸ Párrafo 11 (apartados primero, segundo y tercero) de la sentencia (*ibid*)

²⁰⁹ Párrafo 13 (segundo apartado) de la sentencia (*ibid* , pag 308) Para llegar a esta conclusión, el tribunal se basó en la Convención de Ginebra de 9 de diciembre de 1923, relativa al aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados [Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traites*, vol XXXVI, pag 76, véase también *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pags 61 y ss, documento A/5409, párrs 68 a 78]

²¹⁰ Párrafo 13 (primer apartado) de la sentencia (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol XII , pag 308)

²¹¹ Párrafo 22 (primer apartado) de la sentencia (*ibid* , pag 314)

²¹² Párrafo 22 (segundo apartado) de la sentencia (*ibid* , pag 315)

²⁰³ Párrafo 8 (tercer apartado) de la sentencia (*ibid* , pag 305)

²⁰⁴ Párrafo 8 (primer apartado) de la sentencia (*ibid* , pag 304) El tribunal señaló además que «en las federaciones, la jurisprudencia ha reconocido la validez de [la] práctica [de desviar agua de una cuenca a otra para los efectos de generar energía eléctrica]», e hizo referencia al fallo dictado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el asunto *Wyoming v Colorado* (1922) (*United States Reports*, 1923, vol 259, pag 419), así como a los casos citados por Berber, *Die Rechtsquellen* , *op cit* (nota 77 *supra*), pag 180, y G Sauser-Hall, «L'utilisation industrielle des fleuves internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1953-II, Leyden, Sijthoff, 1955, vol 83, pag 544

²⁰⁵ Párrafo 9 (segundo apartado) de la sentencia (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol XII , pag 305)

²⁰⁶ *Ibid*

²⁰⁷ Párrafo 10 (tercer apartado) de la sentencia (*ibid* , pag 306)

El tribunal explicó en seguida cómo, según principios que evidentemente son de aplicabilidad general, se pueden salvaguardar esos intereses. Afirmó que el procedimiento «no podría reducirse a exigencias puramente formales, como la de tomar nota de las reclamaciones». Según el tribunal:

[...] el Estado del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios, y de demostrar que a ese respecto hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios²¹³.

123. Pero el tribunal no se detuvo ahí. Abordando la cuestión de si Francia había tenido suficientemente en consideración los intereses españoles, el tribunal subrayó «la íntima relación existente entre la obligación de tener en cuenta en el curso de las negociaciones los intereses de la otra parte, por un lado, y la obligación de proteger estos intereses de forma razonable en la solución elegida, por otra»²¹⁴. El tribunal llegó a la conclusión de que Francia había tenido suficientemente en consideración los intereses españoles y de que, en consecuencia, «el proyecto francés reúne los requisitos establecidos en el artículo 11 del Acta adicional».

124. Como se ha visto, al decidir sobre el asunto del lago Lanós, el tribunal arbitral aplicó varios principios de derecho internacional general, entre ellos algunos relativos específicamente a los cursos de agua internacionales. Entre tales principios figuran los siguientes:

1) la soberanía territorial «debe inclinarse ante todas las obligaciones internacionales, cualquiera que sea su fuente»;

2) «la unidad de una cuenca no está sancionada en el plano jurídico sino en la medida en que responde a realidades humanas», por lo que la desviación de agua de una cuenca, acompañada de la restitución de agua a ella, sin alteración notable de su calidad o de su cantidad, «no modifica un estado de cosas ordenado en función de las exigencias de la vida social»;

3) «existe un principio general del derecho perfectamente establecido según el cual no se presume la mala fe»;

4) en los principios generalmente aceptados de derecho internacional no se encuentra «ninguna norma por la que se prohíba que un Estado, para salvaguardar sus legítimos intereses, se coloque en situación que le permita de hecho, violando sus compromisos internacionales, perjudicar incluso gravemente a un Estado vecino»;

5) al menos en el contexto fáctico del asunto que se examina, en la práctica internacional no se requiere un acuerdo previo entre los Estados ribereños, sino que se recurre «preferentemente a soluciones menos extremas, limitándose a obligar a los Estados a que celebren negociaciones para llegar a un acuerdo, pero sin subordinar a la conclusión de éste el ejercicio de sus soberanías respectivas»;

6) aunque es inaplicable al problema que se examina, existe «un principio que prohíbe al Estado del curso superior alterar las aguas de un río en condiciones tales

que se pueda perjudicar gravemente al Estado del curso inferior»;

7) según «las tendencias que se manifiestan en materia de aprovechamiento de la energía hidroeléctrica en la práctica internacional actual», «es preciso tener en cuenta, cualquiera que sea su naturaleza, todos los intereses susceptibles de ser afectados por las obras emprendidas, aun en el caso que no estén protegidos por un derecho»;

8) «el Estado del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios, y de demostrar que a ese respecto hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios»; y

9) existe una «íntima relación entre la obligación de tener en cuenta en el curso de las negociaciones los intereses de la otra parte, por un lado, y la obligación de proteger estos intereses de forma razonable en la solución elegida, por otro».

ii. Asunto de la Fundición de Trail (*Trail Smelter*)²¹⁵

125. En este asunto, los humos de dióxido de azufre emitidos por una fundición de plomo y zinc de propiedad privada situada en Trail (Columbia Británica), Canadá, a siete millas de la frontera de los Estados Unidos de América, fueron empujados por los vientos predominantes a través de la frontera hasta al Estado de Washington, en los Estados Unidos, donde causaron daños a cultivos y árboles, también de propiedad privada. Así pues, este asunto no versa sobre los cursos de agua internacionales, pero como los daños fueron causados por medio de una «cuenca atmosférica» [«airshed»]²¹⁶ común a las regiones del Canadá y los Estados Unidos implicadas —de modo muy semejante a un lago limítrofe—, cabe considerar que es análogo a las clases de situaciones examinadas en el presente contexto.

126. Como ha señalado John E. Read:

[...] El objeto del litigio no concernía directamente a los dos Gobiernos, ni afectaba a demandas entabladas por ciudadanos de los Estados Unidos contra el Gobierno canadiense. No parecía que correspondiese a ninguna de las categorías ordinarias de litigios que pueden ser objeto de arbitraje internacional. Versaba más bien sobre demandas basadas

²¹⁵ El texto inglés de los laudos de 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941 dictados en este asunto figura en Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss. En *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 203 y ss., documento A/5409, párrs. 1049 a 1054, figura un resumen de esos laudos, de los que se reproducen algunos pasajes. El laudo de 1941, en el que vamos a centrar nuestra atención aquí, ha sido reproducido en *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 35, 1941, pág. 684. Véase el comentario de John E. Read, que era asesor jurídico del Secretario de Estado de Relaciones Exteriores del Canadá durante el litigio, «The Trail Smelter dispute», *The Canadian Yearbook of International Law*, 1963, Vancouver, vol. I, pág. 213. Véase asimismo J. Andrassy, «Les relations internationales de voisinage», *Recueil des cours...*, 1951-II, París, Sirey, 1952, vol. 79, pág. 92 y ss.

²¹⁶ En el *Webster's New Twentieth Century Dictionary of the English Language, Unabridged*, 2.ª ed., Nueva York, Simon y Schuster, 1983, pág. 41, se encuentra la siguiente definición de «airshed» (cuenca atmosférica): «an area of varying size that is dependent on a single air mass and that is uniformly affected by the same sources of air pollution» (un área de dimensiones variables que depende de una sola masa de aire y que resulta afectada uniformemente por las mismas fuentes de contaminación atmosférica).

²¹³ Párrafo 22 (tercer apartado) de la sentencia (*ibid.*).

²¹⁴ Párrafo 24 (penúltimo apartado) de la sentencia (*ibid.*, pág. 317).

en la *nuisance* (perjuicio, menoscabo o perturbación) supuestamente cometida por una sociedad canadiense y que había ocasionado daños a ciudadanos y bienes de los Estados Unidos en el Estado de Washington [...]²¹⁷.

Sin embargo, como el ordenamiento jurídico interno no ofrecía la posibilidad de ejercitar la acción civil²¹⁸, los dos Gobiernos concertaron finalmente²¹⁹ un acuerdo para «la solución definitiva» del litigio²²⁰. El Acuerdo disponía, en particular: *a*) que el Canadá pagaría a los Estados Unidos 350.000 dólares de los Estados Unidos por todos «los daños causados en territorio de los Estados Unidos antes del 1.º de enero de 1932 como resultado del funcionamiento de la fundición de Trail» (art. I)²²¹; *b*) que los dos Gobiernos constituirían un tribunal (art. II)²²² para que fallara sobre las cuestiones siguientes:

1) Si desde el 1.º de enero de 1932 se han producido en el Estado de Washington daños causados por la fundición de Trail y, en caso afirmativo, qué indemnización deberá pagarse.

2) Si de ser afirmativa la respuesta a la primera parte de la cuestión anterior, deberá exigirse a la fundición de Trail que se abstenga de causar en lo futuro daños en el Estado de Washington y, en tal caso, en qué medida.

3) Teniendo en cuenta la respuesta a la cuestión anterior, qué medidas o régimen, en su caso, debe adoptar o aplicar la fundición de Trail.

4) Qué indemnización o reparación, en su caso, debe pagarse en virtud de la decisión o las decisiones que dicte el tribunal con motivo de las dos cuestiones inmediatamente anteriores. (Art. III.)

y *c*) que, para fallar sobre esas cuestiones, el tribunal aplicará la legislación y la jurisprudencia seguidas en casos análogos en los Estados Unidos de América, así como también las prescrip-

²¹⁷ *Loc. cit.* (nota 214 *supra*), págs. 213 y 214.

²¹⁸ La Constitución del Estado de Washington no permitía a los extranjeros la adquisición de servidumbre de humos, y, según el precedente establecido anteriormente por la Cámara de los Lores en el asunto de la *British South Africa Company c. Companhia de Moçambique* (1893) (Reino Unido, *The Law Reports, 1893*, pág. 602), los tribunales de Columbia Británica hubieran carecido de competencia en una acción de reparación por daños causados a un territorio extranjero. Read indica que:

«La opinión general de los juristas que a la sazón se ocupaban de este asunto era que los tribunales de Columbia Británica se habrían visto obligados a declararse incompetentes en las demandas por daños causados a un territorio situado fuera de la provincia. [...] [*Loc. cit.* (nota 215 *supra*), pág. 222.]

Véase asimismo S. C. McCaffrey, «Transboundary Pollution Injuries: Jurisdictional Considerations in Private Litigation between Canada and the United States», *California Western International Law Journal*, San Diego (Cal.), vol. 3, 1973, págs. 224 a 229.

²¹⁹ Las negociaciones entre los dos Estados y las disposiciones adoptadas por éstos hasta llegar a someter el litigio al arbitraje se iniciaron en 1927 y, entre otras cosas, comprendieron el sometimiento del problema a la Comisión Mixta Internacional creada por el Tratado de Aguas Limítrofes de 1909 (véase nota 78 *supra*). Véase al respecto Read, *loc. cit.*, págs. 213 y 214.

²²⁰ Convenio de 15 de abril de 1935 para la solución definitiva de las dificultades suscitadas por las reclamaciones relativas a los daños causados en el Estado de Washington por los humos procedentes de la fundición de la Consolidated Mining and Smelting Company, Trail, Columbia Británica [Sociedad de las Naciones, *Recueil des traités*, vol. CLXII, pág. 73; y Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III..., pág. 1907 (en inglés)].

²²¹ Esta era la suma recomendada por la Comisión Mixta Internacional, a la que los dos Gobiernos habían remitido en 1928 el problema de la fundición de Trail de conformidad con el artículo 9 del Tratado de Aguas Limítrofes de 1909.

²²² El tribunal constituido de acuerdo con el artículo II estuvo integrado por: Charles Warren (nombrado por los Estados Unidos), Robert A. E. Greenshields (nombrado por el Canadá); y Jan Frans Hostie, Presidente (nombrado por los dos Gobiernos conjuntamente).

ciones del derecho y la jurisprudencia internacionales, y tendrá en cuenta el deseo de las altas partes contratantes de llegar a una solución justa para todas las partes interesadas. (Art. IV.)

El tribunal falló sobre la primera de las cuestiones antes mencionadas en su laudo provisional de 16 de abril de 1938²²³ y sobre las otras cuestiones en su laudo definitivo de 11 de marzo de 1941²²⁴. En su primer laudo, el tribunal falló, con respecto a la primera cuestión que se le había sometido, que se habían producido efectivamente daños desde el 1.º de enero de 1932, y fijó en 78.000 dólares la indemnización que debía pagarse por tal concepto²²⁵. Falló asimismo que era «innecesario decidir si los hechos probados constituían o no una infracción en violación de la soberanía de los Estados Unidos con arreglo al derecho internacional independientemente del Convenio»²²⁶, ya que sus atribuciones incluían sólo las cuestiones de la existencia de daños y el importe de la indemnización exigible por ellos, que el Canadá se había comprometido a pagar. En su segundo laudo, el tribunal examinó las tres cuestiones restantes²²⁷. El tribunal señaló en primer lugar que había que lograr un equilibrio entre los intereses de la industria y los de la colectividad agrícola. A este respecto, tomó nota del deseo de las partes de llegar a una «solución justa», que consideró que era la que

permitiese el mantenimiento de la explotación de la fundición de Trail, pero con las restricciones y limitaciones que impidieran, en lo previsible, que se causaran daños en los Estados Unidos o, de producirse en el futuro tales daños en los Estados Unidos, a pesar de esas restricciones y limitaciones, permitiera que se obtuviese la indemnización correspondiente²²⁸.

El tribunal falló que no era necesario resolver si había que aplicar el derecho de los Estados Unidos o el derecho internacional, «ya que el derecho aplicable en los Estados Unidos en relación con los derechos cuasi soberanos de los Estados de la Unión, en materia de contaminación atmosférica, aunque más preciso, está en conformidad con las normas generales de derecho internacional»²²⁹.

127. El tribunal mencionó la afirmación de Eagleton de que «todo Estado tiene la obligación permanente de proteger a otros Estados contra los actos lesivos cometidos por particulares dentro de su jurisdicción»²³⁰, y señaló que se habían presentado «un gran número de afirmaciones generales de ese tipo formuladas por destacados tratadistas»²³¹. Estimó que

[...] las decisiones internacionales, sobre diversas materias, a partir del asunto del *Alabama*, y también algunas anteriores se basaban en el

²²³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III..., pág. 1911.

²²⁴ *Ibid.* pág. 1938.

²²⁵ *Ibid.*, pág. 1931.

²²⁶ *Ibid.*, pág. 1932.

²²⁷ También completó su respuesta a la primera cuestión al fallar, en contra de la pretensión de los Estados Unidos, que no se habían producido daños desde el 1.º de octubre de 1937, final del periodo al que correspondía la suma de 78.000 dólares concedida en virtud del primer laudo (*ibid.*, pág. 1962).

²²⁸ *Ibid.*, pág. 1939.

²²⁹ *Ibid.*, pág. 1963.

²³⁰ C. Eagleton *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, 1928, pág. 80.

²³¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III..., pág. 1963.

mismo principio general, principio que no había sido puesto en tela de juicio por el Canadá []²³²

El tribunal, advirtiendo la falta de jurisprudencia internacional sobre la contaminación atmosférica, señaló que «el caso que presentaría mayor analogía sería el de la contaminación del agua», pero tampoco encontró ninguna decisión internacional en este campo. Por consiguiente, el tribunal acudió a las resoluciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos relativas a la contaminación del agua y de la atmósfera y consideró que

pueden validamente servir de guía en este campo del derecho internacional ya que es razonable, en los asuntos internacionales, inspirarse por analogía en los precedentes que establece ese tribunal al resolver las controversias surgidas entre los Estados de la Unión u otras controversias relativas a los derechos cuasi soberanos de esos Estados, en defecto de norma contraria del derecho internacional y cuando no puedan aducirse, para rechazar tales precedentes, las limitaciones impuestas a la soberanía por la Constitución de los Estados Unidos²³³

Después de examinar varias resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en asuntos concernientes a la contaminación interestatal de la atmósfera y el agua entre los Estados de la Unión, así como un asunto fallado por el Tribunal Federal de Suiza concerniente a las reclamaciones de un cantón acerca de los peligros creados por un polígono de tiro en un cantón vecino²³⁴, el tribunal enunció el principio por el cual suele citarse este arbitraje:

El tribunal [] considera que las mencionadas decisiones [del Tribunal Supremo de los Estados Unidos], tomadas en conjunto, constituyen una base adecuada de sus conclusiones, a saber que, de acuerdo con los principios del derecho internacional y la legislación de los Estados Unidos, 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 efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes²³⁵

En consecuencia, el tribunal declaró asimismo

que el Dominio del Canadá es responsable en derecho internacional del comportamiento de la fundición de Trail. Por consiguiente, además de los compromisos contraídos en virtud del Convenio, el Gobierno del Dominio del Canadá tiene el deber de velar por que ese comportamiento se ajuste a la obligación que impone al Dominio el derecho internacional según se determina en el presente laudo²³⁶

Así pues, el tribunal respondió a la segunda cuestión de modo afirmativo y falló específicamente que la fundición debía abstenerse de causar en el Estado de Washington cualquier daño que fuera «indemnizable» en litigios entre particulares ante los tribunales de los Estados Unidos²³⁷. Por lo que respecta a la tercera cuestión, el tribunal prescribió un régimen que regulaba la explotación de la fundición que, a juicio del tribunal, impediría «probablemente todo daño de carácter material»²³⁸. Ahora bien, el tribunal, en su respuesta a la cuarta cuestión, decretó además que

[] si ocurriera cualquier daño [] en el futuro, por no haber observado la fundición las disposiciones prescritas en el presente laudo o

pese a la observancia de dicho régimen, se pagara una indemnización por esos daños []²³⁹

128. Las consecuencias de los laudos dictados en el asunto de la *Fundición de Trail* han sido analizadas minuciosamente en otro lugar, principalmente en un lúcido informe de Robert Q. Quentin-Baxter²⁴⁰. Baste aquí con señalar que el tribunal se esforzó por llegar a una «solución justa» de la controversia estableciendo el siguiente equilibrio entre los intereses industriales y agrícolas afectados: permitió la continuación y explotación de la fundición bajo un estricto régimen reglamentado y exigió a los terratenientes del Estado de Washington que tolerasen cualquier daño de poca importancia que se produjese a pesar de todo; ahora bien, si los terratenientes sufrían un daño material, tenían derecho a indemnización por tal concepto aun cuando ese daño resultara de la explotación de la fundición de conformidad con el régimen establecido por el tribunal. Así pues, se acomodaron recíprocamente los intereses agrícolas e industriales al permitir la continuación de la explotación de la fundición a condición de que se indemnizara a los terratenientes por cualquier daño material causado. La solución a que llegó el tribunal representa, pues, un atinado ejemplo de una observación general de R. Q. Quentin-Baxter:

[] es una característica del mundo moderno —de la que ofrece amplio testimonio la jurisprudencia de la CIJ— que la solución de controversias entre Estados debe girar tanto en torno a la acomodación de intereses antagonistas como en torno a la determinación y aplicación de normas prohibitivas []²⁴¹

iii. Otros laudos arbitrales

129. Existen, además, varios otros laudos arbitrales que tal vez no sean tan notables ni tan apropiados a la cuestión del aprovechamiento equitativo como los dos que se acaban de examinar, pero que hay que tratar, aunque sea brevemente, para no dejar ningún cabo suelto.

130. Los dos primeros son los laudos dictados en el asunto del *Delta del río Helmand*, entre Afganistán y Persia (Irán), de 19 de agosto de 1872 y 10 de abril de 1905²⁴². El río Helmand (o Hirmand) nace en el Afganistán y durante la mayor parte de su curso discurre por ese país, pero constituye la frontera entre el Afganistán y el Irán en una extensión de 12 millas aproximadamente, antes de dividirse y desembocar en unos lagos en esos dos países. En 1872, un comisionado británico, Sir Frederick Goldsmid, sometió a arbitraje una controversia

²³⁹ *Ibid*

²⁴⁰ «Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», *Anuario 1981*, vol II (primera parte), págs 113 y ss, documento A/CN.4/346/Add.1 y 2, párrs 22 a 40

²⁴¹ *Ibid*, pag 126, parr 54, el autor se refiere a las decisiones de la CIJ en el asunto de las *Pêcheries* (Reino Unido c Noruega), fallo de 18 de diciembre de 1951, *C I J Recueil 1951*, pag 116, y en los asuntos del *Plateau continental de la mer du Nord* (República Federal de Alemania/Dinamarca, República Federal de Alemania/Paises Bajos), fallo de 20 de febrero de 1969, *C I J Recueil 1969*, pag 3

²⁴² Sobre este litigio, vease C. U. Aitchison, *A Collection of Treaties, Engagements and Sanads Relating to India and Neighbouring Countries*, Calcuta, Government of India Central Publication Branch, 1933, vol 13, págs 34 y 35 y págs 209 y ss. Vease asimismo *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), págs 201 y ss, documento A/5409, párrs 1034 a 1037, Whiteman, *op cit* (nota 78 *a supra*), págs 1031 y 1032, y Lammers, *op cit* (nota 77 *supra*), págs 302 a 304 y 505

²³² *Ibid*

²³³ *Ibid*, pag 1964

²³⁴ *Solothurn c Aargau*, fallo de 1º de noviembre de 1900, *Recueil officiel du Tribunal federal suisse*, vol 26, primera parte, pag 444

²³⁵ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol III, pag 1965

²³⁶ *Ibid* págs 1965 y 1966

²³⁷ *Ibid*, pag 1966

²³⁸ *Ibid*, pag 1980

entre el Afganistán y Persia acerca de la delimitación de sus fronteras y el uso de las aguas del río Helmand. En su laudo de 19 de agosto de 1872, el árbitro declaró, entre otras cosas, lo siguiente:

[...] Además, ha de quedar entendido que en ninguna de las orillas se realizarán obras dirigidas a entorpecer el paso del agua necesaria para el riego en las márgenes del Helmand²⁴³.

131. Una modificación del cauce del Helmand llevó en 1902 a un segundo arbitraje sobre la frontera y la distribución de las aguas de dicho río. El árbitro, Sir Henry McMahon, dictó el 10 de abril de 1905 un laudo por el que se efectuaba una ligera modificación de la frontera y una nueva distribución de las aguas²⁴⁴. La parte del laudo relativa a la frontera fue aceptada por ambos Estados, pero la otra, en la que se asignaba a Persia un tercio de las aguas del Helmand calculado en un punto situado aproximadamente 35 millas hacia el interior del Afganistán²⁴⁵, sólo fue aceptada parcialmente por el Afganistán y rechazada totalmente por Persia, que adujo que había obtenido un trato más favorable en el anterior laudo Goldsmid²⁴⁶.

132. El laudo Goldsmid, que sigue rigiendo la distribución de las aguas del Helmand, trataba de lograr una asignación equitativa al exigir que no se realizaran en ninguna de las orillas obras dirigidas a entorpecer el paso del agua necesaria para el riego en la otra. Y el laudo McMahon reconocía derechos considerables al Estado de aguas abajo. En tanto que ese Estado, Persia, no estimó aceptable el laudo, el Estado de aguas arriba lo aceptó parcialmente.

133. Otros laudos arbitrales relativos a los ríos internacionales versan principalmente sobre la delimitación de fronteras y la navegación²⁴⁷. Un laudo definitivo que

²⁴³ Véase *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 200, documento A/5409, párr. 1035 y nota 840.

²⁴⁴ El texto del laudo McMahon figura en Aitchison, *op. cit.* (nota 242 *supra*), págs. 285 y 286; y en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 200, documento A/5409, párr. 1036.

²⁴⁵ Cláusula III del laudo McMahon.

²⁴⁶ Véase Aitchison, *op. cit.*, pág. 35. Véase también Whiteman, *op. cit.*, pág. 103.

²⁴⁷ Véanse, por ejemplo, el laudo de 22 de marzo de 1888 dictado por el Presidente de los Estados Unidos de América, Grover Cleveland, en calidad de árbitro, en el asunto relativo al río San Juan (Costa Rica c. Nicaragua) [texto en J. B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), 1898, vol. II, págs. 1964 y ss.; pasajes en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 20, documento A/5409, párrs. 1038 a 1041]; y el laudo dictado en el asunto Faber (Alemania y Venezuela) por la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-venezolana instituida en aplicación del Protocolo de 13 de febrero de 1903 [texto en Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (N.º de venta: 60.V.4), pág. 438 y ss.]; y J. H. Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington (D.C.), 1904, pág. 600, del que se citan algunos pasajes en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 203, documento A/5409, párrs. 1047 y 1048.

Un laudo que versaba sobre usos para fines distintos de la navegación es el laudo de 22 de agosto (3 de septiembre) de 1893 dictado en el asunto del río Kusk por una Comisión anglo-rusa para aclarar y completar la cláusula III del Protocolo N.º 4 de 10 (22) de julio de 1887 concertado entre Gran Bretaña y Rusia [texto en Aitchison, *op. cit.*, (nota 242 *supra*), pág. 253, del que se citan algunos pasajes en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 202, documento A/5409, párrs. 1042 a 1046]. Dicho laudo fue dictado por una comisión integrada por un nacional de cada uno de los Estados implicados y versaba sobre la aplicación de un acuerdo anterior (1885) entre ellos. El laudo, consignado en un protocolo, fundamentalmente asignaba las aguas basándose en el punto del río en el que se extraía (o por el que fluía, en el caso de un canal) el agua.

ofrece cierto interés a los presentes efectos es el dictado el 14 de abril de 1928 en el asunto de la *Isla de Palmas* entre los Estados Unidos de América y los Países Bajos²⁴⁸. Dichos Estados sometieron al arbitraje de Max Huber, que actuaba en nombre de la Corte Permanente de Arbitraje, la cuestión de «si la isla de Palmas (o Miangas) en su totalidad constituye una parte de territorio perteneciente a los Estados Unidos de América o de territorio de los Países Bajos». Por consiguiente, el asunto no versaba sobre los cursos de agua internacionales ni siquiera sobre el aprovechamiento de los recursos naturales, sino sobre la resolución de pretensiones contrapuestas sobre una isla. En su laudo, sin embargo, el árbitro Huber afirmó el siguiente principio general, que es pertinente en relación con la cuestión que se examina:

La soberanía territorial [...] implica el derecho exclusivo a realizar las actividades de un Estado. Ese derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger en el territorio los derechos de otros Estados, en particular su derecho a la integridad e inviolabilidad en la paz y en la guerra, además de los derechos que cada Estado reivindique para sus nacionales en territorio extranjero. Sin manifestar su soberanía territorial de manera correspondiente a las circunstancias, el Estado no puede cumplir ese deber. La soberanía territorial no puede limitarse a su lado negativo, es decir, a excluir las actividades de otros Estados, pues sirve para dividir entre las naciones el espacio en que se realizan las actividades humanas a fin de asegurarles en todo el mínimo de protección que tutela el derecho internacional²⁴⁹.

Este pronunciamiento que, como en el asunto del *Estrecho de Corfú*, no define los derechos de otros Estados que tiene que proteger el Estado territorial, refuerza sin embargo el principio que inspira otras decisiones según el cual los derechos soberanos de los Estados son correlativos.

iv) Otros instrumentos internacionales

134. Varios organismos intergubernamentales y no gubernamentales han aprobado declaraciones de principios sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Esos instrumentos apoyan abrumadoramente el principio de la utilización equitativa de los cursos de agua internacionales por los Estados. Muchos de ellos figuran recopilados, para su fácil consulta, en el informe del Secretario General sobre los problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales²⁵⁰ y en el suplemento a ese informe²⁵¹. A fin de no prolongar innecesariamente el presente análisis, no se mencionarán aquí todos esos instrumentos. En vez de ello, se espera que unos cuantos ejemplos representativos basten para ilustrar las posiciones generalmente adoptadas. Los instrumentos se exponen teniendo presentes su naturaleza y el tipo de organismo que los ha preparado.

a. Declaraciones y resoluciones aprobadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales

135. La Declaración de Montevideo sobre uso industrial y agrícola de los ríos internacionales, aprobada

²⁴⁸ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), págs. 829 y ss.

²⁴⁹ *Ibid.*, pág. 839.

²⁵⁰ Reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), documento A/5409, pág. 37.

²⁵¹ *Ibid.*, documento A/CN.4/274, pág. 286.

por la Séptima Conferencia Internacional Americana en su 5.ª sesión plenaria, el 24 de diciembre de 1933²⁵², incluye las siguientes disposiciones:

[]

2 Los Estados tienen el derecho exclusivo de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen que se encuentra bajo su jurisdicción, de las aguas de los ríos internacionales. Ese derecho, sin embargo, está condicionado en su ejercicio por la necesidad de no perjudicar el igual derecho que corresponde al Estado vecino en la margen de su jurisdicción

[]

4 Se aplicaran a los ríos sucesivos los mismos principios establecidos por los artículos 2 y 3, que se refieren a los ríos contiguos²⁵³

136. El Acta de Asunción sobre el aprovechamiento de los ríos internacionales, aprobada por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países de la cuenca del Plata (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay) en su cuarta reunión celebrada del 1.º de junio de 1971²⁵⁴ contiene la Declaración de Asunción sobre aprovechamiento de ríos internacionales²⁵⁵ en cuyos párrafos 1 y 2 se dispone lo siguiente:

1 En los ríos internacionales contiguos, siendo la soberanía compartida, cualquier aprovechamiento de sus aguas deberá ser precedido de un acuerdo bilateral entre los ribereños

2 En los ríos internacionales de curso sucesivo, no siendo la soberanía compartida, cada Estado puede aprovechar las aguas en razón de sus necesidades siempre que no cause perjuicio sensible a otro Estado de la cuenca [del Plata]

137. La Argentina firmó en 1971 otros tres instrumentos relativos a los cursos de agua internacionales: el Acta de Santiago de 26 de junio de 1971 sobre cuencas hidrológicas (con Chile)²⁵⁶, la Declaración de 9 de julio de 1971 sobre recursos hidráulicos (con el Uruguay)²⁵⁷, y el Acta de Buenos Aires de 12 de julio de 1971 sobre cuencas hidrológicas (con Bolivia)²⁵⁸. Las siguientes disposiciones del Acta de Santiago son típicas de estos instrumentos:

1 La utilización de las aguas fluviales y lacustres se hará siempre en forma equitativa y razonable

[]

4 Las Partes se reconocen mutuamente el derecho de utilizar, dentro de sus respectivos territorios, las aguas de sus lagos comunes y ríos internacionales de curso sucesivo, en razón de sus necesidades y siempre que no cause perjuicio sensible a la otra

138. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, de 1972, aprobó la Declaración sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)²⁵⁹, cuyo Principio 21 dispone lo siguiente:

²⁵² Véase nota 150 *supra*

²⁵³ Véanse las reservas de Venezuela y México y la declaración de los Estados Unidos de América, en *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936, op cit* (nota 150 *supra*), págs 559 y 560, y *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pag 225, documento A/5409, anexo I A

²⁵⁴ Texto reproducido en OEA, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4.ª ed rev (OEA/Ser I/VI, CIJ-75 Rev 2), Washington, D C, 1971, págs 183 a 186, pasajes en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), págs 350 y 351, documento A/CN 4/274, párr 326

²⁵⁵ Resolución N.º 25 anexada al Acta de Asunción

²⁵⁶ Véase *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), págs 351 y 352, documento A/CN 4/274, párr 327

²⁵⁷ *Ibid*, pag 352, párr 328

²⁵⁸ *Ibid*, párr 329

²⁵⁹ *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), cap 1

Principio 21

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional

La Conferencia también aprobó el Plan de Acción para el Medio Humano²⁶⁰, cuya Recomendación 51 dispone lo siguiente:

Recomendación 51

Se recomienda que los gobiernos interesados estudien la posibilidad de establecer comisiones internacionales de cuencas hidrográficas u otro mecanismo adecuado para la colaboración entre los Estados interesados cuando se trate de recursos hidráulicos comunes a más de una jurisdicción

[]

b) Los Estados interesados deberían considerar, cuando proceda, los siguientes principios

[]

ii) Que el objetivo fundamental de todas las actividades de utilización y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, desde el punto de vista del medio ambiente, es asegurar el mejor aprovechamiento del agua y evitar su contaminación en cada país,

iii) Que los beneficios netos de las regiones hidrográficas comunes a más de una jurisdicción nacional deben distribuirse equitativamente entre todos los países interesados,

[]

139. El «Plan de Acción de Mar del Plata», aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata (Argentina) en 1977²⁶¹, contiene varias recomendaciones y resoluciones sobre la ordenación y utilización de los recursos hídricos. En la Recomendación 7 se pide que los Estados preparen una «legislación eficaz para promover la utilización eficiente y equitativa y la protección del agua y de los ecosistemas relacionados con ella»²⁶². En cuanto a la cooperación internacional, el Plan de Acción dispone, en sus recomendaciones 90 y 91, que:

90 Cuando existan recursos hídricos compartidos, es necesario que los Estados cooperen, en reconocimiento de la creciente interdependencia en materia económica, ambiental y geográfica a través de las fronteras internacionales. De conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional, tal cooperación deberá realizarse sobre la base de la igualdad, soberanía e integridad territorial de todos los Estados, y teniendo debidamente en cuenta los principios expresados, entre otros, en el Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano

91 En lo que atañe a la utilización, la ordenación y el desarrollo de los recursos hídricos compartidos, las políticas nacionales deberán tomar en consideración el derecho de cada Estado que comparte los recursos a utilizar equitativamente estos recursos como medio de establecer lazos de solidaridad y cooperación²⁶³

b. *Informes y estudios preparados por organizaciones intergubernamentales o por conferencias de expertos gubernamentales*

140. En el informe de la Comisión Permanente de Codificación del Derecho Internacional Público sobre los

²⁶⁰ *Ibid*, cap II, secc B

²⁶¹ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 77 II A 12), primera parte

²⁶² *Ibid*, pag 10

²⁶³ *Ibid*, pag 53

principios generales que faciliten acuerdos regionales entre los países ribereños sobre el uso industrial y agrícola de las aguas de los ríos internacionales, preparado en Río de Janeiro, el 23 de julio de 1932 y presentado a la Séptima Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 1933), se definía «el derecho del Estado ribereño sobre el uso de las aguas fluviales para los fines de la industria en general y de la agricultura en particular» como «un derecho exclusivo, aunque limitado en su ejercicio por la necesidad de no perjudicar el derecho igual del vecino»²⁶⁴.

141. En el informe titulado *Desarrollo integrado de las cuencas hidrográficas*, presentado en noviembre de 1957 por un Grupo de Expertos instituido por el Secretario General de las Naciones Unidas con arreglo a la resolución 599 (XXI) del Consejo Económico y Social, de 3 de mayo de 1956²⁶⁵, se indica que, «mientras no se cree un cuerpo internacional de leyes que sea aceptado por los Estados, el proyecto de exposición de principios de Dubrovnik [proyecto de la Asociación de Derecho Internacional] se use como criterio básico para planificar y ejecutar las obras de desarrollo integrado de una cuenca hidrográfica internacional»²⁶⁶. Entre los principios adoptados por la Asociación de Derecho Internacional, en su 47.ª Conferencia celebrada en Dubrovnik, en 1956²⁶⁷, se incluyen los siguientes:

III. Si bien cada Estado tiene autoridad soberana de los ríos internacionales que corren dentro de los límites de su territorio, esa autoridad debe ejercerse teniendo debidamente en cuenta sus efectos sobre los demás Estados ribereños.

IV. Todo Estado es responsable, con arreglo al derecho internacional, de los actos públicos o privados que modifiquen el régimen existente de un río en perjuicio de otro Estado y que pudieran haberse evitado ejerciendo la debida diligencia.

V. De conformidad con el principio general expuesto en el párrafo III de esta resolución, los Estados colindantes de un río internacional, al llegar a un acuerdo, y los Estados o tribunales, al resolver una controversia, deberán comparar las ventajas que un determinado aprovechamiento de agua represente para un Estado con los perjuicios que suponga para otro. [...]»²⁶⁸.

142. En 1971 el Secretario General presentó al Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social un informe en el que se reconocía que «Los aprovechamientos múltiples y a menudo antagónicos y la demanda total mucho mayor han hecho imperativo un enfoque integrado del desarrollo de las cuencas fluviales, en reconocimiento de la creciente interdependencia económica y física de los territorios situados a ambos lados de las fronteras nacionales»²⁶⁹. El informe continuaba observando que los recursos hidráulicos internacionales,

definidos como el agua de un sistema hidrológico natural compartido por dos o más países, ofrecen «una oportunidad única para fomentar la amistad entre los países. El aprovechamiento óptimo de esas aguas exige que se tomen medidas prácticas de asociación internacional de las que puedan beneficiarse todas las partes de forma tangible y visible mediante la acción concertada»²⁷⁰.

143. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano creó en 1969 un Subcomité permanente encargado de examinar los ríos internacionales. En 1971, sucedió a este órgano un nuevo Subcomité, y en 1972 el Comité estableció un Subcomité permanente. En 1973, el Subcomité recomendó al pleno que examinase el informe del Subcomité en el momento oportuno en una reunión futura. Los proyectos revisados de propuestas presentados por el Relator del Subcomité siguen de cerca las Normas de Helsinki, aprobadas en 1966 por la Asociación de Derecho Internacional (véase párr. 154 *infra*). La Propuesta III dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Todo Estado ribereño de una cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional.

2. Los Estados ribereños interesados de una cuenca determinarán qué es una participación razonable y equitativa considerando todos los factores pertinentes de cada caso particular²⁷¹.

144. La secretaría de la Comisión Económica para Europa preparó un estudio sobre los aspectos jurídicos del aprovechamiento hidroeléctrico de ríos y lagos de interés común, estudio que fue publicado en 1950²⁷². En el estudio se hacen las siguientes afirmaciones:

Un Estado tiene derecho a aprovechar unilateralmente la parte del curso de agua que atraviesa su territorio o constituye su frontera, en la medida en que dicho aprovechamiento sólo pueda causar en el territorio de otro Estado reducidos daños o inconvenientes menores compatibles con las relaciones de buena vecindad.

En cambio, cuando el daño que pueda causarse sea serio y duradero, los trabajos de aprovechamiento sólo podrán realizarse conforme a un acuerdo previo²⁷³.

En el estudio se examina a continuación si es posible establecer un criterio como base para la distinción entre daños leves y daños graves, y se llega a la conclusión de que esa distinción ha de hacerse caso por caso, en función de las circunstancias.

145. En su período de sesiones de 1954, el Comité de Energía Eléctrica de la CEPE aprobó su Recomendación N.º 4, en la que el Comité:

Recomienda que un Estado que se proponga emprender en su propio territorio proyectos que probablemente tengan serias repercusiones en el territorio de otros Estados, ya sea aguas arriba o aguas abajo respecto de él, comunique primero a los Estados interesados

²⁶⁴ Informe reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 227, documento A/5409, anexo II.A, párr. 2.

²⁶⁵ La edición revisada del informe se publicó en 1970 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.II.A.4); pasajes del texto publicado en 1958 se reproducen en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 229, documento A/5409, anexo II.B.

²⁶⁶ Capítulo 4 del informe bajo la rúbrica «Insuficiencia de disposiciones jurídicas internacionales pertinentes».

²⁶⁷ I.L.A., *Report of the Forty-seventh Conference, Dubrovnik, 1956*, Londres, 1957, págs. x a xii, resolución 3; texto reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 215, documento A/5409, párr. 1080.

²⁶⁸ En este último principio se enumeran a continuación varios factores que han de tenerse en cuenta en el proceso de ponderación a que se hace referencia en él.

²⁶⁹ E/C.7/2/Add.6, párr. 1.

²⁷⁰ *Ibid.*, párr. 3.

²⁷¹ En el párrafo siguiente de la Propuesta III figura una lista no exhaustiva de diez «factores que deben considerarse» para determinar qué constituye una participación razonable y equitativa. Véase Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, *Report of the Fourteenth Session held at New Delhi* (10 a 18 de enero de 1973), Nueva Delhi, págs. 7 a 14, reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 368 y 369, documento A/CN.4/274, párr. 367.

²⁷² En 1952 se publicó un texto revisado con la signatura E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 y Corr.1 (véase nota 77 *supra*).

²⁷³ *Ibid.*, pág. 191. Véase también *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 358 y 359, documento A/CN.4/274, párr. 340.

la información que pueda ilustrarlos respecto de la naturaleza de esas repercusiones;

Recomienda que, en caso de que los Estados interesados opongan objeciones luego de dicha notificación previa, el Estado que se proponga emprender dichos proyectos se esfuerce, mediante negociaciones con dichos Estados, por llegar a un acuerdo que asegure el aprovechamiento más económico del sistema fluvial²⁷⁴.

146. Un Grupo interdisciplinario de expertos sobre los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales, constituido por el Secretario General de las Naciones Unidas, en 1968, presentó un informe, publicado en 1975, titulado *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales: Aspectos institucionales y jurídicos*²⁷⁵. En la sección sobre la «Necesidad de cooperación o colaboración internacionales», se afirma lo siguiente:

Cada Estado ribereño debe reconocer la legitimidad de los intereses que los Estados corribereños tienen en el aprovechamiento de las aguas de su cuenca hidrográfica o sistema de recursos hidráulicos internacionales, y estar dispuesto a cooperar para la utilización óptima del agua y para organizar la administración del sistema con carácter general y a largo plazo. Esto supone reducir al mínimo, cuando no eliminar, las consecuencias perjudiciales para otros Estados del aprovechamiento por uno de ellos o de sus actividades en relación con las aguas. Además, la falta de cooperación y el no contribuir positivamente a la administración racional del sistema resultarán a la larga perjudiciales para el interés nacional de todos los Estados de la cuenca o el sistema, en la medida en que el agua del sistema guarda relación con el bienestar de la población y el desarrollo económico de los Estados interesados, y ejercerá también una influencia perturbadora sobre las relaciones bilaterales en general²⁷⁶.

147. El estudio titulado *Lucha contra la contaminación de las aguas y protección de los recursos vivos del mar: estudio comparativo de los medios internacionales y de las legislaciones y administraciones nacionales*, presentado en 1970 a la Conferencia técnica de la FAO sobre contaminación de las aguas del mar y sus efectos en los recursos vivos y la pesca²⁷⁷, contiene el siguiente pasaje, relativo al estado actual del derecho consuetudinario internacional:

[...] En pocas palabras, la teoría de la soberanía territorial absoluta que prevaleció a comienzos de este siglo, y según la cual cada Estado tiene el poder soberano de hacer lo que desee dentro de su propio territorio sean cuales fuesen los resultados más allá de sus fronteras, está considerada desfavorablemente en la actualidad. Lo mismo sucede con la opinión contraria, que afirma que un Estado no puede hacer nada dentro de su territorio que pueda producir efectos perjudiciales, aunque sean leves, dentro del territorio de otro Estado. En lo que respecta a la contaminación de las aguas interiores, la mayoría de los autores adoptan actualmente una actitud intermedia, que requiere que los Estados actúen de manera que evite daños apreciables e irrazonables en el territorio de los Estados vecinos [...] ²⁷⁸.

148. En 1972, la Oficina Jurídica (Dependencia Legislativa) de la FAO preparó, como parte integrante de su asistencia técnica a la Comisión de la cuenca del lago Chad, un proyecto de acuerdo sobre la utilización y conservación de las aguas en esa cuenca. El artículo V de ese proyecto dispone lo siguiente:

²⁷⁴ E/ECE/EP/147. Véase también *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 360, documento A/CN.4/274, párr. 343.

²⁷⁵ Recursos naturales/Serie del agua N.º 1 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.II.A.2).

²⁷⁶ *Ibid.*, pág. 21, párr. 53.

²⁷⁷ FAO, documento FIR: MP/70/R-15.

²⁷⁸ *Ibid.*, pág. 6; citado en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 364, documento A/CN.4/274, párr. 357.

1) Cada Estado miembro tendrá derecho, dentro de su territorio, a una porción razonable y equitativa de la utilización beneficiosa de los recursos hidráulicos de la cuenca.

2) A solicitud de cualquier Estado miembro, la Comisión [de la cuenca del lago Chad] podrá decidir qué constituye una porción razonable y equitativa, tomando en consideración todas las circunstancias hidrológicas, ecológicas, económicas y sociales pertinentes²⁷⁹.

149. El 12 de mayo de 1969, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobó su recomendación 555 (1969)²⁸⁰, en la que recomendaba «que el Comité de Ministros invitara a un comité de expertos gubernamentales a que preparara lo antes posible una convención europea basada en el siguiente proyecto». El proyecto a que se hace referencia era el «Proyecto de convención europea sobre la protección de las aguas dulces contra la contaminación». El preámbulo del proyecto de convención dispone que los Estados miembros del Consejo de Europa consideran «que es un principio general de derecho internacional que ningún país tiene derecho a explotar sus recursos naturales de manera que pueda causar daños sustanciales a un país vecino», y que esos Estados desean «aplicar el principio de la utilización equitativa de las aguas de cuencas internacionales». El párrafo 1 del artículo 2 del proyecto de convención dispone, entre otras cosas, que:

1. Los Estados contratantes adoptarán medidas para eliminar la contaminación existente e impedir toda nueva forma de contaminación de las aguas o todo aumento en el grado de contaminación existente que cause o pueda causar daños o perjuicios sustanciales en el territorio de cualquier otro Estado contratante [...] ²⁸¹.

150. En 1963, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA²⁸² aprobó un proyecto de convención sobre el uso industrial y agrícola de ríos y lagos internacionales. Una vez que los Estados miembros hubieron hecho observaciones sobre el proyecto, el Comité preparó, en 1965, un proyecto de convención revisado²⁸³ cuyas disposiciones pertinentes son las siguientes:

²⁷⁹ FAO/PNUD, *Survey of the water resources of the Chad Basin for development purposes-Surface water resources in the Lake Chad Basin, Technical Report 1* (AGL: DP/RAF/66/579), apéndice I, págs. 125 y ss.; el texto del proyecto se reproduce en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 365 y 366, documento A/CN.4/274, párr. 358.

²⁸⁰ Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, Comité de planificación regional y autoridades locales, «Report on a Draft European Convention on the Protection of Fresh Water Against Pollution» (doc. 2651). El proyecto de convención se reproduce en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 374 y ss., documento A/CN.4/274, párr. 374.

²⁸¹ El Comité de Ministros, después de examinar el proyecto de convención, llegó a la conclusión de que el proyecto «no podría en su forma actual proporcionar una base adecuada para [una] acción [concertada]», principalmente a causa de las disposiciones del capítulo III (arts. 7 y ss.) sobre la responsabilidad de los Estados [Consejo de Europa, Comité de Ministros, doc. CM (70) 134; texto reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 375, documento A/CN.4/274, párr. 375]. No parece que las disposiciones arriba citadas, en particular las concernientes a la utilización equitativa, presenten obstáculos considerables.

²⁸² Aunque la OEA es una organización intergubernamental, y aunque el Comité es un órgano de la OEA, se reconoce que los miembros del Comité actúan a título de expertos individuales y no como representantes de Estados.

²⁸³ *Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre la labor realizada durante su reunión de 1965* (OEA/Ser.I/VI.1, CIJ-83), Washington (D.C.), 1966, págs. 7 a 10; el texto del proyecto de convención se reproduce en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 381 y 382, documento A/CN.4/274, párr. 379.

Artículo 4

El derecho de un Estado a la utilización industrial o agrícola de las aguas de ríos o lagos internacionales que estén bajo su soberanía no implica desconocimiento del derecho eventual de los demás Estados ribereños.

Artículo 5

La utilización de las aguas de ríos y lagos internacionales para fines industriales o agrícolas no deberá [...] causar perjuicios sustanciales, de acuerdo con el derecho internacional, a los Estados ribereños [...].

Artículo 6

En los casos en que del aprovechamiento de un río o lago internacionales resulte o pueda resultar daño o perjuicio a otro Estado interesado, es necesario el consentimiento de ese Estado interesado, como también la indemnización del daño o del perjuicio cuando fuere reclamado²⁸⁴.

c. Estudios preparados por organizaciones internacionales no gubernamentales

151. Grupos de expertos en derecho internacional han realizado diversos estudios del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, entre los que destacan los del Instituto de Derecho Internacional y de la Asociación de Derecho Internacional. Todos esos estudios enuncian el principio de la utilización equitativa.

152. En 1911, en su período de sesiones de Madrid, el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución sobre «Reglamentación internacional del uso de los cursos de agua internacionales»²⁸⁵, que en parte decía lo siguiente:

I. Cuando una corriente de agua forme la frontera de dos Estados, ninguno de esos Estados podrá, sin el consentimiento del otro, y en defecto de un título jurídico especial y válido, realizar o permitir que particulares, sociedades, etc., realicen modificaciones perjudiciales a la orilla del otro Estado. Por otra parte, ninguno de los dos Estados podrá, en su territorio, explotar o permitir la explotación del agua de una manera que perturbe gravemente su explotación por el otro Estado o por los particulares, las sociedades, etc., del otro Estado.

Las disposiciones precedentes son igualmente aplicables cuando un lago se extiende entre los territorios de más de dos Estados.

II. Cuando una corriente de agua atraviesa sucesivamente los territorios de dos o más Estados:

[...]

2) Toda alteración nociva del agua, todo vertido de materias nocivas (procedente de fábricas, etc.) está prohibida;

3) Las instalaciones (especialmente las centrales para la explotación de las fuerzas hidráulicas) no podrán extraer tal cantidad de agua que la constitución, es decir, el carácter utilizable o el carácter esencial de la corriente de agua a su llegada al territorio del curso inferior, resulte gravemente modificada;

[...]

5) Ningún Estado de aguas abajo podrá construir o permitir que se construyan, en su territorio, obras o instalaciones que entrañen peligro de inundaciones para el otro Estado.

[...]²⁸⁶.

²⁸⁴ El artículo 8 dispone, entre otras cosas, que «El Estado que proyecte realizar obras de aprovechamiento de un río o lago internacional deberá notificarlo previamente a los demás Estados interesados.»

²⁸⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international, 1911*, París, 1911, vol. 24, págs. 365 a 367. La resolución se basaba en el segundo informe del Relator, L. von Bar, *ibid.*, págs. 168 a 183.

²⁸⁶ En la «Exposición de motivos» que acompañaba a las reglas, el Instituto manifestaba que parecía oportuno llenar la laguna creada por el hecho de que «la explotación del agua para uso de la industria, de la agricultura, etc.» había quedado hasta entonces al margen del derecho internacional mediante la constatación de «las normas jurídi-

153. En 1961, en su período de sesiones de Salzburgo, el Instituto aprobó otra resolución relativa a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación²⁸⁷. Dicha resolución, titulada «Uso de las aguas internacionales no marítimas (excluida la navegación)», decía en parte lo siguiente:

Artículo 1

Las presentes reglas y recomendaciones se aplican al uso de las aguas que forman parte de un curso de agua o de una cuenca hidrográfica que se extiende sobre el territorio de dos o más Estados.

Artículo 2

Todo Estado tiene derecho a usar las aguas que atraviesan o bordean su territorio, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por el derecho internacional y, en particular, las que resultan de las disposiciones siguientes.

Este derecho tiene como límite el derecho de uso de los demás Estados interesados en el mismo curso de agua o en la misma cuenca hidrográfica.

Artículo 3

Si los Estados están en desacuerdo sobre el alcance de sus derechos de uso, la diferencia se resolverá sobre la base de la equidad, teniendo en cuenta especialmente sus necesidades respectivas, así como las demás circunstancias propias del caso.

Artículo 4

Ningún Estado puede proceder a obras o usos de las aguas de un curso de agua o de una cuenca hidrográfica que afecten seriamente a las posibilidades de uso de las mismas aguas por otros Estados sino a condición de garantizarles el goce de las ventajas a que tienen derecho de conformidad con el artículo 3, así como una compensación adecuada por las pérdidas y daños sufridos.

Artículo 5

Las obras o usos a que se refiere el artículo precedente no pueden emprenderse salvo que se haya dado previamente aviso a los Estados interesados.

154. La Asociación de Derecho Internacional (ILA) viene estudiando el tema de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación desde que dicha cuestión fue propuesta por primera vez a la Asociación por Clyde Eagleton, en su 47.º período de sesiones, celebrado en Edimburgo, en 1954²⁸⁸. La Asociación ha elaborado varios proyectos relativos al tema²⁸⁹, de los cuales el más notable es el titulado «Nor-

cas que se desprenden de la interdependencia que indudablemente existe entre Estados ribereños de una misma corriente de agua y entre Estados cuyos territorios atraviesa la misma corriente de agua» (*ibid.*, pág. 365).

²⁸⁷ Esta resolución que se basaba en el informe final del Relator, J. Andrassy, presentado en el período de sesiones celebrado en Neuchâtel en 1959 (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1959*, Basilea, vol. 48, t. I, págs. 319 y ss.), fue aprobada por 50 votos a favor, ninguno en contra y una abstención; para el texto véase *Annuaire de l'Institut de droit international, 1961*, Basilea, vol. 49, t. II, págs. 370 a 373; reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 214, documento A/5409, párr. 1076.

²⁸⁸ Véase ILA, *Report of the Forty-sixth Conference, Edinburgh, 1954*, Londres, 1955, págs. 324 y ss.

²⁸⁹ Los proyectos de la Asociación de Derecho Internacional sobre los usos de las aguas de los ríos internacionales son los siguientes:

La resolución aprobada en la 47.ª Conferencia, celebrada en Dubrovnik en 1956, contiene una declaración de principios destinados a servir de base a unas normas jurídicas sobre el uso de los ríos internacionales, de cuyo texto se han citado algunos pasajes en el párrafo 141 (véase nota 267 *supra*).

La declaración de los «Principios de derecho internacional que se han convenido», entre los cuales el Principio 2 estipula:

(Continúa en la página siguiente.)

mas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales», aprobado por la Asociación en su 52.ª Conferencia, celebrada en Helsinki en 1966²⁹⁰. El capítulo 2 de las Normas de Helsinki lleva por título «Utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional» y contiene, entre otras, las siguientes disposiciones:

Artículo IV

Todo Estado ribereño de una cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional.

Artículo V

1. La participación razonable y equitativa en el sentido del Artículo IV se determinará según todos los factores pertinentes de cada caso particular.

El párrafo 2 del artículo V contiene una lista no exhaustiva de 11 factores que deben tenerse en cuenta al determinar lo que constituye una participación razonable y equitativa en la explotación de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional. Las disposiciones de las Normas de Helsinki relativas a la contaminación del agua, contenidas en el capítulo 3, sirven de base a las Reglas sobre la contaminación de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, aprobadas por la Asociación en su 60.ª Conferencia, celebrada en Montreal, en 1982²⁹¹. El artículo 1 de las Reglas de Montreal dispone, en particular, que los Estados:

a) impedirán la aparición de nuevas fuentes de contaminación del agua, o el aumento del grado de contaminación existente, que puedan causar un daño importante en el territorio de otro Estado;

b) tomarán todas las medidas razonables para aminorar el grado de contaminación existente del agua de tal manera que no se cause un daño importante en el territorio de otro Estado;

c) tratarán de reducir esa contaminación del agua hasta el nivel más bajo que sea factible y razonable en cada caso.

Las Reglas de Montreal disponen además, entre otras cosas, que «los Estados cooperarán con los demás Estados interesados» para aplicar las disposiciones de los artículos (art. 4); que los Estados ribereños de una cuen-

ca informarán periódicamente a los demás Estados interesados de la contaminación de las aguas de la cuenca, les notificarán «oportunistamente cualesquiera actividades previstas en su territorio que entrañen un riesgo importante de contaminación del agua, o un aumento del grado de contaminación existente, en el territorio de esos otros Estados» e «informarán sin demora a los Estados que puedan resultar afectados de todo cambio repentino en las circunstancias que pueda ocasionar una contaminación del agua, o aumentar el grado de contaminación existente, en el territorio de esos otros Estados» (art. 5); que los Estados ribereños de una cuenca «se consultarán mutuamente acerca de los problemas reales o potenciales de contaminación de las aguas en la cuenca hidrográfica» sin que esa consulta retrase «excesivamente la aplicación de los planes que son objeto de ella» (art. 6); y que

Cuando se alegue que el comportamiento de un Estado no está en conformidad con las obligaciones en virtud de los presentes artículos, ese Estado iniciará sin demora negociaciones con el Estado demandante a fin de lograr una solución que sea equitativa en cada caso. (Art. 10.)

155. Por último, otro estudio preparado por una organización internacional no gubernamental que merece ser destacado en el presente contexto es el realizado bajo los auspicios de la Federación Interamericana de Abogados (Inter-American Bar Association), cuyos resultados se incorporaron en una resolución aprobada por unanimidad en la Décima Conferencia de la Federación, celebrada en Buenos Aires en 1957²⁹². Esta resolución, que versa sobre los principios jurídicos que rigen el uso de los ríos internacionales, entre otras cosas, resuelve:

1. Que los siguientes principios generales forman parte del derecho internacional actual, son aplicables a todo curso de agua o sistema de ríos o lagos (aguas no marítimas) que atraviese o divida los territorios de dos o más Estados; dicho sistema se llamará en adelante «sistema de aguas internacionales»:

1. Cada Estado que tenga parte de un sistema de aguas internacionales bajo su jurisdicción, tiene el derecho de aprovecharlo, siempre que dicho aprovechamiento no afecte adversamente el igual derecho de los Estados que tienen otras partes del sistema bajo su jurisdicción;

2. Los Estados que tengan parte de un sistema de aguas internacionales bajo su jurisdicción tienen el deber, en aplicación del principio de igualdad de derechos, de reconocer el derecho de los demás Estados que tienen jurisdicción sobre una parte de ese sistema, de compartir los beneficios del sistema, tomando como base el derecho de cada Estado al mantenimiento del *status* de utilización actual y el aprovechamiento, según las necesidades correspondientes de los Estados respectivos de desarrollos futuros. En caso de que no puedan ponerse de acuerdo, deberán someter sus diferencias a una corte internacional o a una comisión de arbitraje;

3. Los Estados que tengan parte de un sistema de aguas internacionales bajo su jurisdicción están en el deber de abstenerse de realizar cambios en el régimen existente que pudiesen afectar adversamente al aprovechamiento por otro u otros Estados con jurisdicción en este sistema, a menos que lo hagan conforme: i) a un acuerdo concertado con el o los Estados afectados o, ii) a una decisión de una corte internacional o una comisión de arbitraje.

La Federación Interamericana de Abogados aprobó otra resolución en su XV Conferencia, celebrada en San José (Costa Rica) en 1967, que en parte dispone:

²⁹⁰ Texto inglés en Inter-American Bar Association, *Proceedings of the Tenth Conference, Buenos Aires, Argentina*, del 14 al 21 de noviembre de 1957, Buenos Aires, 1958, págs. 82 y 83; texto español en OEA, *Ríos y Lagos... (op. cit.) (nota 254 supra)*, pág. 621. Véase también *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 221 y 222, documento A/5409, párr. 1092.

(Continuación de la nota 289.)

«[...] cada Estado corribereño tiene derecho a una participación razonable y equitativa en los usos provechosos de las aguas de la cuenca hidrográfica. La determinación de lo que constituye una participación razonable y equitativa es una cuestión que deberá hacerse teniendo en cuenta todos los factores pertinentes que concurren en cada caso.»

(Véase el tercer informe de la Comisión del Aprovechamiento de las Aguas de los Ríos y Cuencas Internacionales, presentado a la 48.ª Conferencia, celebrada en Nueva York en 1958, ILA, *Report of the Forty-eight Conference, New York, 1958*, Londres, 1959, págs. 99 y ss; reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 217 y 218, documento A/5409, párr. 1082).

Las «Recomendaciones de Hamburgo sobre el procedimiento aplicable en relación con los usos de las aguas para fines distintos de la navegación», en las que se recomienda que, de surgir una diferencia entre los Estados corribereños acerca de sus derechos o intereses jurídicamente reconocidos, los Estados interesados celebren consultas, y que, si las consultas no permiten llegar a una solución de la controversia, los Estados se pongan de acuerdo para constituir una Comisión especial, cuya composición y procedimiento se establecen en las recomendaciones (ILA, *Report of the Forty-ninth Conference, Hamburg, 1960*, Londres, 1961, págs. xvi a xviii). Véase asimismo la «Recomendación de Hamburgo sobre la lucha contra la contaminación» (*ibid.*, pág. xviii). Esos dos textos se reproducen en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 218 y 219, documento A/5409, párr. 1084.

²⁹⁰ Véase nota 79 *supra*.

²⁹¹ ILA, *Report of the Sixtieth Conference, Montreal 1982*, Londres, 1983, págs. 535 y ss.

3 Que las aguas internacionales tienen para América una trascendencia singular al extremo de que difícilmente puede imaginarse el desarrollo económico y social y la integración del Continente sin un equitativo y adecuado aprovechamiento de esas aguas, a cuyo efecto el Derecho tiene una función sustancial²⁹³

v) Opiniones de los tratadistas

156. Los escritos de los tratadistas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en general, y sobre su utilización equitativa, en particular, son demasiado numerosos para tan siquiera resumirlos en esta reseña de autoridades. No obstante, se mencionarán varias obras de particular importancia, a fin de dar una muestra representativa de las opiniones de la doctrina sobre los derechos reconocidos a los Estados por el derecho internacional en materia de utilización de los cursos de agua internacionales.

157. Los comentaristas que han estudiado la cuestión apoyan abrumadoramente la doctrina de la utilización equitativa, como norma del derecho internacional general²⁹⁴. En 1962, un eminente jurista, miembro de la

²⁹³ Texto inglés en Inter-American Bar Association, *Resolutions, Recommendations and Declarations approved by the XV Conference*, San José (Costa Rica) 10 a 15 de abril 1967, págs 1 y 2, texto español en OEA, *Ríos y Lagos*, pag 624 Véase también *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pag 388, documento A/CN 4/274, párr 401

²⁹⁴ Los tratadistas que se han ocupado del derecho de los cursos de agua internacionales apoyan la proposición de que la doctrina de la utilización equitativa forma parte del cuerpo del derecho internacional general Véase, por ejemplo, E Caratheodory, *Du droit international concernant les grands cours d'eau*, Leipzig, Brockhaus, 1861, pag 32, H P Farnham, *The Law of Waters and Water Rights, International, National, State, Municipal and Individual, including Irrigation, Drainage and Municipal Water Supply*, Rochester (N Y), The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1904, A Lederle, *Das Recht der internationalen Gewässer unter besonderer Berücksichtigung Europas*, Mannheim, Bensheimer, 1920, págs 51 y ss y 60 y ss, G R Bjorksten, *Das Wassergebiet Finnlands in volkerrechtlicher Hinsicht*, Helsinki, Tilgmann, 1925, págs 8 y 166 y ss, Smith, *op cit* (nota 44 *supra*), particularmente pag 150, E Hartig, *op cit* (nota 76 *supra*), pag 32, J Dräger, *Die Wasserentnahme aus internationalen Binnengewässern*, Bonn, Rohrscheid, 1970, y J Barberis, *op cit* (nota 76 *supra*), págs 35 a 45, y los trabajos allí citados Véase también C Sosa-Rodríguez, *Le droit fluvial international et les fleuves de l'Amérique latine*, Paris, Pedone, 1935 En cambio, Berber llega a la conclusión de que «fuera de ciertas zonas de Europa y tal vez de América del Norte, no hay ninguna norma de derecho consuetudinario que regule, en lo que se refiere al agua, las relaciones entre Estados independientes» [*Rivers in International Law (op cit)* (nota 77 *supra*), pag 265] No obstante, como se explica en el tercer informe del Sr Schwebel, la conclusión de Berber puede probablemente atribuirse a que, «como punto de partida, adopta una tesis restrictiva [de las fuentes] del derecho internacional consuetudinario» [documento A/CN 4/348 (véase nota 14 *supra*), nota 146, véase también los trabajos citados en esta nota] Con todo, Berber reconoce que «en casi todo ordenamiento [jurídico interno] [] se encuentra subyacente el principio de que el usuario ha de tener en cuenta de alguna forma la utilización del agua por otros usuarios» (*Rivers*, pag 254) Asimismo reconoce la existencia de «el principio de la buena vecindad y el principio de la consideración mutua y general entre los Estados ribereños», principios a los que considera como «principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (*ibid*, pag 266) Su conclusión de que no hay normas de derecho consuetudinario que regulen las relaciones entre los Estados en lo que se refiere a los cursos de agua internacionales parece verse considerablemente limitada por otras normas y prácticas por el reconocidas

La doctrina de la utilización equitativa encuentra apoyo en los siguientes trabajos y artículos, entre otros L von Bar, «L'exploitation industrielle des cours d'eau internationaux au point de vue du droit international», *Revue generale de droit international public*, Paris, vol 17, 1910, pag 281, A W Quint, «Nouvelles tendances dans le droit fluvial international», *Revue de droit international et de legisla-*

Comisión, Sir Humphrey Waldock, estimó que «han llegado a existir algunos principios generales del derecho de los ríos internacionales, aunque aún no se ha determinado su formulación precisa»²⁹⁵. Este autor enunció seis principios, de los cuales el tercero decía:

3) Cuando el ejercicio por un Estado de sus derechos entra en conflicto con los intereses de otro en las aguas, se debe aplicar el principio de que cada uno tiene derecho a la distribución equitativa de los beneficios del sistema fluvial en proporción a sus necesidades y a la luz de todas las circunstancias del sistema fluvial particular²⁹⁶

tion comparee, Bruselas, vol 58, 1931, pag 325, C A Colliard, «Evolution et aspects actuels du regime juridique des fleuves internationaux», *Recueil des cours 1968-III*, Leyden, Sijthoff, 1970, vol 125, pag 343 y ss, R B Bilder, «International law and natural resources policies», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N M), vol 20, 1980, pag 451, Andrassy, Griffin, Lipper y Villagran Kramer, citados nota 76 *supra*, y Bourne, nota 114 *supra*

Finalmente, los autores de obras generales sobre derecho internacional público prestan también apoyo a la doctrina de la utilización equitativa como norma del derecho internacional general Véase, por ejemplo, P Fauchille, *Traite de droit international public*, 8ª ed rev, Manuel de droit international public, preparado por H Bonfils, Paris, Rousseau, 1925, vol I, segunda parte, págs 450 y ss, L Oppenheim, *International Law A Treatise*, 8ª ed rev por H Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol I, págs 345 a 347 y 475, traducción al español, *Tratado de derecho internacional publico*, Barcelona, Bosch, 1961, tomo I, vol I, págs 366 y 367, y vol II, págs 27 a 29, Brierly-Waldock, *op cit* (nota 76 *supra*), págs 231 y 232, y Ch Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1980, vol IV, págs 499 y 500

²⁹⁵ Brierly-Waldock, *op cit* (nota 76 *supra*), pag 231

²⁹⁶ Vale la pena transcribir los otros cinco principios formulados por Sir Humphrey

«1) Cuando un sistema fluvial desagua en los territorios de dos o más Estados, cada Estado tiene derecho a que ese sistema fluvial se considere como un todo y a que se tengan en cuenta sus propios intereses junto con los de los otros Estados, 2) todo Estado posee en principio un derecho igual a efectuar el máximo uso del agua dentro de su territorio, si bien al ejercer este derecho debe respetar los derechos correlativos de otros Estados, 3) [], 4) un Estado, en principio, no puede introducir cambio alguno en el sistema fluvial cuando este pueda causar perjuicio sustancial al derecho de disfrute de otro Estado sin el consentimiento de este otro Estado, 5) se le releva de obtener ese consentimiento, sin embargo, si ofrece al otro Estado una parte proporcional de los beneficios que se derivaran del cambio u otra indemnización adecuada por el perjuicio causado al disfrute del agua por el otro Estado, 6) un Estado cuyo propio disfrute del agua no sea sustancialmente perjudicado por un aprovechamiento del uso de un río que sea beneficioso a otro Estado no tiene derecho a oponerse a ese aprovechamiento» (*Ibid*, págs 231 y 232)

El autor añade que

«La aplicación de estos principios generales puede muy bien crear problemas de considerable dificultad en determinados casos, como lo muestran las detalladas disposiciones de algunos de los tratados vigentes []» (*Ibid*, pag 232)

Lipper hace una observación similar en su conocida obra sobre la utilización equitativa

«Aunque la esfera de la utilización equitativa tal vez no se preste a la formulación de normas precisas, sí se presta a la formulación de principios rectores generales

»En otras palabras, no hay fórmulas mecánicas que sean susceptibles de aplicación a todos los ríos y que en todos los casos, cuando se apliquen a situaciones específicas, lleven a una distribución correcta de las aguas entre los Estados corribereños y a una solución pacífica de los conflictos entre los diversos usos de las aguas Es evidente, por ejemplo, que las necesidades en materia de riego de un país árido del Oriente Medio no se satisficaran necesariamente aplicando soluciones que hayan permitido resolver controversias sobre la producción de energía hidroeléctrica en la región noroccidental de los Estados Unidos o en el Canadá o sobre el transporte de troncos por vía fluvial en Escandinavia» [*Loc cit* (nota 76 *supra*), págs 41 y 42]

158. Análogamente, Sir Hersch Lauterpacht ha escrito que:

[] Los Estados no solo no están autorizados para detener o modificar el curso del río que atraviese también el territorio de un Estado vecino, sino que tampoco pueden utilizar sus aguas de tal forma que ocasionen daños al Estado fronterizo o le impidan el aprovechamiento apropiado de la corriente en la parte que le corresponde²⁹⁷

En términos más generales, afirmó:

La responsabilidad del Estado puede entrar en juego como resultado del abuso de un derecho reconocido por el derecho internacional. Así ocurre cuando un Estado ejerce su derecho de una manera arbitraria, de tal modo que causa un perjuicio a otro Estado que no es posible justificar por una consideración legítima de su propia ventaja [] El deber de un Estado de no modificar el curso de un río en detrimento de los demás Estados ribereños tiene su origen en el mismo principio. La máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* es tan aplicable en las relaciones entre Estados como entre individuos: sirve de base y fundamento a una parte sustancial de la ley inglesa de *tort* (agravios) y a las figuras jurídicas correspondientes de otros sistemas de Derecho. Es uno de aquellos principios generales de Derecho reconocidos por los Estados civilizados que la Corte Permanente está obligada a aplicar en virtud del Artículo 38 de su Estatuto []²⁹⁸

159. Bajo el epígrafe «Principio general: utilización común del curso de agua por los corribereños». Charles Rousseau expone como sigue el derecho internacional actualmente aplicable:

El derecho internacional contemporáneo considera al conjunto de los ribereños del curso de agua como una entidad regional sometida al principio de la utilización común del río y de sus afluentes. La consecuencia directa de este principio es la *prohibición de toda utilización exclusiva* por uno de los Estados ribereños en virtud de su soberanía territorial y, particularmente, la prohibición de toda acción unilateral del Estado del curso superior que pueda llevar, mediante desviaciones hechas discrecionalmente, a privar de agua al Estado o los Estados del curso inferior²⁹⁹

Bajo el epígrafe «Procedimiento técnico: la partición del agua», Rousseau hace las siguientes afirmaciones iniciales:

Existen varios métodos de reparto de las aguas entre los Estados que utilizan una misma cuenca fluvial. Todos esos métodos tienden a efectuar una partición razonable (*equitable apportionment*), siguiendo la fórmula del profesor Smith []³⁰⁰

160. Tras pasar revista al derecho interno de Alemania, los Estados Unidos, Francia, Italia y Suiza, Georges Sauser-Hall llegó en 1953 a la conclusión de que es un principio generalmente reconocido del derecho que no se permite:

[] ninguna desviación de una corriente que pueda causar graves perjuicios a otros ribereños o comunidades cuyos territorios sean delimitados o atravesados por la misma corriente³⁰¹

En cuanto a las relaciones entre Austria y Baviera en lo que se refería a los cursos de agua tanto contiguos como sucesivos, Sauser-Hall llegó a la conclusión de que:

[] con objeto de explotar industrialmente toda una región fluvial, los Estados contratantes se inspiraron ante todo en consideraciones de buena vecindad, aceptando en ciertos casos la desviación de los cursos de agua de su cuenca natural, renunciando a ello en otros casos, y adoptando las medidas necesarias para mantener el caudal que se esti-

²⁹⁷ Oppenheim-Lauterpacht, *op cit* (nota 294 *supra*), vol I, pag 475

²⁹⁸ *Ibid*, pags 345 a 347. Véase también Guggenheim, *Traite de Droit international public*, Ginebra, 1953, Librairie de l'Université, vol I, pag 397

²⁹⁹ Rousseau, *op cit* (nota 294 *supra*), pags 499 y 500

³⁰⁰ *Ibid*, pag 501, donde se cita a Smith, *op cit* (nota 44 *supra*), pags 151 y 152

³⁰¹ Sauser-Hall, *loc cit* (nota 204 *supra*), pag 517

maba que necesitaba la industria de los Estados situados aguas abajo y para hacer tolerable el reflujo en el Estado situado aguas arriba de las presas construidas³⁰²

161. Herbert W. Briggs, en cambio, adoptó en 1952 la posición de que «ningún principio general de derecho internacional impide a un Estado ribereño prohibir a los buques extranjeros la navegación por tal río [es decir, por un río no sometido a un régimen convencional especial] o desviar o contaminar sus aguas»³⁰³. A primera vista, parece que Charles C. Hyde va aún más lejos, al declarar que «el propietario del curso superior [...] puede de hecho reivindicar el derecho a desviar libremente y sin restricciones las aguas que necesite, sin tener en cuenta el efecto que ello surta sobre el propietario del curso inferior»³⁰⁴. Juraj Andrassy ha señalado, no obstante, que:

[] Se puede oponer a esta opinión el parecer del mismo autor sobre la contaminación de las aguas. Invocando el arbitraje de Trail, el Sr Hyde afirma que los Estados están obligados a impedir toda utilización de su territorio que provoque la contaminación de las aguas o del aire del Estado vecino. Combinando los dos principios enunciados por el erudito autor, se llegaría a la conclusión de que estaría prohibido causar una disminución sensible de la pesca en el curso inferior de un curso de agua, pero que, en cambio, sería legítimo suprimir ese curso de agua por una desviación y, de esa forma, privar al Estado del curso inferior de todos los beneficios, incluso los más necesarios³⁰⁵

Hyde admite también que «la creciente tendencia de los Estados interesados a aceptar, mediante los acuerdos pertinentes, planes de desviaciones reguladas hechas por entidades aceptadas demuestra el carácter de la práctica que está surgiendo»³⁰⁶. Comentando esta afirmación, Charles B. Bourne observa que, aun cuando para Hyde

[] la doctrina Harmon era todavía la norma en 1945, la práctica que estaba surgiendo prefiguraba ya una norma nueva. Desde 1945 han evolucionado mucho la ley y la práctica en lo que concierne a los ríos internacionales, por lo que la opinión de Hyde sobre este problema jurídico, al igual que las opiniones similares de autores anteriores, no tiene mucho peso hoy día³⁰⁷

³⁰² *Ibid*, pag 565, véase también *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pag 144, documento A/5409, parr 627 y nota 507

³⁰³ H W Briggs, *The Law of Nations*, 2ª ed., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1952, pag 274

³⁰⁴ Hyde, *op cit* (nota 85 *supra*), pag 565

³⁰⁵ Andrassy, «Les relations internationales de voisinage», *loc cit* (nota 215 *supra*), pag 120

³⁰⁶ Hyde, *op cit*, pag 571

³⁰⁷ Bourne, *op cit* (nota 114 *supra*), pags 206 y 207, señala que los siguientes autores anteriores sustentan opiniones similares a la de Hyde: Kluber (1821), Heffter (1888), Bousek (1913) y otros enumerados en Berber, *op cit* (nota 77 *supra*), pags 14 a 19, y en el estudio de la CEPE (véase nota 77 *supra*) (E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev 1 y Corr 1), parrs 39 y ss

En cambio, Ian Brownlie (en *Principles of Public International Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1979) adopta una posición excepcionalmente cauta para un tratadista moderno

«En esta esfera, el jurista tiene que evitar la tentación de elegir, como normas de derecho consuetudinario, unos principios aproximados de equidad que regulan las relaciones entre los ribereños y que se reflejan en algunas disposiciones de tratados y en la labor de juristas y de instituciones académicas» (Pag 271)

No obstante, admite que

«En determinadas circunstancias, la acción unilateral, al crear condiciones que pueden causar daños concretos, en vez de simples pérdidas de ventajas, a otros Estados ribereños, puede hacer que se incurra en responsabilidad internacional por aplicación de los principios enunciados en el arbitraje de la *Fundación de Trail* y en la decisión sobre el asunto del *Estrecho de Corfu (fondo)*» (*Ibid*)

Brownlie analiza a continuación el asunto del *Lago Lanos* y conviene en que, en ese arbitraje, el tribunal reconoció el último principio

162. De hecho, la mayoría de los comentaristas abordan la cuestión de la utilización de un curso de agua común a dos o más Estados haciendo referencia al concepto de la soberanía territorial «restringida» o «limitada». Por ejemplo, Lipper afirma que este concepto, aunque no llega «tan lejos como el principio de la comunidad de las aguas, restringe no obstante el principio de la soberanía absoluta en la medida de lo necesario para asegurar a cada ribereño una utilización razonable de las aguas»³⁰⁸. Tras examinar declaraciones gubernamentales, fallos, tratados, convenios y manifestaciones, así como la doctrina, Lipper llega a la conclusión de que:

La concordancia existente entre los abogados y los juristas en el sentido de que los ríos internacionales no pueden ser objeto de apropiación exclusiva por un solo Estado, unida a los abrumadores indicios examinados anteriormente, hacen pensar que el principio de la soberanía limitada constituye una norma de derecho internacional³⁰⁹.

163. Andrassy ha escrito que «la norma más aceptable es la de la partición equitativa, que ha sido aplicada por los tribunales en algunos casos»³¹⁰. En efecto, ese autor llega a la conclusión de que el derecho internacional exige que las cuestiones relativas a la utilización de los cursos de agua internacionales se aborden partiendo del concepto de la «soberanía limitada», a causa del requisito de que no se irroguen perjuicios a otros Estados:

Examinando las normas del derecho de vecindad en lo que se refiere a las aguas, se encuentra ante todo una norma perfectamente establecida por la que se prohíbe todo cambio de las condiciones naturales o del régimen existente, si ese cambio es perjudicial para el vecino. Ningún Estado puede, como resultado de obras efectuadas en su territorio, cambiar la dirección del curso de agua, desviarlo total o parcialmente o cambiar el punto de su entrada en el territorio vecino[...] ³¹¹.

Esto se desprende de la conclusión más general de este autor en el sentido de que «existe una obligación general de no causar ni dejar que se causen daños en perjuicio del Estado vecino»³¹².

vi) Decisiones de los tribunales nacionales

164. En su tercer informe, el Sr. Schwebel señaló que la doctrina de la utilización equitativa «se puede en-

mencionado. Después señala que la Asociación de Derecho Internacional aprobó las Normas de Helsinki «como exposición de las normas vigentes del derecho internacional» (pág. 273) y cita los dos primeros capítulos de esas normas para concluir su análisis de la cuestión, pero no trata de conciliar su posición con el enfoque de la utilización equitativa adoptado en las Normas. Así pues, subsisten algunas dudas sobre la posición de Brownlie acerca de la situación actual.

³⁰⁸ *Loc. cit.* (nota 76 *supra*), pág. 18. Lipper analiza la teoría de la soberanía territorial limitada en las págs. 23 a 38. Véase también Andrassy, «L'utilisation des eaux des bassins fluviaux internationaux», *loc. cit.* (nota 76 *supra*), págs. 26 y 27; y Bourne, *loc. cit.* (nota 114 *supra*), pág. 189.

³⁰⁹ *Loc. cit.*, pág. 38.

³¹⁰ «Les relations internationales de voisinage», *loc. cit.* (nota 215 *supra*), pág. 120, donde se cita, entre otros asuntos, *Kansas c. Colorado* (1907) (véase nota 315 *infra*).

³¹¹ «Les relations internationales de voisinage» (*loc. cit.*, pág. 117). Andrassy también afirma que, «como la naturaleza no hace distinción según las denominaciones que los hombres han dado a los cursos de agua, hay que considerar como una unidad todos los cursos de agua conexos» (*ibid.*, págs. 115 y 116).

³¹² *Ibid.*, pág. 110. Andrassy continúa diciendo: «En primer lugar, existe, pues, el deber de abstenerse de actuar [...]. Pero hay más. En ciertos casos, los Estados están obligados a realizar ciertos actos a fin de impedir que se produzcan efectos perjudiciales para el Estado vecino.» (*Ibid.*)

contrar en la práctica nacional, particularmente en relación con las decisiones judiciales en el ámbito de Estados federales»³¹³. Los tribunales de esos Estados, para resolver sobre las pretensiones contrarias de sus subdivisiones políticas cuasi soberanas concernientes al uso de las aguas que forman o atraviesan sus fronteras, suelen aplicar lo que consideran principios de derecho internacional. Cabe considerar, pues, que tales decisiones son pertinentes en el contexto del presente análisis como prueba de las reglas de derecho internacional, a tenor del apartado c o el apartado d del párrafo 1 del Artículo 39 del Estatuto de la CIJ³¹⁴. Se citarán brevemente varias decisiones representativas de los tribunales nacionales, como ejemplo de la aplicación por esos tribunales de la doctrina de la utilización equitativa.

165. En 1907, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos falló, en el asunto *Kansas c. Colorado*, que los derechos de los Estados debían conciliarse «sobre la base de la igualdad de derechos a fin de asegurar, en la medida de lo posible, a Colorado los beneficios del riego, sin privar a Kansas de similares efectos beneficiosos de una corriente de agua»³¹⁵. El mismo Tribunal resolvió en 1936, lo que daba una idea de la flexibilidad de la doctrina, que al haberse comprobado que el Estado de Washington no tenía ninguna necesidad de las aguas del río Walla Walla, no era necesariamente incompatible con el principio de la igualdad de derechos que el Estado de Oregón desviara todo el caudal de ese río durante las épocas de escasez de agua³¹⁶.

166. En el conocido asunto del *Donauversinkung* (1927)³¹⁷ relativo a un litigio sobre las aguas del Danubio, en Alemania, entre los Estados de Wurtemberg y de Prusia contra el ribereño del curso superior, el Estado de Baden, el Tribunal Supremo de Alemania afirmó los siguientes principios generales de derecho:

[...] El ejercicio de los derechos soberanos de cada Estado con respecto a los ríos [internacionales] que atraviesan su territorio está limitado por el deber de no lesionar los intereses de otros miembros de la colectividad internacional. [...] Ningún Estado puede perjudicar sustancialmente el uso natural del caudal de un río por parte del Estado vecino.

[...]

La aplicación de este principio se rige por las circunstancias de cada caso particular. Los intereses de los Estados en cuestión se deben pon-

³¹³ Documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párr. 44.

³¹⁴ El apartado c del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto menciona «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas», y el apartado d de dicha disposición se refiere, en particular, a «las decisiones judiciales [...] de las distintas naciones». Véase, en general, H. Lauterpacht, «Decisions of municipal courts as a source of international law», *The British Year Book of International Law*, 1929, Londres, vol. 10, pág. 65.

³¹⁵ *Kansas c. Colorado* (1907), *United States Reports*, 1921, vol. 206, pág. 100.

³¹⁶ *Washington c. Oregón* (1936) [*ibid.*, 1936, vol. 297, pág. 517]. Véanse asimismo *Kansas c. Colorado* (1902) [*ibid.*, 1910, vol. 185, pág. 125]; *Estado de Dakota del Norte c. Estado de Minnesota* (1923) [*ibid.*, 1924, vol. 263, pág. 365]; *Connecticut c. Massachusetts* (1931) [*ibid.*, 1931, vol. 282, pág. 660]; *Nueva Jersey c. Nueva York* (1931) [*ibid.*, 1931, vol. 283, pág. 336]; *Nebraska c. Wyoming* (1945) [*ibid.*, 1946, vol. 325, pág. 589]; y los otros asuntos citados en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), nota 92.

³¹⁷ *Wurtemberg y Prusia c. Baden* (1927), *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Berlín, 1927, vol. 116, apéndice, pág. 18; *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928*, Londres, 1931, vol. 4, pág. 128, asunto N.º 86.

derar de una manera equitativa. Se debe tener en cuenta no sólo el daño absoluto causado al Estado vecino sino también la relación entre la ventaja obtenida por uno y el daño causado al otro [...]»³¹⁸.

167. En 1939 el Tribunal de Casación de Italia falló un litigio entre una compañía francesa y otra italiana sobre el uso del río Roya³¹⁹. El demandante había presentado su demanda en Francia para obtener reparación por los daños supuestamente sufridos como consecuencia de la construcción por el demandado de una central eléctrica en el tramo italiano del río. El demandante obtuvo un fallo a su favor que los tribunales italianos se negaron a ejecutar, basándose en la existencia de un tratado entre Francia e Italia que regulaba el uso del río. De interés aquí son las siguientes afirmaciones del Tribunal de Casación italiano:

El derecho internacional reconoce a cada Estado ribereño el derecho a disfrutar, como participante en una especie de sociedad creada por el río, de todas las ventajas que de él se derivan con objeto de lograr el bienestar y el progreso social y económico de la nación. [...] No obstante, un Estado, si bien puede, en el ejercicio de su derecho de soberanía, someter los ríos del dominio público al régimen que juzgue más adecuado, no puede hacer caso omiso de la obligación internacional, derivada de ese principio, de no dificultar ni impedir, como resultado de ese régimen, la posibilidad de que los demás Estados se sirvan del caudal para sus propias necesidades nacionales [...]»³²⁰.

168. Por último, aunque no se trata estrictamente de una decisión judicial, el informe de la Comisión del Indo (Comisión Rau) creada para conocer del litigio entre las provincias indias de Sind y Punjab sobre las desviaciones del río Indo previstas por esta última, es pertinente e instructivo. La Comisión logró el acuerdo de las partes sobre una serie de principios para llegar a una transacción en la controversia. Entre esos principios, a los que se llegó por decantación mediante un amplio análisis de la doctrina, figura el siguiente:

3) A falta de [...] acuerdo, los derechos de las diversas Provincias y Estados se deben determinar por aplicación de la regla de la «distribución equitativa», en virtud de la cual cada uno obtiene una justa parte de las aguas del río común (decisiones de tribunales norteamericanos)³²¹.

vii) Resumen y conclusiones

169. Como se desprende del precedente análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho, en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación —en particular, las disposiciones de los tratados, la posición adoptada por los Estados en litigios concretos, las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, las for-

³¹⁸ *Entscheidungen...*, págs. 31 y 32; *Annual Digest...*, pág. 131.

³¹⁹ *Société électricité du littoral méditerranéen c. Compagnia Imprese elettriche liguri* (1939) (*Il Foro italiano*, Roma, vol. 64, 1939, primera parte, pág. 1036; *Annual Digest...*, 1938-1940, Londres, 1942, vol. 9, pág. 120, asunto N.º 47).

³²⁰ *Il Foro...*, pág. 1046; *Annual Digest...*, pág. 121. Véase asimismo el asunto *Zurich c. Aargau*, fallo de 12 de enero de 1878 del Tribunal Federal de Suiza, en el que el Tribunal afirmó la igualdad de derechos de los cantones de Zurich y Aargau respecto del uso de las aguas en litigio (*Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, 1878, vol. 4, pág. 34, particularmente págs. 37 y 47); y el estudio de la CEPE (véase nota 77 *supra*) (E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 y Corr.1), párr. 61.

³²¹ *Report of the Indus Commission and Printed Proceedings* (Simla, 1941; reimpresso en Lahore, 1950), págs. 10 y 11; la serie de principios figuran citados íntegramente en Whiteman, *op. cit.* (nota 78 *a supra*), págs. 943 y 944.

mulaciones del derecho preparadas por organismos intergubernamentales y no gubernamentales, las opiniones de prestigiosos tratadistas y las decisiones de los tribunales nacionales en casos similares—, la doctrina de la utilización equitativa como principio general del derecho que sirve de orientación para la determinación de los derechos de los Estados respecto de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación ha obtenido un apoyo abrumador. La doctrina es intrínsecamente general y flexible, lo que la hace adecuada para su adaptación y aplicación a muy diversas situaciones. En realidad, la aplicabilidad de la doctrina parece limitada sólo por los posibles obstáculos políticos a la aceptación de una partición equitativa, y no por meras consideraciones jurídicas³²².

170. Sin embargo, la flexibilidad misma de la doctrina, que es su virtud primordial, puede ser motivo de preocupación para algunos, que quizá consideren que no ofrece protección suficiente o que no se presta al enunciado de reglas precisas. Ahora bien, de los textos antes analizados se desprende claramente la existencia en este campo de un «núcleo esencial» de normas universalmente aceptadas, y que existen criterios concretos a los que pueden remitirse los Estados al determinar si una distribución concreta de usos y beneficios es equitativa o razonable. Como ha señalado Lipper:

Parece evidente que los problemas de cada río normalmente son únicos y que las reglas generales son válidas sólo hasta donde sean viables en una situación concreta. [...] Por otra parte, las bases fundamentales de la distribución del agua no necesitan ser examinadas en cada caso [...]»³²³.

Los párrafos siguientes contienen un análisis: *a)* de los fundamentos jurídicos de la doctrina, y *b)* de su naturaleza «jurídica». El Relator Especial concluirá después esta parte del informe con la exposición de sus opiniones provisionales sobre la cuestión de cómo la Comisión debería tratar, al menos por ahora, la cuestión de la determinación del uso equitativo.

³²² Esa afirmación, por supuesto, parte de la hipótesis de que no existe un acuerdo aplicable.

Cabe preguntarse si la práctica seguida en algunos casos de dar por lo menos cierto grado de preferencia a los usos existentes constituye una excepción a la doctrina de la utilización equitativa. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado la doctrina de los «derechos adquiridos con anterioridad» (*prior appropriation*) como una especie de costumbre regional en los asuntos en que estaban implicados Estados situados en la árida parte occidental del país, donde la doctrina se aplica en el ámbito del derecho interno de los Estados interesados (véase, por ejemplo, *Wyoming c. Colorado* (1922) (nota 204 *supra*) y *Nebraska c. Wyoming* (1945) (nota 316 *supra*). En el asunto mencionado en primer lugar, como los Estados implicados aplicaban en el ámbito interno la doctrina de los derechos adquiridos con anterioridad, el Tribunal «consideró justo aplicar el mismo principio en una controversia interestatal entre ellos» [Lipper, *loc. cit.* (nota 76 *supra*), pág. 54]. Véase el cuarto principio formulado por la Comisión Rau en relación con el litigio entre las provincias indias de Sin y Punjab:

«En interés general de toda la colectividad que habita territorios secos o áridos, normalmente habrá que dar preferencia a un proyecto de riego anterior respecto de otro posterior [...]». [*Report of the Indus Commission...* (*op. cit.*) (nota 321 *supra*), págs. 10 y 11].

Se entiende que cuando hay un uso anterior por un Estado, ese uso se considera debidamente en el ámbito internacional como un factor que debe tenerse en cuenta al tratar de establecer un equilibrio entre las necesidades e intereses de los Estados de que se trata en el proceso conducente a una distribución equitativa de los usos y beneficios del curso de agua internacional. Véase, en general, Lipper, *loc. cit.*, págs. 49 a 62.

³²³ *Loc. cit.*, pág. 42.

171. La base en que se funda la doctrina de la utilización equitativa es el principio fundamental representado por el aforismo *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Como se ha visto ya, este aforismo ha sido ampliamente reconocido como un principio de derecho generalmente aceptado que rige las relaciones entre los Estados³²⁴. En el contexto del uso de un curso de agua que separa o atraviesa dos o más Estados, esto significa que ninguno de esos Estados puede utilizar ni permitir la utilización del curso de agua de manera que cause un daño al otro u otros. De ese modo, se dice que los Estados gozan de «igualdad de derechos» o, tal vez con más exactitud, de «derechos correlativos» respecto del uso del curso de agua³²⁵, idea que encuentra expresión en la doctrina de la soberanía territorial limitada: todo Estado tiene el derecho soberano de utilizar a su arbitrio las aguas dentro de su territorio, pero ese derecho está limitado por la obligación de no causar daño a otros Estados.

172. Para la comprensión de esa última afirmación y, en realidad, de la doctrina de la utilización equitativa en general, es de importancia decisiva entender el sentido del término «daño» en el presente contexto, donde ese término se utiliza en su sentido jurídico como contrapuesto a su sentido objetivo. Así, una distribución de los usos y beneficios de las aguas de un curso de agua internacional entre dos o más Estados puede originar cierto perjuicio —en el sentido objetivo de necesidades insatisfechas³²⁶— a uno o, generalmente, a los dos Estados, y seguir siendo «equitativo». Esto es una consecuencia inevitable de la naturaleza de la situación típica en que se plantea alguna cuestión concerniente a los derechos de los Estados respecto de los cursos de agua in-

³²⁴ Entre los numerosos ejemplos de la jurisprudencia y la doctrina antes examinados en apoyo de esa proposición, véanse por ejemplo: el asunto del *Estrecho de Corfú* (párrs. 109 y 110 *supra*); el arbitraje del asunto del *Lago Lanós* (párr. 121 *supra*); el arbitraje del asunto de la *Fundición de Trail* (párr. 127 *supra*); el principio 21 de la Declaración de Estocolmo (párr. 138 *supra*); las Normas de Helsinki, párrafo a del comentario al artículo X [*op. cit.* (nota 79 *supra*), págs. 497 a 499]; Lester, «Pollution», *loc. cit.* (nota 178 *supra*), pág. 101; *Oppenheim-Lauterpacht, op. cit.* (nota 294 *supra*), págs. 345 a 347; el memorando del Secretario General, de 1949 (véase nota 188 *supra*), pág. 38. Véase asimismo la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por la Asamblea General en su resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, que dispone:

«Artículo 3

»En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros.»

Véanse abundantes ejemplos adicionales en apoyo de la inclusión del principio *sic utere tuo* en el cuerpo de normas del derecho internacional en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párrs. 113 a 129.

³²⁵ Como dice Lipper, «La piedra angular de la utilización equitativa es la igualdad de derechos». Ese tratadista continúa diciendo que esta idea «significa, en primer lugar, que todos los Estados ribereños de un curso de agua internacional se sitúan recíprocamente en pie de igualdad en lo que concierne a su derecho a la utilización del agua» [*loc. cit.* (nota 76 *supra*), págs. 44 y 45, y los ejemplos de la jurisprudencia y la doctrina allí citados y analizados].

³²⁶ La definición que da Lipper del término «necesidades» será suficiente a los presentes efectos: «El término “necesidades” abarca las necesidades económicas y sociales de los Estados ribereños que hacen que éstos dependan en mayor o menor medida de las aguas del río.» (*Loc. cit.*, pág. 44, y las correspondientes citas de la doctrina y la jurisprudencia.)

ternacionales, a saber, un estado de cosas en el que el agua es insuficiente para satisfacer las necesidades de los Estados implicados, lo que da lugar a un conflicto entre esas necesidades. Como explica el Sr. Schwebel en su tercer informe:

[...] Naturalmente, cada Estado del sistema goza [del derecho a utilizar las aguas del sistema de un curso de agua internacional en su propio territorio], pero cuando la cantidad o la calidad del agua son de índole tal que no se pueden llevar a cabo cabalmente todos los usos razonables beneficiosos por parte de los Estados del sistema, se produce lo que se denomina un «conflicto de usos». La práctica internacional reconoce en esos casos la necesidad de algunos ajustes o arreglos a fin de preservar la igualdad de derechos de cada Estado del sistema. Esos ajustes o arreglos se han de calcular sobre la base de la equidad, en ausencia de un acuerdo específico respecto de la «participación» de cada Estado del sistema en los usos de las aguas [...]»³²⁷.

173. Así pues, conforme al principio de la igualdad de derechos, ningún Estado cuyo territorio borde o atraviese un curso de agua internacional puede reclamar un derecho intrínsecamente superior al uso de las aguas de ese curso de agua. Cuando surge un conflicto entre las necesidades de agua de los Estados que explotan esas aguas, ese conflicto debe resolverse con arreglo a la equidad, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes³²⁸. En el supuesto de que los Estados implicados sean dos, la conciliación de sus necesidades contradictorias supondrá, por definición, que no se satisfagan plenamente las necesidades de uno o, generalmente, de ninguno de los dos Estados. La consiguiente no satisfacción de necesidades puede muy bien entrañar un perjuicio, en sentido objetivo, para uno o para ambos Estados, pero el logro de un equilibrio razonable entre los intereses o las necesidades de los Estados implicados, con arreglo a la doctrina de la partición equitativa, reduce al mínimo en lo posible el perjuicio objetivo para cada uno de ellos y da lugar a una situación en la que ningún Estado sufre un daño jurídicamente apreciable: el derecho de un Estado termina donde empieza el derecho del otro (lo que simplemente es otra manera de decir que los derechos de los Estados de que se trata son correlativos y no absolutos). Puede decirse que cada Estado tiene derecho a una participación equitativa en los usos y beneficios de las aguas. De ese modo, la doctrina de la utilización equitativa es compatible con el principio *sic utere tuo*.

174. La línea de demarcación que separa o concilia los derechos de los Estados interesados tiene que trazarse de

³²⁷ Documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párr. 41, refiriéndose a la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Salzburgo en 1961 (véase párr. 153 *supra*). Véase asimismo, por ejemplo, el tercer principio formulado por la Comisión Rau (párr. 168 *supra*).

³²⁸ El proceso y los objetivos de la solución de las necesidades contradictorias de dos o más Estados con arreglo al principio de la utilización equitativa han sido expuestos por Lipper de la manera siguiente:

«La utilización equitativa consiste en lo siguiente:

»1) El examen de las necesidades económicas y sociales de los Estados corribereños mediante la consideración objetiva de los diversos factores y elementos contradictorios [...] que guardan relación con su respectivo uso de las aguas;

»2) Distribución de las aguas entre los corribereños de manera que satisfaga sus necesidades en el mayor grado posible;

»3) Realización de la distribución de las aguas mediante el logro del máximo beneficio para cada corribereño que sea compatible con el mínimo perjuicio a cada uno de ellos.» [*Loc. cit.* (nota 76 *supra*), pág. 45.]

modo que se logre una distribución razonable o equitativa de los usos y beneficios de las aguas. Como se ha visto, la solución del problema de las necesidades antagónicas de agua de los Estados con arreglo a equidad no es nueva, e incluso hay crecientes indicios del recurso al concepto de equidad para resolver las controversias entre Estados en otros campos³²⁹. Por consiguiente, su

³²⁹ La determinación de los límites marítimos es otro de esos campos, hasta cierto punto análogo al de la distribución de los usos y beneficios de un curso de agua internacional: aunque, a diferencia de la distribución de agua, se trata del establecimiento de un límite, en ambos casos el objetivo fundamental es la distribución de recursos entre dos o más Estados. El recurso a la equidad en la esfera de la determinación de los límites marítimos se basa en la Proclamación Truman sobre la Plataforma Continental, de 28 de septiembre de 1945 (*United States Statutes at Large 1945*, vol. 59, parte 2, pág. 884, proclamación N.º 2667). Como ha señalado Mark B. Feldman («The Tunisia-Libya continental shelf case: Geographic justice or judicial compromise?», *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 77, 1983, pág. 228):

«[...] el criterio [de la Proclamación Truman] de los principios de equidad fue adoptado por la Corte Internacional de Justicia en los asuntos relativos a la *Plataforma continental del mar del Norte* y por el tribunal de arbitraje en el asunto de la Delimitación de la plataforma continental entre la Gran Bretaña y Francia. Además, esa idea fue incorporada en el artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental mediante la referencia a las “circunstancias especiales”».

El autor se refiere a los asuntos relativos a la *Plataforma continental del mar del Norte* (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos), fallo de 20 de febrero de 1969, *C.I.J., Recueil 1969*, págs. 32 y 33, párr. 47, pág. 47, párr. 86, y pág. 53, párr. 101, apartado C; a la decisión del tribunal arbitral de 30 de junio de 1977 en el asunto de la *Delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Francesa*, párrs. 97 y 195 [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (N.º de venta: E/F.80.V.7), págs. 188, 228 y 229]; y a la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental, de 1958 (Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 499, pág. 311).

En su fallo de 24 de febrero de 1982 relativo al asunto de la *Plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia)*, *C.I.J. Recueil 1982*, pág. 18, la CIJ manifestó:

«la delimitación debe efectuarse de conformidad con principios equitativos, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes.» (Pág. 92, párr. 133, apartado A.1.)

La Corte dejó bien sentado que el resultado de la delimitación debe ser equitativo:

«[...] La aplicación de principios equitativos debe llevar a un resultado equitativo. [...] Lo que importa [...] es el resultado: los principios están subordinados al objetivo que debe alcanzarse [...]» (Pág. 59, párr. 70.)

Véase también el fallo de 12 de octubre de 1984 de una Sala de la Corte dictado en el asunto de la *Determinación del límite marítimo en la región del golfo del Maine* (Canadá/Estados Unidos de América), *C.I.J. Recueil, 1984*, pág. 246, donde se dice que:

«La norma fundamental de derecho internacional general que rige la determinación de los límites marítimos exige que la línea de delimitación se establezca mediante la aplicación a esa operación de criterios equitativos, con objeto de llegar a un resultado equitativo [...]» (Pág. 339, párr. 230.)

Véase, en general, J. Schneider, «The Gulf of Maine Case: The Nature of an Equitable Result», *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 79, 1985, pág. 539.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 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. 157, documento A/CONF.62/122], también exige, en el artículo 74, relativo a la delimitación de la zona económica exclusiva, y en el artículo 83, relativo a la delimitación de la plataforma continental, una delimitación equitativa de los límites marítimos. Las partes pertinentes del párrafo 1 de esos artículos, que son idénticas, disponen lo siguiente:

utilización para delimitar los derechos de los Estados con respecto a un curso de agua internacional no debe considerarse como algo novedoso ni, en cierto modo, jurídico³³⁰.

175. Finalmente, convendría decir algunas palabras acerca de la aplicación del principio de la utilización equitativa, es decir, acerca del modo como tiene que determinarse la distribución equitativa de los usos y beneficios de las aguas de un curso de agua internacional. Esta cuestión ha sido tratada con gran detalle en informes de los anteriores Relatores Especiales³³¹ y no se tiene el propósito de repetir aquí lo que ya se ha dicho. En pocas palabras, la tarea de llegar a una distribución equitativa supone establecer un equilibrio entre las necesidades de los Estados interesados de tal modo que cada uno obtenga los máximos beneficios y sufra los mínimos perjuicios. Según la gran mayoría de la jurisprudencia y la doctrina, el proceso de establecer ese equilibrio ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta todas las consideraciones pertinentes. Según la sentencia arbitral dictada en el asunto del *Lago Lanós*:

[...] Es preciso tener en cuenta, cualquiera que sea su naturaleza, todos los intereses susceptibles de ser afectados por las obras emprendidas, aun en el caso de que no estén protegidos por un derecho. [...]

[...] El Tribunal considera que el Estado del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios, y de demostrar que a ese respecto hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios³³².

176. Diversos organismos han elaborado listas indicativas de los intereses y otros factores que tienen que tenerse en cuenta para llegar a una distribución equitativa. Destacan entre esos organismos el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano y la Asociación de Derecho Internacional³³³. Listas análogas figuran en el artículo 8 propuesto por el anterior Relator Especial y remitido al Comité de Redacción en 1984 (véase párr. 28 *supra*) y en el artículo 7 propuesto por el Sr. Schwebel

«1. La delimitación [...] se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa.»

Por último, la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, de 1978 (A/CONF.117/14) también recurre a principios equitativos. Véase, por ejemplo, el párrafo 2 de los artículos 28 y 31.

³³⁰ Además de los ejemplos aducidos en la nota precedente del uso de los principios equitativos como doctrina jurídica, quizá merezca la pena recordar el análisis que hizo el magistrado Hudson en su opinión individual relativa al asunto del *Transvase de las aguas del Mosa*, según la cual los poderes de equidad de la CPJI se fundaban en «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (*C.P.J.I., serie A/B, N.º 70*, pág. 76).

³³¹ Véase, en especial, el examen dedicado por el Sr. Schwebel en su tercer informe al arbitraje del *Lago Lanós*, a las propuestas presentadas al Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, a las resoluciones de la Asociación de Derecho Internacional y a las consecuencias de los acuerdos internacionales [documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párrs. 92 a 110].

³³² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII..., pág. 315, párr. 22 (apartados segundo y tercero) de la sentencia.

³³³ Las listas de factores elaboradas por esos dos organismos se reproducen en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párrs. 94 a 96.

en su tercer informe³³⁴. Ahora bien, todas esas listas parten del reconocimiento de que

[...] no es posible formular un conjunto fijo de factores automáticamente aplicable o una fórmula determinada para clasificar o ponderar los factores que sean aptos para todas las situaciones³³⁵.

177. Así pues, la aplicación del principio de la utilización equitativa depende en último término de la buena fe y la cooperación de los Estados interesados. Lo ideal sería que esa cooperación de buena fe se efectuase por medio de mecanismos institucionales creados por los Estados interesados con el fin, entre otras cosas, de tomar decisiones sobre distribución equitativa. Convendría, pues, no aguardar para decidir sobre una distribución equitativa que se diera un estado de cosas que originase una controversia, sino que se efectuara de antemano como parte de la ordenación general de todo el sistema del curso de agua. La ordenación de un curso de agua internacional por medio de un mecanismo institucional ofrece una serie de ventajas, entre otras que especialistas científicos y técnicos puedan intervenir en las fases de planificación y que puedan hacerse asignaciones de uso antes de que arraiguen profundamente las expectativas creadas, de que cambien las posiciones y de que se asignen recursos financieros.

[...] En el pasado, en la mayoría de los sistemas de cursos de agua internacionales se ha carecido de ese mecanismo, y el contexto defensivo, que bien podría denominarse «contencioso», en el cual se examinaron los conflictos de usos, con excesiva frecuencia dio lugar a controversias acerbas y prolongadas³³⁶.

178. Dado que la explotación de los recursos de agua dulce en todo el mundo en relación con el desarrollo de los Estados es cada vez más intensa, es muy probable que aumenten las posibilidades de litigios sobre las reservas cada vez más escasas de agua. A juicio del Relator Especial, sería muy de lamentar que la Comisión no aprovechara la oportunidad que le ofrece su labor sobre los cursos de agua internacionales para proporcionar orientación a los Estados recomendándoles que creen mecanismos institucionales con miras, entre otras cosas, a evitar tales litigios sobre la distribución de los cursos de agua internacionales. No obstante, la tarea primordial e inmediata de la Comisión es la codificación y el desarrollo progresivo de las reglas de derecho por las que se rigen los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. A este respecto, el criterio provisional del Relator Especial — sujeto, como siempre, a los deseos de la Comisión — es que, si bien se debe ofrecer una explicación de los tipos de factores que hay que tener en cuenta para llegar a una distribución equitativa, en relación con el enunciado del principio de la utilización equitativa (probablemente en el comentario a un artículo sobre esa materia), la cuestión de si se debe incluir o no en el proyecto una disposición que comprenda una lista de tales factores puede dejarse para más adelante. Esto permitiría a la Comisión concentrar ahora su atención en la formulación del núcleo de normas de derecho internacional general relativas al tema y proporcionar a la vez la necesaria orientación acerca de la determinación de una distribución equitativa.

³³⁴ *Ibid.*, párr. 106.

³³⁵ *Ibid.*, párr. 101.

³³⁶ *Ibid.*, párr. 102.

c) La obligación de no causar «perjuicio apreciable»

179. El texto del artículo 9 presentado en su segundo informe por el anterior Relator Especial y remitido al Comité de Redacción en 1984 (véase párr. 29 *supra*) dice lo siguiente:

Todo Estado del curso de agua evitará y prevendrá (dentro de su jurisdicción) usos o actividades relativos a un curso de agua internacional que puedan causar perjuicio apreciable a los derechos o intereses de otros Estados del curso de agua, a menos que se prevea otra cosa en un acuerdo del curso de agua u otro acuerdo o arreglo.

Este artículo puede considerarse como una expresión, en el contexto de los cursos de agua internacionales, del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*³³⁷, que a su vez constituye la base de la doctrina de la utilización equitativa, antes examinada. Ya se ha hecho notar el amplio apoyo de que goza ese principio y su aceptación general como norma de derecho internacional. A juicio del Relator Especial, la tarea principal de la Comisión en lo relativo a su examen del artículo 9 es determinar cómo puede expresarse mejor ese principio en el contexto de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

180. Ya se ha explicado que una participación equitativa en el uso y los beneficios de un curso de agua internacional puede muy bien suponer que no todos los Estados interesados vean plenamente satisfechas sus necesidades. Partiendo de esa base, es posible que la utilización equitativa de un curso de agua internacional por un Estado cause un perjuicio «apreciable» o «importante» a otro Estado que utilice el mismo curso de agua, sin que eso signifique lesión de sus derechos ni pueda calificarse de acto ilegal. Por eso, el Relator Especial cree que debiera modificarse la redacción actual del artículo 9 para ponerla en armonía con el artículo o los artículos en que se formule el principio de utilización equitativa.

181. Son varias las formas en que podría ponerse el artículo 9 en armonía con el artículo o los artículos sobre la utilización equitativa. Pero cualquiera que sea el método que se utilice, de lo que se trata es de dejar bien sentado que lo que se prohíbe es la conducta de un Estado que rebasa los límites de su participación equitativa o priva a otro Estado de la participación equitativa que le corresponde en el uso y los beneficios del curso de agua de que se trate. Dicho de otro modo, lo que habría que destacar es la obligación de no cometer un acto ilegal (mediante un uso no equitativo), más que la obligación de no causar un perjuicio real. No significa esto en modo alguno que se niegue la existencia de una obligación general de no perjudicar de hecho a otro Estado; se trata simplemente de que, en el contexto de los cursos de agua, la producción de un perjuicio, incluso importante, puede no lesionar los derechos del Estado perjudicado si ese perjuicio no rebasa los límites permitidos por una participación equitativa.

182. Una de las formas de conseguir el objetivo deseado sería simplemente sustituir en el mencionado texto del artículo 9 las palabras «causar perjuicio apreciable a los derechos o intereses de» por las palabras «lesionar los derechos de». Dicho artículo diría, pues, lo siguiente:

³³⁷ *Ibid.*, párr. 113.

«Todo Estado de un curso de agua evitará y prevendrá (dentro de su jurisdicción) usos o actividades relativos a un curso de agua internacional que puedan lesionar los derechos de otros Estados del curso de agua, a menos que se prevea otra cosa en un acuerdo del curso de agua u otro acuerdo o arreglo.»

Esta fórmula tiene la ventaja de no tener que redactar de nuevo todo el «artículo, pero tiene, en cambio, el inconveniente de no poner clara y expresamente de relieve la concordancia que existe entre el artículo y el principio de utilización equitativa. Aunque eso podría hacerse en un comentario al artículo, el Relator Especial cree que sería preferible dejarlo claramente sentado en el propio texto de éste. Los artículos deberían, en lo posible, ser suficientemente explícitos para que todos ellos reunidos formen, ya a primera vista, un conjunto integrado.

183. La segunda forma de armonizar el artículo con el principio de utilización equitativa sería sustituir la referencia al perjuicio apreciable por una referencia a la conducta del Estado que rebasa los límites de su participación equitativa o priva a otro Estado de esa participación. El texto del artículo en este caso podría ser:

«Todo Estado del curso de agua evitará y prevendrá (dentro de su jurisdicción) usos o actividades relativos a un curso de agua internacional que puedan hacer que ese Estado rebase su participación equitativa, o prive a otro Estado del curso de agua de su participación equitativa, en los usos o beneficios del curso de agua, a menos que se prevea otra cosa en un acuerdo del curso de agua u otro acuerdo o arreglo.»

Esta fórmula es, a juicio del Relator Especial, preferible a la primera, porque en ella se pone claramente de relieve el tipo de conducta que, en el contexto del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales, da lugar a una lesión jurídica reconocible. Con ella se expresa además la idea de que todo Estado tiene derecho a su participación equitativa, pero no a más.

184. La tercera forma de formular el artículo 9 sería hacer referencia expresa a la obligación de no causar perjuicios, pero poniendo claramente de relieve que, incluso en aquellos casos en que la utilización de un curso de agua por un Estado cause un perjuicio, esa obligación no se viola, en tanto en cuanto esa utilización sea equitativa en relación con el otro o los otros Estados. El artículo podría entonces formularse como sigue:

«En su utilización de un curso de agua internacional, un Estado del curso de agua no causará perjuicio apreciable a otro Estado del curso de agua, salvo dentro de los límites permitidos en el contexto de la utilización equitativa por el primer Estado de dicho curso de agua internacional.»

La principal ventaja de esta fórmula es que en ella se establece expresamente la obligación de no causar perjuicio, pero se pone claramente de relieve que esa obligación está subordinada a los derechos que pueda tener un Estado en virtud de su utilización equitativa de un curso de agua internacional³³⁸. Esta tercera variante concilia, pues, perfectamente el derecho a una utilización equitativa con la obligación de no causar perjuicios. El derecho de un Estado a utilizar un curso de

agua está limitado por su obligación de no causar perjuicios a otros Estados pero esa obligación no es absoluta; hay perjuicios que quizá sea preciso tolerar (es decir, que no son ilícitos), siempre que su causa sea una conducta que entre dentro del ámbito de la utilización de un curso de agua por un Estado de forma «equitativa» para con el otro o los otros Estados interesados. Por ser más precisa que las dos fórmulas anteriores, el Relator Especial cree que un artículo redactado con arreglo a las líneas generales de esta tercera variante respondería mejor a los objetivos de una disposición sobre este tema, que consisten en establecer la obligación de no causar perjuicio, pero sin menoscabo del principio de la utilización equitativa.

185. Como ya se ha hecho notar en relación con el examen del principio de utilización equitativa, no existe ninguna fórmula mecánica para determinar si un uso determinado por parte de un Estado es «equitativo» para con otro Estado y, por lo tanto, si, en el caso de que cause un perjuicio a ese otro Estado, dicho uso es ilícito. Tal determinación se vería indudablemente facilitada si la utilización del curso de agua estuviera regulada por un acuerdo o arreglo entre los Estados interesados que aplicase al curso de agua el principio de utilización equitativa; si el uso del curso de agua estuviera regulado por un régimen autoritariamente establecido de utilización equitativa; o si existiera un mecanismo institucional en el marco del cual pudiera procederse a tal determinación.

186. A falta de esos medios convenidos para facilitar esa determinación, la situación se resolvería aplicando las reglas de procedimiento (y las consecuencias de su incumplimiento) previstas en el capítulo III del proyecto presentado por el anterior Relator Especial. (Algunas de esas reglas están contenidas en los artículos sometidos a la consideración de la Comisión en el capítulo III del presente informe.) Así, la conducta de un Estado que rebasa los límites de su participación equitativa o priva a otro Estado de la suya debería en principio evitarse en virtud de las normas de derecho internacional relativas a la notificación y consulta en relación con nuevos proyectos, programas o usos que puedan causar perjuicio apreciable a otros Estados. Si no se hace esa notificación, y un Estado sostiene que puede sufrir o ha sufrido un perjuicio apreciable como resultado de las nuevas actividades, ese Estado tiene derecho a recibir del Estado que ha realizado las nuevas actividades información acerca de éstas, de sus consecuencias y de cualesquiera medidas destinadas a remediarlas³³⁹. El Estado (potencialmente) afectado tiene también derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos por haber sido privado de su participación equitativa.

187. La naturaleza general y flexible del principio de utilización equitativa hace imprescindible disponer de reglas de procedimiento como las que se acaban de describir, si se quiere evitar controversias posiblemente graves y prolongadas sobre la utilización de los

³³⁸ Véase el párrafo 1 del artículo 8 que figura en el tercer informe del Sr. Schwebel, *ibid.*, párr. 156.

³³⁹ Véase el párrafo 2 de la sección 2 del «plan esquemático» en el tercer informe de Robert Q. Quentin-Baxter sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 75, documento A/CN.4/360, párr. 53.

cursos de agua. No es raro, por lo tanto, que las innumerables situaciones que se han planteado en todo el mundo en relación con conflictos reales o potenciales de utilización hayan dado lugar en el curso de los años a un

amplio conjunto de prácticas de los Estados destinadas a respaldar esas reglas de procedimiento. Tales reglas se examinarán detalladamente en el capítulo III del presente informe.

ANEXOS^a

Disposiciones de tratados relativos a la utilización equitativa

ABREVIATURAS

<i>BFSP</i>	<i>British and Foreign State Papers</i>
<i>Textes législatifs</i>	Naciones Unidas, serie legislativa, <i>Textes législatifs et dispositions de traites concernant l'utilisation des fleuves internationaux a des fins autres que la navigation</i> (N° de venta 63 V 4)
Documento A/5409	«Problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales», informe del Secretario General, reproducido en <i>Anuario 1974</i> , vol II (segunda parte), pag 37
Documento A/CN 4/274	«Problemas jurídicos relativos a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegacion», informe suplementario del Secretario General, reproducido en <i>Anuario 1974</i> , vol II (segunda parte), pag 286

NOTA —Los instrumentos se clasifican en orden cronológico, los títulos de muchos tratados se han abreviado por razones de espacio

^a Estos anexos se refieren en particular a los párrafos 75 a 99, que en el capítulo II tratan de la utilización y participación equitativas

ANEXO I

Disposiciones de tratados relativos a cursos de agua contiguos

En las siguientes disposiciones de tratados relativos a los cursos de agua contiguos se reconoce la igualdad de derechos de los Estados ribereños respecto del uso de las aguas^a

AFRICA

Acuerdo de 2 y 9 de febrero de 1888 entre la Gran Bretaña y Francia relativo a la costa somalí (Protectorados franceses e ingleses) uso común de los pozos en la región fronteriza (*BFSP, 1890-1891*, vol 83, pag 672, *Textes législatifs*, pag 118, N° 16, documento A/5409, parr 132,

Convenio de 27 de junio de 1900 entre Francia y España para la delimitación de las posesiones francesas y españolas en la costa del Sahara y en la costa del Golfo de Guinea art V (el aprovechamiento y disfrute de las aguas de los ríos Muni y Utamboni serán objeto de convenios concertados entre los dos Gobiernos) (*BFSP, 1899-1900*, vol 92, pag 1014, *Textes législatifs*, pag 117, N° 15, documento A/5409, parr 139),

Canje de notas de 19 de octubre de 1906 que constituye un Acuerdo entre el Reino Unido y Francia relativo a la frontera entre las posesiones inglesas y francesas desde el Golfo de Guinea al Níger respecto de los derechos adquiridos (*BFSP, 1905-1096*, vol 99, pag 217, *Textes législatifs*, pag 122, N° 22, documento A/5409, parr 125), veanse los acuerdos análogos entre el Reino Unido y Francia sobre la delimitación de la frontera i) entre las posesiones británicas y francesas al norte y al este de Sierra Leona (22 de enero y 4 de febre

ro de 1895) (*BFSP, 1894-1895*, vol 87, pag 17, *Textes législatifs*, pag 119, N° 18, A/5409, parr 130), ii) entre el África Ecuatorial Francesa y el Sudan angloegipcio (21 de enero de 1924) (*BFSP, 1924*, vol 119, pag 354, *Textes législatifs*, pag 125, N° 25, A/5409, parr 127), iii) entre los territorios del Togo bajo mandato británico y francés (21 de octubre de 1929, y 30 de enero y 19 de agosto de 1930) (G F de Martens, ed., *Nouveau Recueil general de traites*, 3ª serie, vol XXV, pag 452, *Textes législatifs*, pag 127, N° 26, documento A/5409, parr 126),

Acuerdo de 22 de noviembre de 1934 entre Bélgica y el Reino Unido sobre los derechos relacionados con el uso de las aguas en la frontera entre Tanganyika y Ruanda Urundi art 4 (derecho a tomar una cantidad de agua igual a la mitad del caudal de agua), art 3 (prohibición de las operaciones mineras o industriales que puedan contaminar las aguas de ríos contiguos o sucesivos o de sus afluentes) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CXC, pag 103, *Textes législatifs*, pag 97 N° 4, documento A/5409, parrs 87 a y 88 b),

Canje de notas de 11 de mayo de 1936 y 28 de diciembre de 1937 que constituye un Acuerdo entre el Reino Unido y Portugal relativo a la frontera entre el territorio de Tanganyika y Mozambique nota I, parr 5 («los habitantes de las dos riberas tendrán derecho, en toda la extensión del río, a sacar agua, a pescar y a extraer arenas salinas para obtener sal») (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CLXXXV, pag 205, *Textes législatifs*, pag 136, N° 30, documento A/5409, parr 148),

Convención de 26 de julio de 1963 entre Guinea, Mali, Mauritania y el Senegal, relativa a la ordenación general de la cuenca del río Senegal* art 8 (los programas de ordenación que afecten a un Estado ribereño deben ser aprobados por el Comité Interestatal establecido en virtud del artículo 1), art 13 (el río Senegal, incluidos sus afluentes, se declara «río internacional») (*Revue juridique et politique*, París, 19° año, 1965, pag 299, documento A/CN 4/274, parrs 37 y 38),

^a Véase también la lista de instrumentos que figuran en J Lipper, «Equitable utilization», en A H Garretson, R D Hayton, C J Olmstead, eds., *The Law of International Drainage Basins*, Dobbs Ferry (N Y), Oceana Publications, 1967, págs 70 y 71, nota 31

* No se dispone de información sobre la entrada en vigor de esta Convención

Convención de 7 de febrero de 1964 entre Guinea, Mali, Mauritania y el Senegal, relativa al estatuto del río Senegal* *art 3* (los Estados ribereños se comprometen a someter al Comité Interestatal, desde su fase inicial, los proyectos cuya ejecución pueda modificar substancialmente ciertas características del régimen del río), *cf art 2* (cada Estado ribereño podría aprovechar el río Senegal en la porción del río que se encuentre dentro de su territorio y que dependa de su soberanía) (*Revue juridique et politique*, 1965, pag 302, documento A/CN.4/274, párrs 46 y 47),

Convención de 11 de marzo de 1972 entre Mali, Mauritania y el Senegal, relativa al estatuto del río Senegal* *art 1* (en el territorio de las Partes contratantes, el río Senegal se declara «río internacional»), *art 4* (cualquier proyecto que pueda modificar las características del régimen del río, etc., debe tener la aprobación previa de las Partes contratantes) [Naciones Unidas, *Traites concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux a des fins autres que la navigation Afrrique*, Recursos naturales/Serie del agua N° 13 (N° de venta E/F 84 II A 7), pag 16],

Cf Acta de 26 de octubre de 1963 relativa a la navegación y la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger (Alto Volta, Camerun, Chad, Côte d'Ivoire, Dahomey, Guinea, Mali, Níger y Nigeria) *art 2* («el río Níger, sus tributarios y subtributarios, podrán ser utilizados por cada Estado ribereño respecto de la porción de la cuenca de ese río que este dentro de su territorio y sin perjuicio de sus derechos soberanos») (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 587, pag 9, documento A/CN.4/274, párr 41)

AMERICA

Tratado de 11 de enero de 1909 entre la Gran Bretaña y los Estados Unidos de América relativo a las aguas limítrofes *art IV* (las Partes no permitirán la construcción ni el mantenimiento de obras, etc., cuyo efecto sea hacer subir el nivel natural de las aguas en el otro lado de la frontera, a menos que estas medidas sean aprobadas por la Comisión prevista en el Tratado), *art VIII* («igualdad de derechos en cuanto a la utilización de las aguas fronterizas») (*BFSP*, 1908-1909, vol 102, pag 137, *Textes législatifs*, pag 260, N° 79, documento A/5409, párrs 161 y 165 a),

Tratado de paz, amistad y arbitraje de 20 de febrero de 1929 entre la República Dominicana y la República de Haití *art 10* (el derecho de usar, de una manera justa y equitativa, los ríos contiguos o sucesivos) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CV, pag 216, *Textes législatifs*, pag 225, N° 68, documento A/5409, párr 275),

Convenio de 20 de diciembre de 1933 entre el Brasil y el Uruguay para la fijación del estatuto jurídico de la frontera *art XIX* («cada uno de los dos Estados tendrá derecho a disponer de la mitad del agua que corre en los cursos de agua de la frontera») (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CLXXXI, pag 69, *Textes législatifs*, pag 174, N° 49, documento A/5409, párr 268),

Convención preliminar de 17 de julio de 1935 entre Bolivia y el Perú para la explotación de pesquerías en el lago Titicaca *art 3* (futura convención sobre la igualdad de derechos y oportunidades económicas para los pescadores bolivianos y peruanos) (*Textes législatifs*, pag 164, N° 42, documento A/5409, párr 247),

Tratado de 9 de abril de 1938 de límites territoriales entre Guatemala y El Salvador *art II* («cada gobierno se reserva el derecho de hacer uso de la mitad del volumen de agua») (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CLXXXIX, pag 275, *Textes législatifs*, pag 227, N° 70, documento A/5409, párr 279),

Tratado de 3 de febrero de 1944 entre los Estados Unidos de América y México referente a la utilización de las aguas de los ríos Colorado y Tijuana, y del río Bravo (río Grande) desde Fort Quitman (Texas) al Golfo de México *art 4* (en la distribución de las aguas del río Grande y de ciertos afluentes no se toma en cuenta el trazado de la frontera fluvial) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 3, pag 315, *Textes législatifs*, pag 236, N° 77, documento A/5409, párr 213 a),

Convenio de 30 de diciembre de 1946 entre la Argentina y el Uruguay relativo al aprovechamiento de los rápidos del río Uruguay *art 1* (las aguas del río Uruguay serán utilizadas en común por partes iguales) (*Textes législatifs*, pag 160, N° 40, documento A/5409, párr 258)

* No se dispone de información sobre la entrada en vigor de esta Convención

ASIA

Tratado de amistad de 26 de febrero de 1921 entre Persia y la República Socialista Federativa Soviética de Rusia *art 3* (uso de las aguas con iguales derechos) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol IX, pag 383, *Textes législatifs*, pag 371, N° 102, documento A/5409, párr 402),

Convención de 20 de febrero de 1926 entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Persia relativa al aprovechamiento mutuo de los ríos y aguas fronterizas (*Textes législatifs*, pag 371, N° 103, documento A/5409, párr 325),

Convenio de 8 de enero de 1927 entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Turquía para el uso de las aguas limítrofes *art 1* (las dos Partes tienen derecho sobre la mitad del caudal de agua), *art 11* (derecho de aprovechar por igual las aguas), *art 3 del Protocolo* anexo al Convenio (reconocimiento al Gobierno de Turquía del derecho de tomar de las aguas del embalse formado por la presa, hasta un 50% del agua contenida en esta) (*BFSP*, 1927, vol 127, pag 926, *Textes législatifs*, pag 384, N° 106, documento A/5409, párrs 306, 317 y 324),

Protocolo final de delimitación, de 3 de mayo de 1930, de la Comisión de Delimitación de la frontera turco-siria *clausula II* (el carácter medianero del Tigris hace necesario el establecimiento de normas sobre los derechos de ambas partes, la solución de todas las cuestiones relativas a la pesca y al uso industrial y agrícola de las aguas debe estar basada en el principio de la completa igualdad) (*Textes législatifs*, pag 290, N° 94, documento A/5409, párr 416),

Tratado de 18 de enero de 1958 entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Afganistán sobre el régimen de la frontera soviético-afgana *art 8, párr 1* (libre uso de las aguas fronterizas) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 321, pag 77, *Textes législatifs*, pag 276, N° 86, documento A/5409, párr 395)

EUROPA

Canje de notas de 29 de agosto y 2 de septiembre de 1912 constitutivo de acuerdo entre España y Portugal relativo al aprovechamiento industrial de las aguas de los ríos limítrofes *nota I, clausula I* (las dos naciones tendrán en los tramos fronterizos de los ríos los mismos derechos, pudiendo, por consiguiente, disponer cada una de la mitad del caudal de las aguas) (*Textes législatifs*, pag 908, N° 246, documento A/5409, párr 584),

Convenio de 10 de abril de 1922 entre Dinamarca y Alemania relativo al arreglo de la cuestión de las aguas y diques de la frontera germano-danesa *art 35* (igual derecho al uso de las aguas, atribución de la mitad del caudal de agua, consentimiento necesario para la adjudicación de un volumen mayor del caudal de las aguas) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol X, pag 200, *Textes législatifs*, pag 577, N° 166, documento A/5409, párr 561 b),

Tratado de 27 de enero de 1926 entre Alemania y Polonia para el arreglo de cuestiones fronterizas *art 28* («las aguas fronterizas pueden ser utilizadas por las personas con derecho a utilizarlas en virtud de la legislación del país de que se trate»), *art 31* («el flujo natural de las aguas no debe verse obstaculizado por las instalaciones montadas en los cursos de agua fronterizas»), *art 34* (las disposiciones relativas a los cursos de agua fronterizos «se aplicarán por analogía a los cursos de agua [no fronterizos] que desembocan en dichos cursos de agua o llevan agua del territorio de una de las partes al territorio de la otra») (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol LXIV, pag 113),

Convenio de 10 de mayo de 1927 entre Finlandia y Suecia relativo a la explotación en común de la pesca del salmón en los ríos Torne y Muonio *art III* (cada uno de los dos Estados dispondrá de la mitad de la pesca) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol LXX, pag 201, *Textes législatifs*, pag 621, N° 171, documento A/5409, párr 754),

Convenio de 14 de noviembre de 1928 entre Hungría y Checoslovaquia relativo al arreglo de las cuestiones de delimitación de la frontera entre los dos países *art 25, párr 1* (cada una de las Partes «tiene derecho a utilizar la mitad del volumen del agua en las zonas fronterizas, con sujeción a los derechos adquiridos») (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CX, pag 425),

Convenio de 19 de noviembre de 1930 entre Francia y Suiza relativo a la concesión del salto de Chatelet en el Doubs *art 5* («La energía producida se distribuirá por mitad entre los dos Estados que otor-

- gan la concesión») (*BFSP*, 1930, vol. 133, pág. 487; *Textes législatifs*, pág. 713, N.º 199; documento A/5409, párr. 674);
- Acuerdo de 16 de abril de 1954 entre Checoslovaquia y Hungría sobre la reglamentación de cuestiones técnicas y económicas relativas a las corrientes de agua limítrofes: *art. 23, párr. 1* (las Partes disponen de la mitad del caudal natural de agua) (*Textes législatifs*, pág. 564, N.º 163; documento A/5409, párr. 539 a); Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 504, pág. 231;
- Convenio del 17 de septiembre de 1955 entre Italia y Suiza relativo a la regularización del lago de Lugano: *art. III, párr. 1* (las dos Partes convienen en reconocer la regularización del lago de Lugano como una obra de interés público) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 291, pág. 213; *Textes législatifs*, pág. 856, N.º 234; documento A/5409, párr. 724);
- Tratado de 9 de abril de 1956 entre Hungría y Austria relativo a la regulación de las cuestiones hidroeconómicas en la región de la frontera: *art. 2, párr. 5* (las Partes tendrán derecho a usar, sin perjuicio de derechos adquiridos, la mitad del caudal natural de las aguas que forman la frontera) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 438, pág. 123; documento A/5409, párr. 570);
- Convención de 29 de enero de 1958 entre Rumania, Bulgaria, Yugoslavia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas relativa a la pesca en el Danubio: *preámbulo* (las Partes reconocen la necesidad de cooperar con el objeto de explotar y aumentar en forma racional las reservas de peces) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 339, pág. 23; *Textes législatifs*, pág. 427, N.º 125; documento A/5409, párr. 439);
- Convenio de 10 de julio de 1958 entre Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la República Federal de Alemania relativo a la construcción de instalaciones hidroeléctricas en el Our: *art. 1* (las dos Partes acuerdan utilizar, para los efectos de explotar las instalaciones hidroeléctricas, las aguas del Our y tratar de dar el uso más eficaz que sea posible a los recursos hidroeléctricos disponibles) (*Textes législatifs*, pág. 726, N.º 202; documento A/5409, párr. 773);
- Tratado de 15 de febrero de 1961 relativo al régimen de la frontera entre los Estados soviético y polaco y a la cooperación y asistencia mutua en los asuntos fronterizos: *art. 12, párr. 2* (respeto de los derechos e intereses de la otra Parte en el uso de las aguas fronterizas); *art. 18, párr. 1* (el costo de las operaciones de limpieza de las aguas fronterizas se dividirá por igual entre ambas Partes) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 420, pág. 161; documento A/CN.4/274, párrs. 179 y 185);
- Acuerdo de 30 de noviembre de 1963 entre Rumania y Yugoslavia relativo a la creación y explotación del sistema de energía hidroeléctrica y navegación de las Puertas de Hierro en el río Danubio; *art. 6, párr. 1* (las Partes participarán por partes iguales en el total de las inversiones necesarias para la construcción del sistema); *art. 8* (utilización por partes iguales del potencial hidroeléctrico retenido por el sistema) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 512, pág. 43; documento A/CN.4/274, párrs. 240 y 241);
- Tratado de 7 de diciembre de 1967 entre Austria y Checoslovaquia relativo a la reglamentación de las cuestiones de ordenación de las aguas fronterizas: *art. 3, párr. 1* (las Partes se comprometen a abstenerse de tomar medidas en relación con las aguas fronterizas que puedan afectar adversamente las condiciones del agua en el territorio de la otra Parte, sin el consentimiento de ésta); *art. 3, párr. 2* (las Partes se comprometen a discutir en la Comisión austrochecoslovaca de aguas fronterizas, establecida en el Tratado, antes de iniciar procedimientos de reivindicación de derechos al uso del agua, o cualquier medida prevista en relación con las aguas fronterizas); *art. 3, párr. 3* (sin perjuicio de los derechos adquiridos, las Partes tendrán derecho al uso de la mitad del caudal natural de las aguas fronterizas); *art. 3, párr. 5* (las Partes asegurarán que el funcionamiento de las instalaciones hidráulicas de todo género en las aguas fronterizas no perjudica a los intereses de la otra Parte) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 728, pág. 313);
- Acuerdo de 16 de septiembre de 1971 entre Finlandia y Suecia relativo a los ríos fronterizos: *cap. I, art. 5* (en los ríos fronterizos con brazos, cada una de las Partes tendrá derecho a un volumen de agua igual, aun cuando la porción mayor descargue en uno de los dos Estados) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 825, pág. 191; documento A/CN.4/274, párr. 310);

Cf. Tratado de 8 de abril de 1960 entre los Países Bajos y la República Federal de Alemania relativo a los arreglos de cooperación

en el estuario del Ems: *arts. 1 y 48* (las Partes convienen en cooperar en relación con el estuario del Ems con un espíritu de buena vecindad, inclusive en cuestiones que no estén expresamente reguladas en el Tratado, que puedan afectar sus intereses comunes) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 509, pág. 65; documento A/CN.4/274, párr. 165).

ANEXO II

Disposiciones de tratados relativos a cursos de agua sucesivos

A continuación figura una lista ilustrativa de disposiciones relativas a los cursos de agua sucesivos en virtud de las cuales se distribuyen las aguas, se limita la libertad de acción del Estado del curso superior, se prevé la participación, o se distribuyen equitativamente de cualquier otro modo los beneficios derivados del uso de las aguas, o se reconocen los derechos correlativos de los Estados interesados.

AFRICA

- Protocolo de 15 de abril de 1891 entre Italia y el Reino Unido para la demarcación de las respectivas esferas de influencia en el África oriental: *art. III* (el Gobierno italiano se compromete a no construir sobre el Atbara obras de riego que puedan modificar considerablemente su desagüe en el Nilo) (*BFSP*, 1890-1891, vol. 83, pág. 19; *Textes législatifs*, pág. 127, N.º 27; documento A/5409, párr. 128);
- Tratado de 15 de mayo de 1902 entre Etiopía y el Reino Unido relativo a la frontera entre el Sudán angloegipcio, Etiopía y Eritrea: *art. III* (Etiopía se compromete a no construir, ni permitir que se construya ninguna obra a través del Nilo Azul, del lago Tsana o del Sobat que pueda detener la corriente de sus aguas hacia el Nilo, salvo de acuerdo con el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno del Sudán) (*BFSP*, 1901-1902, vol. 95, pág. 467; *Textes législatifs*, pág. 115, N.º 13; documento A/5409, párr. 129);
- Acuerdo de 9 de mayo de 1906 entre la Gran Bretaña y el Estado Libre del Congo, por el que se modifica el Acuerdo de 1894 relativo a la demarcación de las respectivas esferas de influencia en el África occidental y central: *art. III* (el Congo no permitirá ni permitirá la construcción de ninguna obra en el río Semliki (o Isango), o en su proximidad, que pudiera disminuir el volumen del agua vertida en el lago Alberto, salvo acuerdo con el Gobierno del Sudán) (*BFSP*, 1905-1906, vol. 99, pág. 173; *Textes législatifs*, pág. 99, N.º 5; documento A/5409, párr. 149);
- Acuerdo de 22 de noviembre de 1934 entre Bélgica y el Reino Unido sobre los derechos relacionados con el uso de las aguas en la frontera entre Tanganyika y Ruanda-Urundi: *art. 1* (las aguas tomadas serán restituidas, sin reducción considerable, a su lecho natural en un punto situado antes del lugar en que la corriente de agua penetra en el otro territorio) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXC, pág. 103; *Textes législatifs*, pág. 97, N.º 4; documento A/5409, párr. 86);
- Acuerdo de 8 de noviembre de 1959 entre la República Árabe Unida y el Sudán relativo al aprovechamiento total de las aguas del Nilo: *art. 1* (en que se confirman derechos adquiridos por ambas Partes); *art. 2* (que contiene disposiciones muy detalladas sobre «obras de control de las aguas del Nilo» y el «reparto de sus beneficios entre las dos Repúblicas»); *art. 3* («Proyectos relativos al aprovechamiento de las aguas del Nilo perdidas en la cuenca superior») — *párr. 1*: (los beneficios de dichos proyectos se distribuirán por igual entre ambas Repúblicas, quienes también compartirán los gastos que ocasionen esos proyectos); *art. 5, párr. 2* (en que se dispone que si tras un examen conjunto por ambas partes de las reclamaciones de otros Estados ribereños respecto de una participación en las aguas del Nilo «se decide aceptar la concesión de una porción del caudal de las aguas del Nilo a alguno de esos Estados ribereños, dicha porción se descontará, en partes iguales, del volumen que corresponda a ambas Repúblicas, según los cálculos efectuados en Asuán») (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 453, pág. 51; *Textes législatifs*, pág. 143, N.º 34; documento A/5409, párrs. 110, 111 y 113);
- Cf. Convención de 26 de julio de 1963 entre Guinea, Malí, Mauritania y el Senegal relativa a la ordenación general de la cuenca del río Senegal: *arts. 8 y 13**;

* Véase anexo I.

Acta de 26 de octubre de 1963 relativa a la navegacion y la cooperacion economica entre los Estados de la cuenca del Níger (Alto Volta, Camerun, Chad, Côte d'Ivoire, Dahomey, Guinea, Mali, Níger y Nigeria) art 2*,

Convencion de 7 de febrero de 1964 entre Guinea, Mali, Mauritania y el Senegal, relativa al estatuto del rio Senegal arts 2 y 3*,

Convencion de 11 de marzo de 1972 entre Mali, Mauritania y el Senegal, relativa al estatuto del rio Senegal arts 1 y 4*,

Acuerdo de 24 de agosto de 1977 relativo al establecimiento de la Organizacion para la administracion y desarrollo de la cuenca del rio Kagera (Burundi, Rwanda y la Republica Unida de Tanzania), en que las Partes se comprometen a una administracion y desarrollo integrados de los recursos hidraulicos de la cuenca del rio Kagera (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 1089, pag 165)

AMERICA

Convencion de 21 de mayo de 1906 entre los Estados Unidos de America y Mexico, relativa a la distribucion equitativa de las aguas del rio Grande^a para fines de irrigacion *preambulo* («deseosos de ponerse de acuerdo en la equitativa distribucion de las aguas»), arts I, II y III (los Estados Unidos se comprometen a entregar anualmente, y con caracter gratuito, un determinado volumen de agua a Mexico) (*Tratados y Convenciones vigentes entre los Estados Unidos Mexicanos y otros Países*, Mexico, Imprenta de la Secretaria de Relaciones Exteriores, 1930, vol 1, pag 191, C Parry, ed., *The Consolidated Treaty Series*, vol 201 (1906), pag 225, *Textes legislatifs*, pag 232, N ° 75, documento A/5409, parrs 201 a 203),

Tratado de 11 de enero de 1909 entre la Gran Bretaña y los Estados Unidos relativo a las aguas limítrofes art IV (las Partes no permitirán la construcción ni el mantenimiento de obras, etc., en los cursos que fluyan de las aguas fronterizas o en aguas situadas a un nivel inferior a estas en ríos que corran a través de la frontera, cuyo efecto sea elevar el nivel natural de las aguas en la otra parte de la frontera, a menos que dichas obras las apruebe la Comisión prevista en el Tratado), art VI (las aguas de los ríos St Mary y Milk y sus afluentes «se distribuirán equitativamente entre ambos países, pero el principio de la distribución equitativa no impedirá que cada país utilice más de la mitad de las aguas de un río y menos de la mitad de las aguas del otro, si la operación es favorable») (*BFSP, 1908 1909*, vol 102, pag 137, *Textes legislatifs*, pag 260, N ° 79, documento A/5409, parr 167 b),

Tratado de paz, amistad y arbitraje de 20 de febrero de 1929 entre la Republica Dominicana y Haití art 10*,

Tratado de 3 de febrero de 1944 entre los Estados Unidos de America y Mexico relativo a la utilizacion de las aguas de los rios Colorado y Tijuana, y del rio Bravo (rio Grande) desde Fort Quitman (Texas) hasta el Golfo de Mexico art 10 (en el que se preve la distribucion de las aguas del rio Colorado, inclusive «un volumen anual garantizado» de agua a Mexico, así como un volumen suplementario en caso de excedentes de aguas), art 16, parr 1 (la Comisión Internacional de Límites y Aguas preparará y someterá a ambos Gobiernos, para su aprobacion, recomendaciones para «la distribución equitativa entre los dos países de las aguas del sistema del rio Tijuana») (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 3, pag 313, *Textes legislatifs*, pag 236, N ° 77, documento A/5409, parrs 214 a y 215 a),

Tratado de 17 de enero de 1961 entre el Canada y los Estados Unidos de America relativo al aprovechamiento cooperativo de los recursos hidraulicos de la cuenca del rio Columbia art V (el Canada tiene derecho a la mitad del aumento de energia aguas abajo del rio), art XII (el Canada, en consideracion de los beneficios que le correspondan, proporcionará a efectos de inundacion, en territorio canadiense, las tierras necesarias para el embalse de la presa) (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 542, pag 245, *Textes legislatifs*, pag 206, N ° 65, documento A/5409, parrs 194 b y 195),

Tratado de la cuenca del Plata, de 23 de abril de 1969 (Brasil, Argentina, Bolivia, Paragua y Uruguay) art I (las Partes contratantes con vienen en mancomunar sus esfuerzos con el objeto de promover el

desarrollo armonico y la integracion fisica de la cuenca del Plata, y a tomar medidas para fomentar la utilizacion racional del recurso de las aguas, especialmente mediante la regulacion de los cursos de agua y su aprovechamiento multiple y equitativo) (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 875, pag 3, documento A/CN 4/ 274, parr 61),

Acta de Santiago, de 26 de junio de 1971, sobre cuencas hidrológicas (Argentina y Chile) *preambulo* (las Partes convienen en establecer las reglas fundamentales que servirán de base a una convencion y que declaran inmediatamente aplicables), parr 1 («La utilizacion de las aguas fluviales y lacustres se hará siempre en forma equitativa y razonable»), parr 4 («Las Partes se reconocen mutuamente el derecho de utilizar, dentro de sus respectivos territorios, las aguas de sus lagos comunes y rios internacionales de curso sucesivo, en razon de sus necesidades y siempre que no se cause perjuicio sensible a la otra») [OEA, *Rios y Lagos Internacionales (Utilizacion para fines agricolas e industriales)*, 4 ° ed rev (OEA/Ser I/VI, CIJ 75 Rev 2), pags 495 y 496, documento A/CN 4/274, parr 327],

Cf Declaracion conjunta de 23 de septiembre de 1960 de la Conferencia tripartita celebrada en Buenos Aires (Argentina, Brasil y el Uruguay) para examinar la situacion creada por el Convenio de 1946 entre la Argentina y el Uruguay relativo al aprovechamiento de los rapidos del rio Uruguay los Gobiernos de la Argentina y el Uruguay reconocen al Gobierno de Brasil, de conformidad con los instrumentos internacionales vigentes y demas normas del derecho internacional, el derecho a la libre realizacion de obras hidraulicas de cualquier naturaleza, en el trecho brasileño del rio Uruguay y sus afluentes, a su vez, el Gobierno brasileño «para el caso de la realizacion de obras hidraulicas que puedan aparejar la alteracion del regimen actual del rio Uruguay, consultará previamente a los demas ribereños, de acuerdo con las doctrinas y practicas internacionales», los tres Estados manifiestan su proposito de elaborar un plan conjunto en el ambito regional con miras al aprovechamiento y recuperacion de toda la cuenca del rio Uruguay y regiones adyacentes (documento A/5409, parr 267 y nota 228)

ASIA

Acuerdo de 20 de octubre de 1921 entre Francia y Turquia con el fin de realizar la paz art XII (las aguas del Koveik seran repartidas de manera que ambas partes queden igualmente satisfechas) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traites*, vol LIV, pag 177, *Textes legislatifs*, pag 288, N ° 91, documento A/5409, parr 409),

Tratado de 22 de noviembre de 1921 entre el Afganistan y la Gran Bretaña con el fin de establecer relaciones de buena vecindad (frontera indo afgana) art 2 (respeto de los derechos adquiridos de riego) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traites*, vol XIV, pag 47, *Textes legislatifs*, pag 273, N ° 83, documento A/5409, parr 412),

Acuerdo de 4 de diciembre de 1959 entre el Nepal y la India para el aprovechamiento del rio Gandak con fines de riego y de produccion de energia hidroelectrica *clausula 10* (reduccion proporcional del abastecimiento de agua en epocas de escasez) (*Textes legislatifs*, pag 295, N ° 96, documento A/5409, parr 350),

Cf Acuerdo de 5 de noviembre de 1977 entre Bangladesh y la India relativo a la distribucion de las aguas del Ganges *preambulo* (distribucion y utilizacion optimas de los recursos hidraulicos de ambas regiones con esfuerzos conjuntos) (*International Legal Materials*, vol XVII, 1978, pag 103, se publicara en Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, N ° 16210)

EUROPA

Tratado de 12 de mayo de 1863 entre Belgica y los Países Bajos para regular el regimen de toma de agua del Mosa (se concluyo para regular de manera permanente y definitiva el regimen de toma de agua del Mosa para la alimentacion de los canales de navegacion y de riego) art 5 (reparto de la cantidad de agua extraída), art 7 (prohibicion de desviar el curso natural de los rios que, naciendo en Belgica se dirijan hacia territorio neerlandés) G F de Martens, ed., *Nouveau Recueil general de traites*, 2 ° serie, vol I, pag 117, *Textes legislatifs*, pag 550, N ° 157, documento A/5409, parrs 736, 738 y 739),

Tratado de 26 de mayo de 1866 entre España y Francia, por el que se fija de manera definitiva la frontera comun art XX (el canal que conduce a las aguas del Aravo a Puigcerda, situado casi todo en

^a El rio Grande es un rio sucesivo en el sentido de que fluye a través de los Estados Unidos antes de llegar al punto en que comienza a formar la frontera entre los Estados Unidos y Mexico

* Vease anexo I

Francia, seguirá perteneciendo como propiedad privada a la Villa española de Puigcerdá) (*BFSP, 1865-1866*, vol. 56, pág. 212; *Textes législatifs*, pág. 671, N.º 184, documento A/5409, párr. 959). Véase también el Acta Final de 11 de julio de 1868 de la delimitación de la frontera internacional de los Pirineos entre Francia y España: *secc. IV, art. 1* (distribución de las aguas del canal de Puigcerdá basada en el principio de rotación: medio día para cada grupo de usuarios) (*BFSP, 1868-1869*, vol. 59, pág. 430; *Textes législatifs*, pág. 674, N.º 186; documento A/5409, párr. 982 a);

Convenio de 28 de octubre de 1922 entre Finlandia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre el mantenimiento de los canales principales y la reglamentación de la pesca en las aguas limítrofes de Finlandia y Rusia: *art. 3* (prohibición de desviar el agua de los ríos, construir sobre los ríos, tomar medidas que puedan reducir el caudal del agua en el territorio del otro Estado y dañar a los peces o a las tierras u otras propiedades de dicho Estado) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XIX, pág. 183; *Textes législatifs*, pág. 642, N.º 173; documento A/5409, párr. 520);

Disposiciones de 6 de noviembre de 1922 relativas a la frontera común de Bélgica y Alemania establecidas por una Comisión de Límites compuesta por representantes de Gran Bretaña, Francia, Italia, Japón, Bélgica y Alemania, en ejecución de las cláusulas del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, relativas a dicha frontera: *parte III, art. 4* (Bélgica y Alemania se comprometen a no agravar en nada el régimen actual de los ríos y arroyos que atraviesan la frontera); *parte II, cláusula 8 y parte III, arts. 1 y 3* (Alemania y Bélgica, antes de emprender modificaciones del estado de los conductos que pudiesen tener una influencia perjudicial sobre la cantidad o la calidad del agua, se comprometen a ponerse de acuerdo sobre las medidas que hayan de adoptarse); *parte III, art. 2* (no se dañarán las cuencas con ningún establecimiento, construcción o fábrica, cuyos residuos puedan contaminar las aguas de las cuencas del Dreilägerbach y del Vesdre; antes de la construcción de cualquier instalación que pueda tener una influencia nociva sobre la naturaleza de las aguas en estas cuencas se celebrarán consultas; ningún Estado permitirá desviaciones de los cursos de agua que pueden perjudicar el caudal de las cuencas situadas en su territorio, sin acuerdo previo con el Gobierno del otro Estado) (G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, 3.ª serie, vol. XIV, pág. 834; *Textes législatifs*, pág. 411, N.º 118; documento A/5409, párrs. 465 y 466);

Convenio de 11 de mayo de 1929 entre Noruega y Suecia sobre ciertas cuestiones relativas al régimen jurídico de las aguas: *art. 12, párr. 1* (la autorización para realizar trabajos no podrá ser concedida por uno de los dos países sin el consentimiento del otro cuando haya motivo para presumir que los trabajos originarán un perjuicio de cierta importancia en este último país, en lo relativo al uso de las aguas) (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXX, pág. 263; *Textes législatifs*, pág. 871, N.º 237; documento A/5409, párr. 545, h, i);

Acuerdo de 16 de octubre de 1950 entre Austria y Baviera sobre la desviación de las aguas: distribución de las aguas (Austria renuncia, sin indemnización, a desviar las aguas del río y de sus afluentes; a cambio, Baviera conviene, también sin indemnización, en que Austria desvíe una porción de las aguas, salvo durante los períodos de estiaje especificados, de otros cuatro ríos) (*Textes législatifs*, pág. 469, N.º 136; documento A/5409, párr. 627);

Convenio de 25 de mayo de 1954 entre Yugoslavia y Austria relativo a determinadas cuestiones de economía hidráulica concernientes al Drave: *preámbulo* (se prevé la utilización de las aguas del río Drave para la producción de energía hidroeléctrica de modo que se eviten las consecuencias perjudiciales del sistema de explotación de las centrales austríacas y teniendo en cuenta las derivaciones de agua efectuadas en la cuenca de recepción del Drave); *art. 4* (si Austria emprende nuevos proyectos que traigan aparejadas derivaciones por la construcción de obras que puedan modificar el régimen de las aguas del Drave en perjuicio de Yugoslavia, Austria se obliga a comunicarlos y celebrar consultas previas; si no se llega a un arreglo amistoso, las cuestiones serán elevadas para su decisión a un tribunal de arbitraje previsto por el Convenio (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 227, pág. 111; *Textes législatifs*, pág. 513, N.º 144; documento A/5409, párrs. 693 y 697);

Tratado de 9 de abril de 1956 entre Hungría y Austria relativo a la regulación de las cuestiones hidroeconómicas en la región de la frontera: *art. 2, párr. 6* (el Estado en cuyo territorio se encuentre el curso superior de una corriente de agua que corta la frontera, no tendrá derecho a disminuir en más de la tercera parte el caudal natural mínimo de agua que entre en el territorio del otro Estado, según lo haya determinado la Comisión establecida en virtud del Tratado) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 438, pág. 123; documento A/5409, párr. 570);

Convenio de 27 de mayo de 1957 entre Suiza e Italia relativo a la utilización de la fuerza hidráulica del Spöl: *preámbulo* (la utilización de las aguas del Spöl presenta un interés fundamental para el desarrollo de los recursos eléctricos de Italia, Estado del curso superior, y Suiza, Estado del curso inferior; ambos Estados se comprometen a fijar las partes de potencia hidráulica a que tienen derecho); *art. 1* (Suiza, Estado del curso inferior, consiente en la derivación del curso natural de una parte de las aguas que corren sucesivamente del territorio de Italia al de Suiza y en la utilización de la fuerza hidráulica correspondiente en el lado italiano de la frontera) (*Textes législatifs*, pág. 859, N.º 235; documento A/5409, párrs. 849 y 850 a); véase también el Acuerdo de 18 de junio de 1949 entre Suiza e Italia sobre la concesión de fuerza hidráulica del Reno di Lei (*Textes législatifs*, pág. 846, N.º 231; documento A/5409, párrs. 792 y ss.);

Acuerdo de 18 de julio de 1957 entre Italia y Yugoslavia relativo al abastecimiento de agua al municipio de Gorizia: *art. 1* (se prevé continuar el abastecimiento de agua a Gorizia) (*Textes législatifs*, pág. 866, N.º 236; documento A/5409, párr. 711).

CAPÍTULO III

Examen de cuestiones concretas tratadas en el capítulo III del proyecto

188. En su informe preliminar el Relator Especial puso el examen, en su segundo informe, de algunas de las cuestiones que se trataban en el capítulo III del proyecto presentado por el anterior Relator Especial (véase párr. 47 *supra*). Dicho capítulo III se titula «Cooperación y ordenación respecto de cursos de agua internacionales». Sus cinco primeros artículos (arts. 10 a 14) tratan de los requisitos de procedimiento que son complemento indispensable del principio general de utilización equitativa. Algunos de esos requisitos se han tocado ya en la sección anterior del presente informe. En esta última parte del segundo informe, el Relator Especial se propone ofrecer un cuadro general de las reglas de procedimiento y examinar la forma de integrarlas

mejor en el marco del conjunto del proyecto. La exposición será un tanto preliminar, ya que su objeto es facilitar el examen por la Comisión de la forma en que debería elaborarse esta parte del proyecto. El Relator Especial terminará el informe sometiendo a la consideración de la Comisión cinco proyectos de artículos y haciendo algunas observaciones acerca de la futura labor sobre las reglas de procedimiento.

A.—Consideraciones generales

189. Como ya se ha indicado, las reglas de procedimiento —la mayor parte de las cuales constituyen obli-

gaciones de conducta, más que obligaciones respecto de los resultados³⁴⁰—forman parte esencial del ordenamiento jurídico general que rige los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Ya se ha visto que eso se debe a la flexibilidad del principio de utilización equitativa, principio que procede de la necesidad de conciliar necesidades opuestas con objeto de obtener los mayores beneficios posibles y de reducir al mínimo el perjuicio que puedan sufrir los Estados que utilizan el mismo recurso.

190. La necesidad de ajustes que está implícita en el principio de utilización equitativa exige que los canales de comunicación entre los Estados interesados continúen abiertos para permitir el libre paso de información y la solución de las contradicciones reales o potenciales que puedan apreciarse entre los distintos usos de los cursos de agua. Es evidente que la mejor forma de establecer las modalidades de esa comunicación es mediante acuerdos concretos que permitan tener en cuenta las características únicas de los distintos Estados y de los cursos de agua de que se trate. No quiere esto decir que no haya normas generales sobre métodos para la determinación de la participación equitativa de cada Estado y para su reajuste. De hecho, en la práctica de los Estados en relación con los cursos de agua internacionales de todo el mundo se ha reconocido cada vez más que, cuando los recursos hídricos son insuficientes para satisfacer las necesidades de todos los Estados interesados, la distribución de usos y beneficios, así como la determinación de las obligaciones concernientes a la conservación de esos recursos, deben hacerse mediante un procedimiento de consulta y cooperación mutuas.

191. Las normas aplicables en esta esfera están basadas en las mismas consideraciones fundamentales que se aplican a la distribución de otros recursos de los que dependen varios Estados. No es raro, por lo tanto, que la distribución de esos recursos se rija por el mismo tipo de obligaciones. La distribución de las pesquerías³⁴¹ y la delimitación de la plataforma continental³⁴² son dos ejemplos de otras situaciones en las que se ha mantenido que el derecho internacional exige: *a*) una distribución equitativa, y *b*) negociaciones de buena fe para llegar a esa distribución. Más generalmente, la necesidad de cooperación entre dos o más Estados respecto de un curso de agua internacional se basa en su dependencia mutua

³⁴⁰ Es cierto que algunas de las obligaciones de conducta se convierten inevitablemente en obligaciones en cuanto al resultado. Así por ejemplo, la obligación de recurrir a la negociación para determinar la participación equitativa de cada Estado está relacionada con la obligación de llegar a una distribución equitativa de esas participaciones. Véase, por ejemplo, el pasaje de la sentencia arbitral pronunciada en el asunto del *Lago Lanós* (párr. 123 y nota 214 *supra*). Ténganse también en cuenta las obligaciones de negociar y de llegar a una distribución equitativa de los recursos marinos, enunciadas particularmente por la CIJ en el asunto de la *Compétence en matière de pêche* (*Royaume-Uni c. Islande*) *fond*, fallo de 25 de julio de 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 31 a 34, párrs. 73 a 75, 78 y 79, apartado 3; y en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte* (República Federal de Alemania/Dinamarca, República Federal de Alemania/Países Bajos), fallo de 20 de febrero de 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 47, párr. 85.

³⁴¹ Véase el asunto de la *Compétence en matière de pêcheries* (nota 340 *supra*). Este asunto, donde un Estado (el Reino Unido) que no era el Estado ribereño (Islandia), tenía derechos sobre una zona de pesca, presenta un tipo de situación que se encuentra generalmente cuando los cursos de agua son utilizados por más de un Estado.

³⁴² Véanse los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte* (nota 340 *supra* al final).

de dicho curso de agua y, como ha dicho la Corte a propósito de la obligación de negociar respecto de las pesquerías, en «la naturaleza misma de los derechos respectivos de las Partes»³⁴³. En informes de anteriores Relatores Especiales se ha examinado el amplio apoyo que merecen la obligación de cooperar y las demás reglas de procedimiento para la aplicación del principio de utilización equitativa³⁴⁴.

192. El objeto de los procedimientos destinados a la determinación y el mantenimiento de una participación equitativa en los usos y beneficios de un curso de agua internacional es en todo caso llegar a esa distribución mediante una solución convenida de cualquier conflicto real o potencial entre los usos que dos o más Estados deseen hacer del curso de agua de que se trate. El sentido común indica, y la práctica de los Estados lo confirma, que ese sistema de procedimientos no funcionará eficazmente si: *a*) no prevé un mecanismo para determinar si un Estado rebasa su participación equitativa; *b*) concede un «derecho de veto» a un Estado potencialmente afectado por el uso que piense hacer otro Estado del curso de agua de que se trate; o *c*) permite a un Estado adoptar medidas que puedan afectar apreciablemente a otros Estados sin notificárselo previamente a éstos y consultar con ellos³⁴⁵. Así, para ser eficaces, es preciso que las reglas de procedimiento prevean como mínimo varias situaciones distintas. Para facilitar su examen, se dividirán en dos categorías: problemas relativos a los usos actuales y problemas relativos a nuevos usos. En todos los casos, se dará por supuesto, para simplificar, que no hay más que dos Estados interesados, que son los Estados A y B.

193. Dentro de la primera categoría la situación típica sería aquella en que el Estado A cree que el Estado B rebasa su participación equitativa, o, para decirlo de otro modo, que el Estado B priva al Estado A de la participación equitativa que le corresponde. La solución de esa situación exigiría: *a*) la comprobación de si el Estado B está de hecho rebasando su participación equitativa; y *b*) en caso afirmativo, la corrección de la situación mediante la adopción de medidas adecuadas (por ejemplo, un ajuste de los usos del curso de agua por parte del Estado B, o la concesión al Estado A de una compensa-

³⁴³ *Compétence en matière de pêcheries*, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 32, párr. 75. Por supuesto, la naturaleza de los derechos de los Estados en el caso de las pesquerías difiere de la naturaleza de los derechos de los Estados respecto de los cursos de agua. En ambos casos, sin embargo, existe la posibilidad de que uno o más Estados sufran perjuicio debido a la demanda por parte de varios Estados de un recurso finito y a la consiguiente necesidad de llegar a un ajuste equitativo de la participación de cada uno de ellos en ese recurso.

³⁴⁴ Véase especialmente el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párrs. 118 a 186, y particularmente párrs. 170 a 186. Véase también C. B. Bourne, «Procedure in the Development of International Drainage Basins: The Duty to Consult and to Negotiate», *The Canadian Yearbook of International Law*, 1972, Vancouver, vol. X, pág. 212, y Kirgis, *op. cit.* (nota 85 *supra*), págs. 16 a 87.

³⁴⁵ Estos criterios fundamentales no son, por supuesto, todos los requisitos que debe reunir una serie completa de procedimientos para la ordenación de los cursos de agua internacionales. Entre otras cuestiones que deberían tratarse y que a juicio de los Estados sería oportuno prever cabe citar la reunión y el intercambio regulares de información y datos, el control y la lucha contra la contaminación, y un sistema de alerta contra posibles riesgos. Para un examen detenido de estos y otros aspectos de la ordenación de los cursos de agua internacionales véase el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párrs. 187 y ss.

ción adecuada). Es posible que las normas del derecho internacional general no puedan garantizar en todos los casos el funcionamiento regular y efectivo de este procedimiento de solución de los conflictos, pero esas normas proporcionan por lo menos un marco para un arreglo equitativo. Ese marco puede y debe completarse con reglas de procedimiento más detalladas y adaptadas a la situación de que se trate, en el contexto de acuerdos concretos sobre cada cuenca.

194. Se plantea la cuestión de si este tipo de situación se ha tratado adecuadamente en los artículos del capítulo II del proyecto relativos a la utilización equitativa o si, en sustitución de esos artículos o además de ellos, debería regularse en disposiciones separadas, dentro del capítulo III. Las obligaciones principales de que se trata son los deberes de cooperar³⁴⁶, de celebrar consultas³⁴⁷ y de negociar de buena fe con objeto de llegar a una distribución equitativa³⁴⁸. Estas obligaciones se prevén en el párrafo 2 del artículo 8 y en los párrafos 1 y 3 del artículo 10 presentados por el anterior Relator Especial³⁴⁹. El actual Relator Especial estima en principio que, dado que esa situación exige fundamentalmente la determinación de la participación adecuada de cada uno de los Estados interesados, sería oportuno tratar de ella en el artículo 8, que se refiere a esa cuestión. No sería en cambio necesario volver sobre ella en el capítulo III. En el párrafo 2 del artículo 8, las obligaciones de que se trata podrían formularse más explícitamente, si la Comisión lo considera oportuno.

195. La otra categoría de situaciones que hay que tener en cuenta en los artículos sobre las reglas de procedimiento comprende los problemas relativos a los nuevos usos. En este contexto son dos por lo menos los tipos de situaciones que se presentan. En relación con ambas, podemos empezar suponiendo que los Estados A y B no están rebajando, ni cualitativa ni cuantitativamente, su respectiva participación equitativa en los usos y benefi-

³⁴⁶ Véanse los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte* (nota 340 *supra* al final) y el asunto del *Lago Lanos*, nota 192 *supra*, particularmente los principios 5, 7, 8 y 9, que se han resumido en el párrafo 124 del presente informe. Véase también, por ejemplo, la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1973, sobre «Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados» y el artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974.

³⁴⁷ Véase, en general, Kirgis, *op cit* (nota 85 *supra*) y las fuentes citadas, y Bourne, «Procedure in the Development of International Drainage Basins», *loc cit* (nota 344 *supra*). Véase también el artículo 6 de las Reglas de Montreal sobre la contaminación de las aguas en una cuenca hidrográfica internacional.

«Artículo 6

»Los Estados ribereños de la cuenca se consultaran mutuamente acerca de los problemas reales o potenciales de contaminación de las aguas en la cuenca hidrográfica para llegar, por métodos de su propia elección, a una solución compatible con los derechos y los deberes que les corresponden en virtud del derecho internacional. Esa consulta no debera, sin embargo, retrasar excesivamente la aplicación de los planes que son objeto de ella.» [ILA, *op cit* (nota 291 *supra*), pag. 541.]

³⁴⁸ Véanse, por ejemplo, los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte* y de la *Competence en matiere de pêcheries* (nota 340 *supra*).

³⁴⁹ Para el texto del artículo 8, véase nota 28 *supra*, para el del artículo 10, véase documento A/CN.4/381 (nota 16 *supra*), párr. 64. Por ejemplo, véase el párrafo 2 del artículo 7 (relativo a la obligación de celebrar consultas para determinar la utilización equitativa), en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párr. 106.

cios de un curso de agua. En el primer tipo de situación de esta categoría, el Estado A desea iniciar un nuevo uso del curso de agua que puede tener efectos perjudiciales para el uso que de éste hace el Estado B. El derecho del Estado B a una participación equitativa sólo quedará adecuadamente protegido si, como mínimo³⁵⁰: a) el Estado A informa al Estado B del uso que piensa hacer del curso de agua; b) el Estado A consulta con el Estado B acerca, por ejemplo, de los efectos del uso previsto por el Estado A sobre la participación de cada uno de los Estados, así como sobre los ajustes que puedan ser precisos para mantener una distribución equitativa; c) el Estado A negocia con el Estado B cualquier diferencia sobre esas u otras cuestiones con objeto de llegar a una distribución equitativa; y d) en el caso de que el Estado A no informe al Estado B del uso previsto y el Estado B tenga un conocimiento general del asunto, el Estado B tiene derecho a invocar las obligaciones del Estado A de proporcionar información, consultar y negociar.

196. A este tipo de situación se refieren actualmente el capítulo III del proyecto y, más concretamente, los artículos 11 a 14³⁵¹. Pero la situación que se acaba de describir podría también tratarse en relación con la obligación de no causar perjuicio apreciable, que se formula en el artículo 9³⁵². No obstante, dado que en el texto del artículo 9 remitido al Comité de Redacción no se incluyen reglas de procedimiento de ese tipo, es posible que la Comisión considere oportuno, por el momento al menos, ocuparse de ellas en el capítulo III.

197. El segundo tipo de situación que, en relación con los nuevos usos de un curso de agua, debería preverse en el proyecto es el siguiente: el Estado A desea hacer un nuevo uso del curso de agua internacional, pero no puede, debido, al menos en parte, a otros usos de que es ya objeto el mismo curso de agua (cabe suponer que en virtud de una distribución equitativa previamente aceptada) por parte del Estado B. La cuestión de si el principio de utilización equitativa exige un reajuste de la participación de cada uno de los Estados depende evidentemente de una serie de factores no incluidos en este ejemplo³⁵³. Este tipo de situación no se trata expresa-

³⁵⁰ Estos procedimientos se consideran como el mínimo necesario, ya que lo ideal sería que no fuesen procedimientos *ad hoc*, sino parte de un programa institucionalizado de intercambio regular de datos e información.

³⁵¹ Documento A/CN.4/381 (véase nota 16 *supra*), párrs. 67 a 74.

³⁵² Véase el artículo 8 presentado por el Sr. Schwebel en su tercer informe, que establece en los párrafos 1 y 2 la obligación de no causar perjuicio apreciable, y formula en los párrafos 3 y siguientes normas relativas a la notificación, la consulta y la negociación [documento A/CN.4/348, (véase nota 14 *supra*), párr. 156].

³⁵³ Véanse, por ejemplo, los factores enumerados en el artículo 8 remitido al Comité de Redacción en 1984 (véase nota 28 *supra*), el artículo 7 presentado en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párr. 106, y el artículo V de las Reglas de Helsinki (véase párr. 154 *supra*). Entre los factores pertinentes cabe incluir, por ejemplo, el grado en que los usos en conflicto son esenciales para la vida humana, social y económicamente valiosos, susceptibles de modificaciones que los hagan compatibles entre sí, o susceptibles de ser satisfechos mediante un aumento de la eficiencia de la utilización del agua de toda la cuenca, y el grado en que ese conflicto de usos pueda resolverse mediante el pago de una indemnización por el Estado A al Estado B. Un hecho importante, pero que no se menciona aquí porque está implícito en los hechos expuestos, es que el Estado B está actualmente utilizando el curso de agua con fines que el Estado A puede pedir que se modifiquen. Es evidente que los usos existentes deben ser protegidos hasta cierto punto, pero no de manera

mente en ninguno de los artículos del capítulo II ni en ninguno de los presentados por el anterior Relator Especial en el capítulo III. Podría estar implícitamente incluido en los artículos 6 y 7, así como, posiblemente, en el artículo 8, dependiendo de la interpretación que se dé a esas disposiciones. Como el nuevo uso que piensa hacer el Estado A no puede, por definición, establecerse unilateralmente, no parece a primera vista que las disposiciones concretas que acerca de la notificación y las consultas aparecen en el capítulo III tengan por objeto remediar esa situación. Podría, por supuesto, considerarse que ésta entra dentro de las disposiciones más generales del artículo 10 del proyecto. El Relator Especial agradecería que la Comisión le orientara sobre forma en que debe tratarse ese tipo de situación y en qué parte del informe.

B.—Proyectos de artículos sobre reglas de procedimiento

198. A la luz de lo antedicho y teniendo en cuenta los textos de base citados en el capítulo II y en el presente capítulo, el Relator Especial somete a la consideración de la Comisión cinco proyectos de artículos sobre algunas de las situaciones antes expuestas. Es posible que, debido a varios de los factores expuestos en la sección A, ese examen haya de ser sólo preliminar. El Relator Especial está, sin embargo, dispuesto a abordar un examen formal de estos artículos, si la Comisión lo considera oportuno.

Artículo 10.—Notificación de usos previstos

Todo Estado [del curso de agua] notificará oportunamente a los demás Estados [del curso de agua] cualquier nuevo uso que se proponga hacer de ese curso de agua, con inclusión de cualquier adición o alteración de un uso ya existente, que puedan causar perjuicio apreciable a esos otros Estados. Esa notificación irá acompañada de los datos e informaciones técnicos disponibles que sean suficientes para que los demás Estados puedan determinar y evaluar los perjuicios potenciales que pueda causar el nuevo uso previsto.

Comentario

- 1) El hecho de que este artículo lleve el número 10 no prejuzga la futura inclusión de un artículo consagrado, por ejemplo, a los principios generales de cooperación, del tenor del artículo 10 presentado por el anterior Relator Especial.
- 2) Este artículo se refiere a la misma cuestión general que el artículo 11 presentado por el anterior Relator Especial.
- 3) La expresión «curso de agua» figura entre corchetes cuando se utiliza como adjetivo aplicado al «Estado» o los «Estados», en espera de que la Comisión se pronuncie sobre la utilización del término «sistema».

(Continuación de la nota 353.)

que impida el desarrollo de un curso de agua internacional. Por eso, ese uso debe continuar en tanto en cuanto los factores que lo justifican no se vean superados por factores que indiquen que debe ser modificado, gradualmente reducido o terminado (previo pago de indemnización, cuando proceda), a fin de permitir un uso que es incompatible con él. Véase el artículo VIII de las Reglas de Helsinki y el párrafo a del comentario al mismo (véase nota 79 *supra*).

4) El término «oportunamente» significa que la notificación habrá de hacerse cuando la planificación del uso previsto esté todavía en una fase que permita, si fuere necesario, la celebración de consultas y negociaciones útiles.

5) El término «previsto» indica que el nuevo uso se encuentra todavía en las fases preliminares de planificación y no se ha iniciado, autorizado o permitido todavía.

6) Es posible que la Comisión considere oportuno definir, en su momento, expresiones tales como «uso» y «uso previsto», con objeto de evitar la necesidad de explicar, en los propios artículos o en los comentarios, que esas expresiones se refieren al uso del curso de agua de que se trata e incluyen, por ejemplo, los proyectos, programas, adiciones o modificaciones en relación con usos ya existentes.

7) Parece obvio que el nuevo uso previsto a que se refiere este artículo será llevado a cabo por el Estado que está obligado a hacer la notificación, o dentro de sus fronteras. Si esto no queda suficientemente claro con la redacción actual del artículo, dicha redacción podría fácilmente modificarse con ese objeto.

8) Aunque, técnicamente, no existe lesión jurídica mientras un Estado no sea privado de su participación equitativa, en el artículo se habla de «perjuicio» para facilitar la determinación conjunta de si los perjuicios causados por el nuevo uso son ilícitos (porque el nuevo uso haría rebasar los límites de la participación equitativa del Estado que lo ha previsto) o tienen que ser tolerados por los Estados potencialmente afectados (porque el nuevo uso no excede los límites de la participación equitativa).

9) La referencia a los datos e informaciones técnicos «disponibles» indica que el Estado notificante no está por lo general obligado a proceder a investigaciones adicionales a petición del Estado potencialmente afectado, sino sólo a facilitar los datos e informaciones pertinentes que se hayan obtenido acerca del nuevo uso y que sean fácilmente accesibles. (Un artículo ulterior se referirá a la información que no es preciso revelar por razones de seguridad nacional.) Si el Estado notificado desea información no fácilmente disponible y de la que el único poseedor es el Estado notificante, será generalmente oportuno que el primero se ofrezca a compensar al segundo por los gastos en que éste incurra para facilitar esa información.

Artículo 11.—Plazo para responder a la notificación

1. El Estado [del curso de agua], que haga, conforme al artículo 10, una notificación de nuevo uso previsto dará a los Estados notificados un plazo razonable para estudiar y evaluar el perjuicio potencial derivado de ese uso previsto y para comunicar sus conclusiones al Estado notificante. Durante ese plazo, el Estado notificante cooperará con los Estados notificados, facilitándoles, cuando se lo pidan, cualesquiera otros datos e informaciones adicionales de que se disponga y que sean necesarios para una evaluación precisa, y no iniciará ni permitirá la iniciación del nuevo uso previsto.

2. Si el Estado notificante y los Estados notificados no están de acuerdo sobre lo que, dadas las circunstan-

cias, constituye un plazo razonable para el estudio y la evaluación, celebrarán negociaciones de buena fe con objeto de llegar a un acuerdo sobre la cuestión, tomando en consideración todos los factores pertinentes, incluida la urgencia de la necesidad del nuevo uso y la dificultad de evaluar sus posibles efectos. El proceso de estudio y evaluación por el Estado notificado se llevará a cabo al mismo tiempo que las negociaciones previstas en el presente párrafo, y éstas no retrasarán indebidamente la iniciación del uso propuesto ni el logro de una solución convenida con arreglo al párrafo 3 del artículo 12.

Comentario

1) Este artículo se refiere a la misma cuestión general que el artículo 12 presentado por el anterior Relator Especial.

2) Se observará que el párrafo 1 no se refiere a un plazo determinado (por ejemplo, de seis meses) que deba concederse, como mínimo, para el estudio y la evaluación. Se debe esto a que el concepto de «plazo razonable» variará considerablemente según las circunstancias de cada caso. Un plazo de seis meses puede ser excesivamente largo en unos casos, pero excesivamente corto en otros. Si al Estado notificado se le da automáticamente lo que, dadas las circunstancias, es un plazo excesivamente largo para el estudio y la evaluación del caso, eso puede disuadir al Estado notificante, que ha previsto el nuevo uso, de hacer la debida notificación. Inversamente, un plazo concreto y generalmente aplicable, que, aplicado a un caso concreto, resulta excesivamente corto, puede, sin embargo, dar lugar a una presunción de racionalidad tan fuerte que los Estados potencialmente afectados no puedan destruirla. Pese a estas consideraciones, quizás sea conveniente establecer en el artículo un término objetivo de referencia—por ejemplo, un plazo de seis meses—, que en caso de desacuerdo ayude a los Estados interesados a determinar un plazo, mutuamente aceptable, que sea razonable teniendo en cuenta las circunstancias. Es esta una cuestión que merece ser atentamente considerada por la Comisión.

3) La obligación de negociar que se establece en el párrafo 2 es análoga a la obligación de la misma índole que existe respecto de la determinación de la participación razonable y equitativa de cada Estado. Ambos procesos obligan a sopesar todas las consideraciones pertinentes. Por otra parte, teniendo en cuenta que un plazo indebidamente corto puede dar lugar a la iniciación de un uso que altere una distribución equitativa, el ofrecimiento de la oportunidad de proceder a un estudio y una evaluación significativos está estrechamente relacionado tanto con la obligación de no causar perjuicios como con el principio de utilización equitativa.

4) La última frase del párrafo 2 tiene por objeto garantizar, en la medida de lo posible, que la flexibilidad de los medios previstos en ese párrafo para la determinación de un plazo razonable de estudio y evaluación no va a alargar demasiado el procedimiento o a obstaculizar indebidamente otros aspectos del proceso de ajuste.

Artículo 12.—Respuesta a la notificación, y consultas y negociaciones sobre los usos previstos

1. Si un Estado al que se ha notificado en virtud del artículo 10 un proyecto de uso llega a la conclusión de

que ese uso va a causarle, o es probable que le cause, perjuicio apreciable, y va a tener, o es posible que tenga, como consecuencia la privación por el Estado notificante al Estado notificado de la participación equitativa de éste en el uso y los beneficios del curso de agua internacional, el Estado notificado lo pondrá en conocimiento del Estado notificante dentro del plazo previsto en el artículo 11.

2. Al ser informado por el Estado notificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado notificante tiene la obligación de celebrar con el Estado notificado consultas encaminadas a confirmar o revisar las conclusiones a que se refiere dicho párrafo.

3. Si, con arreglo al párrafo 2 del presente artículo, los Estados no pueden revisar satisfactoriamente sus conclusiones mediante consultas, iniciarán sin demora negociaciones con objeto de llegar a un acuerdo para una solución equitativa de la situación. Esa solución podrá incluir la modificación del uso propuesto para eliminar las causas del perjuicio, el ajuste de otros usos que ya está haciendo del curso de agua cualquiera de los Estados, y el pago por el Estado notificante de una compensación, monetaria o de otra índole, que sea aceptable para el Estado notificado.

4. Las negociaciones a que se refiere el párrafo 3 se celebrarán sobre la base de que cada Estado tomará, razonablemente y de buena fe, en consideración los derechos y los intereses del otro Estado.

Comentario

1) Este artículo se refiere a la misma cuestión general que el artículo 13 presentado por el anterior Relator Especial.

2) Como se verá, el párrafo 1 supone dos procesos distintos de determinación de hechos: la de que el uso propuesto causará, o es probable que cause, al Estado notificado un perjuicio apreciable; y la de que ese uso tendrá, o es probable que tenga, como resultado la privación por el Estado notificante de la participación equitativa del Estado notificado. La necesidad de esos dos procesos se explica porque, como ya se ha visto en el presente informe, el hecho de que la utilización por un Estado de un curso de agua cause un perjuicio a otro Estado no significa por sí solo que el segundo Estado haya sido lesionado en sus derechos.

3) La compensación prevista en el párrafo 3 podrá adoptar distintas formas, como son el pago de una indemnización, el abastecimiento de energía eléctrica, la adopción de medidas de lucha contra las inundaciones o la autorización concedida al Estado notificado para que incremente uno de sus usos existentes.

4) La obligación de negociar contenida en el párrafo 3 se basa en las condiciones establecidas por la CIJ en el párrafo 85 de su fallo relativo a los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*³⁵⁴.

5) Los requisitos que se establecen en el párrafo 4 están basados en el párrafo 78 del fallo de la CIJ en el asunto de la *Competencia en materia de pesquerías*³⁵⁵ y de la sentencia arbitral pronunciada en el asunto del *La-*

³⁵⁴ Véase nota 340 *supra*.

³⁵⁵ *Idem*.

go Lanós³⁵⁶. El uso del término «intereses» está basado en esta sentencia que, como se recordará, exigía que se tomaran en consideración «cualquiera que sea su naturaleza, todos los intereses susceptibles de ser afectados por las obras emprendidas, aun en el caso de que no estén protegidos por un derecho»³⁵⁷.

Artículo 13.—Efectos del incumplimiento de los artículos 10 a 12

1. Si un Estado [del curso de agua] no notifica, con arreglo al artículo 10, a los demás Estados [del curso de agua] el nuevo uso que se propone hacer de ese curso de agua, los otros Estados [del curso de agua] que crean que el uso previsto puede causarles perjuicio apreciable podrán invocar las obligaciones que incumben al primer Estado en virtud del artículo 10. En el caso de que los Estados interesados no estén de acuerdo en si el nuevo uso previsto puede causar perjuicio apreciable a otros Estados en el sentido del artículo 10, iniciarán sin demora las negociaciones que se prevén en los párrafos 3 y 4 del artículo 12 con objeto de resolver sus diferencias.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 9, si el Estado notificado no responde a la notificación dentro de un plazo razonable con arreglo al artículo 12, el Estado notificante podrá iniciar el uso propuesto de acuerdo con la notificación y demás datos e informaciones comunicados al Estado notificado, siempre que el Estado notificante haya cumplido plenamente lo dispuesto en los artículos 10 y 11.

3. Si un Estado [del curso del agua] no hace la notificación de un uso previsto con arreglo al artículo 10 o no cumple lo dispuesto en los artículos 10 a 12, incurrirá en responsabilidad por cualquier perjuicio causado a otros Estados por el nuevo uso, ya constituya o no dicho perjuicio una violación del artículo 9.

Comentario

1) Este artículo se refiere a la misma cuestión general que el artículo 14 presentado por el anterior Relator Especial.

2) Con el párrafo 1 se trata de regular la situación en que el Estado que se propone hacer un nuevo uso del curso de agua no hace la notificación que exige el artículo 10. Dicho párrafo permite a otro Estado —que puede haberse enterado indirectamente y sólo en términos muy generales del nuevo uso previsto— invocar la obligación que, con arreglo al artículo 10, incumbe al primer Estado de hacer una notificación detallada.

3) Es posible que el primer Estado no haya hecho esa notificación por creer que no es probable que el nuevo uso cause perjuicio apreciable a otros Estados. En ese caso, el párrafo 1 obligaría a ese Estado, a petición de los demás Estados interesados, a entablar sin demora negociaciones con ellos con objeto de llegar a un acuerdo sobre la cuestión de si el nuevo uso previsto puede causar perjuicio apreciable.

4) El párrafo 2 permitiría al Estado notificante iniciar el nuevo uso si el Estado notificado no responde dentro

de un plazo razonable. No obstante, el Estado notificante sigue teniendo la obligación que se establece en el artículo 9 de no «lesionar los derechos» de otros Estados que utilicen el curso de agua.

5) El párrafo 3 tiene por objeto fomentar el cumplimiento de los requisitos de notificación, consulta y negociación que se establecen en los artículos 10 a 12, haciendo al Estado que haya previsto el nuevo uso responsable de cualquier perjuicio que de éste pueda resultar para otros Estados, incluso en el caso de que ese perjuicio pudiera considerarse admisible con arreglo al artículo 9 por ser consecuencia de una utilización equitativa del curso de agua por ese Estado. Aquí sería necesario, por supuesto, modificar la redacción del artículo 9 para tener en cuenta la distinción entre «perjuicio» de hecho y «lesión de derechos».

Artículo 14.—Usos previstos de suma urgencia

1. A reserva de lo previsto en el párrafo 2 *infra*, todo Estado que notifique con arreglo al artículo 10 un nuevo uso que se proponga hacer del curso de agua podrá, pese a las conclusiones afirmativas a que haya podido llegar el Estado notificado con arreglo al párrafo 1 del artículo 12, iniciar el uso previsto siempre que haga llegado de buena fe a la conclusión de que ese uso es de suma urgencia por razones de salud pública, seguridad pública u otros motivos similares, y siempre que haga al Estado notificado una declaración oficial acerca de la urgencia de ese uso y de su intención de iniciarlo.

2. El Estado notificante no podrá iniciar con arreglo al párrafo 1 del presente artículo el uso previsto a menos que haya cumplido plenamente los requisitos que se establecen en los artículos 10, 11 y 12.

3. El Estado notificante será responsable de cualquier perjuicio apreciable causado al Estado notificado por la iniciación con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, del uso previsto, en tanto en cuanto éste no esté permitido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.

Comentario

1) Este artículo es similar en ciertos aspectos al párrafo 3 del artículo 13 presentado en el primer informe del anterior Relator Especial³⁵⁸ y al párrafo 7 del artículo 8 que figura en el tercer informe del Sr. Schwebel³⁵⁹.

2) El objeto principal del artículo es permitir al Estado notificante o que tiene previsto un nuevo uso del curso de agua que inicie ese uso en ciertas situaciones extraordinarias de emergencia pública. Los ejemplos de amenazas para la salud o la seguridad públicas que se dan en el texto del artículo tienen por objeto destacar la gravedad y la naturaleza excepcional de las circunstancias previstas en el mismo³⁶⁰.

3) El requisito que se establece en el párrafo 1 de que el Estado que tenga previsto el nuevo uso determine de «buena fe» el carácter de suma urgencia de la situación

³⁵⁶ Véanse los pasajes del párrafo 22 de la sentencia (párr. 122 y notas 212 y 213 *supra*).

³⁵⁷ *Idem* (nota 212).

³⁵⁸ Documento A/CN.4/367 (véase nota 15 *supra*), párr. 125.

³⁵⁹ Documento A/CN.4/348 (véase nota 14 *supra*), párr. 156.

³⁶⁰ Para más explicaciones sobre las finalidades y requisitos de este artículo, véase el tercer informe del Sr. Schwebel, *ibid.*, párrs. 165 y 166.

procede por analogía del requisito de la buena fe que se establece en el párrafo 78 del fallo pronunciado por la CIJ en el asunto de la *Competencia en materia de pesquerías*³⁶¹.

4) Como en el caso del párrafo 3 del artículo 13, la referencia que se hace al artículo 9 en el párrafo 3 del presente artículo está basada en la hipótesis de que el texto del artículo 9 se modificará para distinguir entre «perjuicio» de hecho y «lesión de derechos».

³⁶¹ Véase nota 340 *supra*.

C.—Observaciones finales acerca de otros proyectos de artículos sobre reglas de procedimiento

199. En los proyectos de artículos examinados no se trata de algunas de las situaciones descritas en la sección A del presente capítulo, y en particular de aquellas en que: *a)* el Estado A cree que el Estado B está rebasando actualmente su participación equitativa, y *b)* el Estado A desea hacer un nuevo uso del curso de agua, pero no puede hacerlo porque se lo impiden los usos que del mismo está haciendo el Estado B. La necesidad de redactar otros artículos con reglas de procedimiento aplicables a éstas y otras situaciones dependerá de las opiniones de la Comisión sobre la forma en que deben tratarse las distintas situaciones expuestas.

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL
POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS
POR EL DERECHO INTERNACIONAL**

[Tema 7 del programa)

DOCUMENTO A/CN.4/402*

**Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias
perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional,
por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial**

[Original: español]
[13 de mayo de 1986]

ÍNDICE

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1-11	153
A. Uso de ciertos términos	2-5	153
B. La unidad del tema.....	6-10	155
C. El alcance del tema.....	11	156
II. EL PLAN ESQUEMÁTICO.....	12-28	156
III. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PLAN ESQUEMÁTICO.....	29-69	159
A. Las actividades.....	29-33	159
B. Las obligaciones.....	34-41	160
C. El daño producido sin régimen convencional	42-69	162

CAPÍTULO PRIMERO

Introducción

1. Aunque la parte principal del presente informe gira alrededor del plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, Robert Q. Quentin-Baxter, en su tercer informe y modificado en su cuarto informe¹, parece conveniente referirse con antelación a dos cuestiones de importancia: una provocada por la dualidad de conceptos en la terminología jurídica anglosajona entre *responsibility* y *liability*, y la otra relativa a la unidad del tema.

A.—Uso de ciertos términos

2. La primera cuestión tiene una relevancia que excede la simple determinación terminológica en uno de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, como se verá a

continuación. En el informe preliminar², el anterior Relator Especial explica que la palabra *liability* en el título inglés del presente tema fue el resultado de intercambios de puntos de vista en el 25.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional ya que se consideró que *responsibility* se refería en el lenguaje del *common law* a las consecuencias que seguían a los hechos ilícitos,

² El informe preliminar fue presentado a la Comisión en su 32.º período de sesiones: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2.

Los otros informes presentados a la Comisión por el anterior Relator Especial, del 33.º al 36.º períodos de sesiones, han sido reproducidos como sigue:

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 61, documento A/CN.4/360;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 213, documento A/CN.4/373;

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/402/Corr.1, 3 y 4.

¹ Véase nota 21 *infra*.

mientras que *liability* hacía mención también a la obligación misma, impuesta por la norma primaria³. En cuanto al francés, siendo *responsabilité* el único vocablo disponible sería entonces el utilizado para referirse a ambas significaciones. Cabe añadir que el español, también idioma oficial de las Naciones Unidas, tampoco contiene aquella distinción del inglés, y que el único término utilizable es el de «responsabilidad». En su quinto informe, sin embargo, el anterior Relator Especial parece llegar a conclusiones diferentes en cuanto al uso de ambos términos. Basándose en la utilización que de ellos hacen ciertos tratados, especialmente los relativos al espacio ultraterrestre y al medio marino, concluye que «como se desprende claramente de los textos, el término *responsibility* tiene en esos tratados un significado totalmente diferente, ya que se refiere al contenido de una obligación primaria y no a su violación»⁴.

3. A su vez, la palabra *liability* en comparación con la del informe preliminar, en el quinto informe aparece bajo una luz algo diferente. Al examinar el párrafo 1 del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982⁵, el anterior Relator Especial advierte que queda claro que «puede darse *liability* haya habido o no violación de una obligación internacional»⁶. Así, entonces, «la fórmula *responsibility and liability* utilizada en el texto inglés de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, corresponde fielmente a los aspectos gemelos de la prevención y la reparación, que constituyen la base del presente tema»⁷. Para abonar esta conclusión, en el quinto informe se hace referencia a muchas otras normas legales⁸.

4. Estas acertadas observaciones encontraron confirmación en un autor versado también en el *common law*, L. F. E. Goldie, quien al analizar los matices de diferencia entre los vocablos ingleses *responsibility* y *liability* y refiriéndose al artículo 139, párrafos 1 y 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, y a los artículos VI y XII del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales⁹, dice que las dos palabras

[...] están empleadas con connotaciones distintas. En los dos tratados se entiende que *responsibility* denota una obligación o las normas que impone el ordenamiento jurídico para el desempeño de una función en la sociedad, mientras que el término *liability* indica las consecuencias del incumplimiento de la obligación o del de las normas requeridas. Así, pues, el término *liability* denota la posibilidad de quedar sujeto en derecho a una reparación una vez establecida la *responsibility*. Aunque en ciertas ocasiones los internacionalistas y los magistrados pueden emplear ambos términos en forma prácticamente intercambiable o como sinónimos, en la presente obra serán utilizados en los dos sentidos distintos que se acaban de indicar¹⁰.

³ Documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2 (véase nota 2 *supra*), párr. 10.

⁴ Documento A/CN.4/383 y Add.1 (véase nota 2 *supra*), párr. 39.

⁵ *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. 198, documento A/CONF.62/122.

⁶ Documento A/CN.4/383 y Add.1 (véase nota 2 *supra*), párr. 39.

⁷ *Ibid.*, párr. 40.

⁸ *Ibid.*, notas 100 y 101.

⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 961, pág. 212.

¹⁰ L.F.E. Goldie, «Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985 La Haya, vol. XVI, pág. 180.

Refiriéndose luego a la responsabilidad por riesgo en el derecho interno y dando como ejemplo la llamada «enterprise liability» (responsabilidad empresarial) y «products liability» (responsabilidad por los productos), Goldie dice:

[...] Todas las categorías que se han examinado se basan en conceptos de obligaciones sociales jurídicamente impuestas sobre el autor [...] de utilizar los procedimientos más seguros o los mejores métodos de protección o, cuando sea necesario, de dar claras noticias de precaución. Alternativamente, el actor está obligado a indemnizar a la víctima por el daño dimanado de la falta de cumplimiento de sus deberes o, incluso cuando se han cumplido esos procedimientos o se han aplicado esos métodos, en la obligación de pagar una indemnización por el daño que ocurra de todas maneras [...]. En este sentido, el término *responsibility* constituye la perspectiva en derecho de las obligaciones a que está sujeta una persona actuando en el marco de la sociedad¹¹.

5. Como dice la frase del quinto informe citada anteriormente (párr. 3), la distinción entre los términos ingleses *responsibility* y *liability* corresponde fielmente a los aspectos gemelos de la prevención y la reparación. En resumen, el derecho considera que ciertas personas son responsables de determinadas obligaciones antes de que suceda el evento que desencadena las consecuencias perjudiciales. En tal sentido, la responsabilidad se refiere al conjunto de obligaciones que el derecho impone a las personas por razones del papel que desempeñan. Es, en el caso del presente tema, el Estado, con sus obligaciones de control que se desprenden de la exclusividad de la jurisdicción que ejerce en su territorio. El Estado sería entonces responsable —cuando no se ha convenido un régimen que asigne responsabilidad directa a individuos en ciertos casos— no sólo luego de haberse producido las consecuencias perjudiciales de ciertas actividades realizadas en su territorio o bajo su control, sino también por las obligaciones de prevención, esto es, todos los deberes relativos a evitar o minimizar la producción de tales consecuencias. En el idioma español, y seguramente también en el francés, el término «responsabilidad» que comprende las dos significaciones desdobladas en el inglés abarcaría los deberes de prevención y de reparación sin violencia, y arrojaría nueva luz sobre una aguda objeción que se levantó contra la inclusión de las obligaciones de prevención, en el sentido de que, en derecho, la responsabilidad se limitaba estrictamente a las consecuencias de la violación de una obliga-

Más adelante, en el mismo artículo, Goldie cita un pasaje de un artículo anterior suyo en el que enunció los mismos conceptos:

«Así, el término *responsibility* incluye la atribución de las consecuencias de una conducta desde el punto de vista de las obligaciones de una persona en la sociedad. En segundo lugar, puede indicar el papel del demandado como parte responsable de haber causado un daño. En esta segunda acepción, establece la responsabilidad contingente del actor. En cambio, el término *liability* puede utilizarse como contraste para indicar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que derivan de la *responsibility* (reparación), esto es, el incumplimiento de una obligación o la responsabilidad que en el sentido causal por un daño entrañan las consecuencias jurídicas (tanto en la función de sanción como la de compensación) de la *liability*.» («Responsibility and liability in the common law», en *Legal Aspects of Transfrontier Pollution*, París, OCDE, 1977, pág. 344.)

El autor termina con este importante concepto para el presente tema:

«Estas consideraciones pragmáticas indican la importancia que reviste establecer una distinción, cuando proceda, entre la *responsibility* como factor constante y la *liability* como factor sujeto a diversas consideraciones variables en el proceso de decisión.» (*Ibid.*)

¹¹ «Concepts of strict and absolute liability...», *loc. cit.* (nota 10 *supra*), pág. 181.

ción. La prevención, en esa postura, nada tenía que ver con la responsabilidad¹².

B.—La unidad del tema

6. Al ampliarse en la forma que se ha visto el significado de la palabra «responsabilidad» se hace lugar en el título y en el tema mismo a las obligaciones de prevención, y se da así cumplimiento a la tendencia manifestada en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General¹³ en el sentido de que en modo alguno debía dejarse de lado todo lo relativo a ese respecto. El título, entonces, acoge a ambos aspectos, pero queda por ver cuál es el vínculo íntimo que otorga unidad a esta simbiosis de prevención y compensación, que a primera vista pueden parecer productos heterogéneos. Para el anterior Relator Especial, la base del *continuum* prevención-reparación es la primera, porque todo lo concerniente a aquella estaba mucho mejor instalado en la práctica estatal, y encontraba una inserción mucho más robusta que lo que tocaba a la reparación. En efecto, puede leerse en su cuarto informe lo siguiente:

Pero, ¿qué es «prevención» y qué es «reparación»? La reparación tiene siempre por objeto restablecer lo más plenamente posible una situación preexistente; en el contexto del tema actual, puede equivaler a veces a la prevención tras el acaecimiento.[...]¹⁴.

El vínculo entre la prevención y la reparación estaría en su práctica identidad, desde que prevenir y reparar son lo mismo visto desde diferentes ángulos o si se quiere desde distintos momentos. La «debida diligencia», o el «debido cuidado» («the duty of care») se extiende hasta la reparación de cualquier daño que pueda ser razonablemente atribuible al lícito desarrollo de una actividad lícita, señaló el anterior Relator Especial en su segundo informe¹⁵. Pero los regímenes convencionales demuestran abundantemente que el resarcimiento es una forma de prevención menos adecuada y no debe permitirse que se convierta en una tarifa para causar daños evitables¹⁶.

7. Finalmente, la diferencia conceptual entre normas de prevención y de reparación sólo existiría cuando las de reparación emanan de la ilicitud de un acto, o sea cuando son normas secundarias. El contenido del tema, desde un punto de vista formal, «debe expresarse como una obligación “primaria” mixta, que abarca toda la esfera de la prevención, la limitación, la reparación y el acaecimiento de un daño físico transfronterizo», dice el anterior Relator Especial en su cuarto informe¹⁷. Conviene recordar nuevamente que esta calidad de pertenecer la prevención y la reparación al dominio de las normas primarias tiene por resultado que si el daño se produce y nace por ende la obligación de reparar, esta reparación está impuesta por la norma primaria como condición de la lícitud de la actividad de que se trate y

que sólo si el Estado de origen no cumple con la reparación debida en la obligación primaria, entonces se pasa al dominio de las normas secundarias y allí recién se encuentra la responsabilidad por el hecho ilícito de haber el Estado violado aquella obligación primaria. El presente tema se daría, entonces, dentro de las normas primarias.

8. He aquí un criterio, como se dice más arriba (párr. 6), formal de unidad. Pero, ¿cuál sería la unidad de fondo, de sustancia del tema? Conviene ensayar una teoría al respecto, y acaso se debería acudir al daño para encontrar el criterio unificador de prevención y reparación. Si bien se mira, el daño es un verdadero polo de atracción, todo gira alrededor suyo. En el caso de la reparación, se trata del daño ya producido; en el de la prevención, del daño potencial, que no otra cosa es el riesgo. La reparación se justifica por el daño producido, que aparece como la condición suspensiva cuyo cumplimiento desencadena a su vez el de la obligación. Y las obligaciones de prevención surgen del riesgo, de la cercanía del daño, de su previsibilidad genérica. Si la actividad no entrañara un riesgo, si el peligro de un daño no estuviera a la vista, no habría necesidad de obligaciones de prevención.

9. Este protagonismo del daño, en su forma actual o potencial, favorece una tajante distinción entre el presente tema y el de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, y lo ubica claramente en el campo total de la responsabilidad internacional, dentro de la concepción que hasta el presente ha adoptado la CDI. En efecto, en la primera parte del tema de la responsabilidad de los Estados, el daño no es una condición *sine qua non* de la responsabilidad a diferencia de lo que para muchos autores exige el derecho consuetudinario actual¹⁸.

10. En efecto, en su segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, el Relator Especial Roberto Ago, dijo:

Antes de concluir, hay que mencionar una última cuestión. Junto a los dos elementos, subjetivo y objetivo, mencionados como constitutivos de un hecho ilícito internacional que es a su vez fuente de responsabilidad, se habla a veces de un tercer elemento al que se denomina en general «daño». No obstante, parece que tales afirmaciones no están exentas de todo equívoco. Hay casos en que al subrayar la necesidad de que haya un daño se apunta más bien a la necesidad de que se haya producido ese acontecimiento exterior que, como se ha indicado en los párrafos precedentes, debe concurrir a veces con el comportamiento propiamente dicho del Estado para que ese comportamiento constituya la violación de una obligación internacional [...]¹⁹.

Y termina diciendo:

Por consiguiente, no parece que haya motivos para tener en cuenta el elemento del daño al definir las condiciones de existencia de un hecho ilícito internacional²⁰.

¹² Véase *Anuario... 1982*, vol. 1, pág. 301, 1743.ª sesión, párr. 40, y pág. 307, 1744.ª sesión, párr. 26 (observaciones del Sr. Thiam).

¹³ Véase el tercer informe del anterior Relator Especial, documento A/CN.4/360 (véase nota 1, *supra*), párr. 9 y nota 12; y su cuarto informe, documento A/CN.4/373, párr. 10 y nota 31.

¹⁴ Documento A/CN.4/373 (véase nota 2 *supra*), párr. 47.

¹⁵ Documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2 (véase nota 2 *supra*), párr. 40.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 91.

¹⁷ Documento A/CN.4/373 (véase nota 2 *supra*), párr. 40.

¹⁸ Véase, por ejemplo, E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en *Manual of Public International Law*, M. Sorensen, ed., Londres, Macmillan, 1968, pág. 534. Según K. Zemanek, «Dado que la jurisprudencia internacional tuvo con tanta frecuencia como base las reclamaciones por daños materiales sufridos por nacionales en el extranjero, tanto ella como la doctrina llegaron a considerar el daño como un elemento constitutivo de la responsabilidad.» («La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites», *Responsabilité internationale*, París, Pedone, 1987, pág. 19.

¹⁹ *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 208, documento A/CN.4/233, párr. 53.

²⁰ *Ibid.*, pág. 209, párr. 54.

C.—El alcance del tema

11. En el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial²¹, básicamente se contempla el deber que atañe al Estado de origen de evitar, minimizar o reparar toda pérdida o daño material transfronterizo que sea «apreciable» o «sensible», del que se pueda prever el riesgo por derivar de una cierta actividad peligrosa. Sujeto aquel deber del Estado a factores como la distribución de la responsabilidad y de los costos y beneficios, este deber se concibe, según el anterior Relator Especial en su cuarto informe, como la «contrapartida de la jurisdicción exclusiva o dominante que el derecho internacional confiere al Estado de origen en cuanto autoridad territorial o de control»²². A esta indicación general corresponderían tres importantes aclaraciones:

a) El alcance del tema se limitará a las actividades físicas que ocasionen un daño material transfronterizo, por no haberse desarrollado suficientemente la práctica de los Estados en cuanto a los demás aspectos;

b) La declaración de principios de la sección 5 del plan esquemático podrá ampliarse y reforzarse en tanto

²¹ Para el texto del plan esquemático, véase el tercer informe del anterior Relator Especial, documento A/CN.4/360 (véase nota 2 *supra*), párr. 53. Para los cambios hechos al plan esquemático, véase el cuarto informe, documento A/CN.4/373, párrs. 63 y 64.

²² Documento A/CN.4/373 (véase nota 2 *supra*), párr. 63.

y en cuanto se considere justificado por el examen de la práctica estatal, y la enumeración de los factores de la sección 6 se ajustará consecuentemente. Como consecuencia de este proceso, se verá «hasta qué punto las soluciones contenidas en el plan esquemático se aproximan a la norma de la responsabilidad estricta»²³;

c) El alcance acaso se vea influenciado por un examen del papel que pueden desempeñar las organizaciones internacionales, no en principio como ocupando el lugar de un Estado de origen, sino más bien en cuanto a que los procedimientos expuestos en las secciones 2, 3 y 4 del plan esquemático «puedan verse sustancialmente afectados por la forma en que los Estados se comportan entre sí en cuanto miembros de organizaciones internacionales»²⁴. Análogamente, parece que los procedimientos de consulta de las organizaciones internacionales y los servicios técnicos que ellas suministran puedan sustituir a lo previsto en la sección 3 o pueden tener algún papel relevante en la evaluación de la reparación que contempla la sección 4²⁵.

El actual Relator Especial acepta estas indicaciones como punto de partida, sujetas a lo que el futuro desarrollo del tema pueda aconsejar.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, párr. 64.

²⁵ *Ibid.*

CAPÍTULO II

El plan esquemático

12. En su informe preliminar, el actual Relator Especial indicó su intención de concentrar su próxima actividad en torno a lo que consideraba la principal materia prima del presente tema, o sea el plan esquemático²⁶. Ello es así porque puede afirmarse que el plan mencionado gozó de aceptación en sus líneas generales, no obstante algunas críticas y sugerencias en cuanto a su mejoramiento que hubo en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. La primera tarea, entonces, parece ser la de examinar dicho plan, para tratar de conceptualizar su dinámica, volver a examinar sus fundamentos teóricos y cotejarlo con la práctica de los Estados en la materia.

13. Se tratará de dirigir este análisis, entonces, primordialmente a comprender el funcionamiento del plan esquemático y a desbrozar las distintas obligaciones que de él se desprenden. Esta labor se limitará en esta instancia al plan esquemático mismo y no a las modificaciones introducidas por los primeros cinco proyectos de artículos posteriormente presentados por el anterior Relator Especial en su quinto informe²⁷, que serán objeto de consideración separada, incluso cuestiones tan importantes como si el tema alcanza también a las «situaciones», además de las «actividades». En la sección 1

del plan esquemático se establece el alcance del tema, se incluyen definiciones necesarias y se hace una reserva. En cuanto a ciertos aspectos del alcance, ya se ha hecho un comentario más arriba. Pero algo más debería decirse respecto a las actividades que constituyen el foco mismo del plan esquemático y la sustancia del tema. Estas son ciertas actividades que se realizan «en el territorio o bajo el control de un Estado que causan o puedan causar una pérdida o un daño a personas o cosas que se encuentran en el territorio o bajo el control de otro Estado» (secc. 1.1). No se dan indicaciones acerca de qué tipo de riesgo es el que se tiene en cuenta. No se dice si éste consiste en la existencia de una probabilidad muy baja de producción de daños catastróficos, por ejemplo, si se considerarán sólo las actividades que Jenks llama *ultra-hazardous*²⁸, o bien si el riesgo consiste en la producción cierta de daños menores que tengan efecto acumulativo, como en el caso de la contaminación. Se trataría, en suma, de actividades que tienen probabilidades superiores a la normal de producir daños sustanciales en el territorio de otro Estado, o en lugares sometidos a su control.

14. En el caso en que se estuviera por iniciar una actividad del tipo descrito, o si está iniciada, de percatarse

²⁶ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 104, documento A/CN.4/394, párrs. 14 y ss.

²⁷ Documento A/CN.4/383 y Add.1 (véase nota 2 *supra*), párr. 1.

²⁸ Véase C. W. Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1966-I*, Leyden, Sijthoff, 1967, vol. 117, pág. 105.

de sus características el Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control se realiza, le correspondería entonces a dicho Estado una primera obligación: la de avisar al Estado que eventualmente podría ser perjudicado sobre esta situación, y a proporcionarle «toda la información pertinente de que disponga, con indicación explícita de los tipos y grados de pérdida o daño que considere previsible y las medidas que proponga para poner remedio a la situación» (secc. 2, párr. 1). Igual obligación correspondería en el caso de que sea el Estado afectado quien primero advierta estas circunstancias y lo haga saber al Estado de origen (secc. 2, párr. 2).

15. Si se produce una disidencia por no estar el Estado afectado de acuerdo con que las medidas propuestas sean suficientes para la salvaguardia de sus intereses, nace entonces una segunda obligación para el Estado de origen: la de «cooperar de buena fe para llegar a un acuerdo con el Estado afectado» respecto a la instauración de un procedimiento de investigación de hechos, siempre que aquel Estado afectado la haya propuesto (secc. 2, párr. 5). Este mecanismo tiene por misión en realidad más que la mera investigación de los hechos. Es una verdadera instancia de conciliación, desde que puede «evaluar sus consecuencias» lo cual es un añadido enteramente natural, pero puede también «de ser posible, recomendar soluciones» (secc. 2, párr. 6 a). Su informe tiene carácter consultivo, y no obligatorio (secc. 2, párr. 6 b).

16. ¿Qué carácter tienen estas dos primeras obligaciones consignadas? En realidad, el plan esquemático distingue entre la obligación de informar, a cuyo incumplimiento le asigna en la sección 5, párrafo 4, ciertas consecuencias procesales adversas (recurso amplio a presunciones de hecho e indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad causa o puede causar una pérdida o un daño), y el resto de las prestaciones que configuran las dos primeras obligaciones (proponer medidas de prevención en la primera obligación, cooperar para el establecimiento de la instancia de investigación y conciliación en la segunda). Las dos primeras obligaciones del esquema están expresamente desprovistas de tutela jurisdiccional por el párrafo 8 de la sección 2 y el párrafo 4 de la sección 3, respectivamente.

17. Pero no queda allí la cosa. Los mismos párrafos recién citados incluyen una obligación que rige hasta el cumplimiento de la original, cuyo carácter de obligación tampoco es enteramente claro en el esquema, ya que las palabras utilizadas son algo equívocas. En efecto, luego de decir que «el Estado autor está obligado en todo momento a mantener en observación la actividad que cause o pueda causar una pérdida o un daño», sigue «a adoptar, para poner remedio a la situación, cualesquiera medidas que considere necesarias y viables para proteger los intereses del Estado afectado y, en lo posible, a proporcionar información al Estado afectado acerca de las medidas que adopte». Naturalmente que este lenguaje, al redactarse eventualmente el artículo que lo exprese, puede cambiar y tornarse más objetivo. Si eso es así, se estaría frente a una obligación que en caso de intervenir el daño autorizaría la comparación de las medidas preventivas realmente tomadas con las que hubieran efectivamente impedido dicho resultado dañoso, y por ese intermedio tal vez se estaría introduciendo en el tema una especie de «debida diligencia».

18. Si se cumplen determinadas condiciones, que básicamente son que fracase el mecanismo de determinación de los hechos y conciliación, ya sea porque el plazo razonable para instalarlo, o para que éste cumpla su mandato, haya vencido (secc. 3, párr. 1 a), o si uno de los Estados interesados no acepta las conclusiones (secc. 3, párr. 1 b), o naturalmente si el informe del mecanismo incluya una recomendación en ese sentido (secc. 3, párr. 1 c), nace una tercera obligación para los Estados Partes: la de negociar «a petición de cualquiera de ellos con miras a determinar si es necesario establecer un régimen y cuál debe ser su forma» (*ibid.*, *in fine*). Aquí las partes estarían orientadas, aunque no obligadas puesto que cabe el pacto en contrario, a aplicar los principios enunciados en la sección 5 y las cuestiones de la sección 7. Asimismo, se despoja a esta obligación de negociar de toda posibilidad de tutela jurisdiccional por el párrafo 4 de la sección 3, y se renueva una obligación de diligencia idéntica a la del párrafo 8 de la sección 2.

19. La sección 4 del plan esquemático tiene enorme importancia desde el punto de vista teórico: los miembros de la Comisión recordarán las largas discusiones que la responsabilidad por riesgo, o «strict liability» provocó en su momento. En realidad, esto es el corazón mismo del tema, puesto que se trata de establecer los derechos de las partes cuando una actividad del tipo de las que contempla el plan esquemático ha producido un daño, y no existe un régimen convenido para discernirlos, ya sea por no haber aún llegado a un acuerdo las partes, no obstante las negociaciones iniciadas, o porque una de ellas se ha negado a comenzarlas. Aquí habrá que empezar de nuevo la cuenta de las obligaciones. Las tres primeras que se han señalado son obligaciones «hacia» la creación de un régimen; las que se consideran ahora son «hacia» la reparación del daño causado. La del párrafo 17 *supra*, en cambio, es una obligación pura de prevención.

20. El párrafo 2 de la sección 4 establece el deber de dar «una reparación», en principio, a «toda pérdida o daño de esa naturaleza». Esto debe leerse conjuntamente con el principio, acaso el más importante del plan esquemático, contenido en el párrafo 3 de la sección 5: «Cuando ello sea compatible con los artículos anteriores, no se deben hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado.» Pero este principio está sujeto a dos grandes condicionantes. El primero, contenido en el mismo párrafo 2 de la sección 4: «a menos que conste que la reparación de una pérdida o un daño de esa índole o carácter no responde a las expectativas compartidas de esos Estados». Y el otro, contenido en el párrafo 3 de la sección 4, es la negociación misma, en la que amén de las anteriores expectativas «se tendrá en cuenta el carácter razonable del comportamiento de las partes, a la luz de las minutas de cualesquiera comunicaciones o negociaciones entre ellas y de las medidas que para poner remedio a la situación haya adoptado el Estado autor [ahora “de origen”] a fin de proteger los intereses del Estado afectado». Agrega que «también podrá tenerse en cuenta cualquier factor pertinente, incluidos los enunciados en la sección 6, y guiarse por cualquiera de las cuestiones enunciadas en la sección 7». Parece que de las negociaciones emprendidas, entonces, puede resultar una reparación cuyo monto varíe dependiendo ello de la naturaleza del daño, de la naturaleza de la acti-

vidad de que se trate, de las medidas de prevención adoptadas, etc. No sería tal vez inconcebible que las partes acordaran que la reparación no debe darse por mediar alguna excepción que la haga en su criterio improcedente. La negociación, en suma, es abierta y debe tener en cuenta numerosos factores para reglar la indemnización.

21. El texto español del párrafo 2 de la sección 4 que se comenta dice: «a menos que conste que la reparación [...] no responde a las expectativas compartidas de esos Estados». El texto inglés, en cambio, reza así «[...] unless it is established that the making of reparation [...] is not in accordance with the shared expectations of those States». Hubiera sido posible traducirla por su exacto equivalente español, o sea «a menos que se establezca». La expresión «a menos que conste» puede dar lugar a una interpretación mucho más grave en cuanto al cargo de la prueba; en el texto inglés no está muy claro: generalmente se deben probar los hechos positivos, no su inexistencia, pero en todo caso si la intención del plan esquemático fue hacer recaer el peso en el Estado de origen, éste puede valerse sin duda de presunciones y de todos los medios probatorios. En cambio, en el texto español, el cargo de la prueba va sin duda al Estado de origen y además se le exige una forma de constancia negativa, esto es, que en alguna parte figure expresamente que esa reparación no era una expectativa compartida. Esa es, al menos, una posible interpretación que, en el fondo, anularía cualquier condicionamiento y haría la reparación en la práctica siempre procedente, por imposibilidad de probar lo contrario. No es, por ende, una mera preocupación semántica la que promueve las anteriores observaciones; máxime teniendo en cuenta que algunas formas de responsabilidad estricta —las menos estrictas— acuden como técnica para obtener sus propósitos, a manera de inversión del *onus probandi*.

22. Las «expectativas compartidas» son aquellas que: a) «se han expresado en la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados o, en la medida en que no se hayan expresado de ese modo, b) pueden deducirse implícitamente de principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional» (secc. 4, párr. 4). ¿Qué naturaleza tienen estas «expectativas compartidas»? Las expectativas tienen cierta fuerza de creación de derechos. Eso cae dentro de la aplicación del principio de la buena fe, del *estoppel*, o de lo que suele llamarse en algunos sistemas jurídicos, la doctrina de los actos propios. Si una de las partes actúa en función de las expectativas creadas por la otra, podrá tener derecho más de una vez a cierta reparación en caso de que las expectativas no se cumplan por culpa de la otra parte. Hay una cierta fuerza contractual, o cuasi contractual, en esto de las expectativas. ¿Sería esa la naturaleza que el plan esquemático ha querido darle? No se puede descartar esta hipótesis, al menos si se tiene en cuenta el texto del inciso a del párrafo 4 de la sección 4, que señala en primer término buscar las expectativas compartidas en «la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados», y sólo «en la medida en que no se hayan expresado», en otras fuentes. Pero la intención parece haber sido aquí más bien la de acudir a un fondo de valoraciones comunes, ya sea a

ambas partes, ya sea a una región o, en último caso, a la comunidad internacional entera. Estas expectativas parecen querer dotar a la reparación de una base más o menos consuetudinaria, o cuasi consuetudinaria. Serían ilustrativos a este respecto algunos casos que se citan más adelante²⁹, en los que se alegó que en Europa era una expectativa normal la de que, iniciada una actividad que entraña un riesgo era obligatoria una negociación con los eventuales Estados afectados.

23. En suma, el plan esquemático persigue dos objetivos básicos: facilitar a los Estados un procedimiento para construir regímenes que reglamenten actividades que causen o puedan causar daños transfronterizos, y contemplar la situación de un daño producido cuando aún no se ha instaurado un régimen.

24. En cuanto al primer objetivo, rigen para los Estados básicamente dos tipos de obligaciones:

a) La primera es la de avisar al Estado presuntamente afectado acerca de una actividad peligrosa por el Estado de origen, de informarle de sus características en relación con el daño previsible, y de proponer las medidas para poner remedio a la situación;

b) La segunda surge en caso de que tales medidas no parezcan suficientes al Estado afectado, en cuyo caso el de origen tiene la obligación de cooperar de buena fe en el establecimiento de un procedimiento de determinación de hechos y de conciliación.

En el plan esquemático, ambas obligaciones fueron despojadas expresamente de toda tutela jurisdiccional, aunque el incumplimiento de la obligación de informar ocasiona algunas consecuencias procesales adversas.

25. Una obligación adicional existe durante el incumplimiento por el Estado de origen de las dos primeras y podría decirse con exactitud que en todo caso desde que se advierten los peligros de la actividad, mantenerla en todo momento bajo supervisión y adoptar las medidas que el Estado de origen considere necesarias y viables para proteger los intereses del Estados afectado.

26. En cuanto al segundo objetivo, parece dirigirse a crear un régimen aplicable a la reparación del daño. Su fundamento teórico es mixto: por un lado el anterior Relator Especial ha buscado asentarlos sobre las obligaciones de prevención, de tal manera que éstas —cuya inserción en la práctica de los Estados y en el derecho internacional general parece generalmente reconocida— incluyen también la obligación de reparar en caso de producido el daño. No obstante esto, también se basa la obligación de reparar en alguna forma de responsabilidad estricta, muy mitigada en su automatismo por los dos condicionantes antes mencionados: las expectativas compartidas y la negociación (véase párr. 20), en la que intervienen las cuestiones de la sección 7, de tal forma que pareciera buscarse en la determinación del daño causado por un acto específico y su compensación las fórmulas del equilibrio de intereses.

27. En cuanto a los principios, factores y cuestiones del plan esquemático, correspondería consignar en este momento los primeros, contenidos en la sección 5, debido a la gran importancia que tienen para el funcionamiento de los mecanismos cuya dinámica se trata de exponer.

²⁹ Véase nota 40 *d infra*.

a) El primer principio (párr. 1) intenta reflejar el contenido del Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)³⁰, o sea, en otros términos, asegurar que en el territorio de un Estado se ejerzan todas las actividades humanas con la mayor libertad que sea compatible con los intereses de los otros Estados. Es el principio orientador de toda la materia, el que va a autorizar y justificar la prueba del equilibrio de intereses y sobre el que se basan todos los regímenes así como todas las compensaciones sin régimen;

b) El segundo principio (párr. 2) es el de la prevención y eventualmente de la reparación ligada a la primera. El nivel de la prevención está determinado a su vez por la importancia de la actividad en cuestión y su viabilidad económica.

c) El tercer principio (párr. 3) es el de que una víctima inocente no debe soportar las consecuencias de la pérdida o daño que se le hubiere causado, sujeto ello a los condicionantes ya mencionados. También aquí interviene una forma de equilibrio de intereses según sea el reparto de los beneficios de la actividad peligrosa, los medios de que disponga el Estado de origen, las normas de aplicación en el Estado afectado y en la práctica regional e internacional.

d) Por último, existe un principio (párr. 4) comentado antes (párr. 16 *supra*) de naturaleza procesal, que

³⁰ 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, primera parte), cap. I.

otorga a un Estado afectado que no haya recibido información del Estado de origen sobre la naturaleza y efectos de una actividad, ni los medios para verificar y evaluar esa información, a utilizar ampliamente presunciones de hecho e indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad causa o puede causar una pérdida o un daño. Este principio parece destinado a reparar el desequilibrio que en cuanto a la naturaleza y efectos de la actividad existe entre el Estado de origen, con jurisdicción exclusiva sobre su territorio, y el afectado que no puede indagar sobre la actividad y sus efectos por razón de aquella exclusividad³¹.

28. ¿Cuál es el carácter de estos principios? Para el caso de la formación de regímenes, tienen un propósito orientador que facilitaría su elaboración. Pero para la hipótesis del daño causado sin régimen, parecen tener una gravitación de tipo más obligatorio. Al menos, una de las partes podrá invocarlos y sólo se renunciaría a ellos en caso de pacto en contrario de ambas. El resto del plan esquemático, aunque tiene importancia para el tema, no influye decisivamente en su funcionamiento dinámico, en todo caso su influencia parece limitarse a lo comentado en el párrafo 26 *supra*. Son los factores a tener en cuenta por las partes, los de la sección 6, las cuestiones relativas a la prevención y reparación de la sección 7 y la eventual instauración de medios de solución de controversias de la sección 8. Todo ello será analizado en posteriores desarrollos del tema.

³¹ Véase el razonamiento de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* (fondo), fallo de 9 de abril de 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 18.

CAPÍTULO III

Análisis crítico del plan esquemático

A.—Las actividades

29. En primer lugar, cabría observar que el plan esquemático considera constantemente las actividades que dan lugar a consecuencias perjudiciales, no los actos como señala el título español, tanto como el inglés, del tema. De esta manera zanja sin decirlo expresamente la brecha existente entre estas versiones y la francesa que dice, en el título del tema, que se trata de «activités». Una actividad está compuesta, si se quiere ver de esta manera, por una serie de actos. Lo que tiene sentido de peligro y se refiere a la forma genérica, o hasta en ciertos casos estadística, en que tales daños se producen, son las actividades. Estas son la materia de consideración para ser eventualmente sometidas a un régimen, no sólo los actos aislados cuya regimentación resulta más difícil. Es fácil advertir la variedad enorme de actos de diferente naturaleza que hay en una actividad de las que consideramos en este tema, como podría ser la actividad de manejar una planta del tipo de la fundición de Trail, y la cantidad y variedad de actos de distintas personas que convergen finalmente en la producción de sus humos nocivos. De modo entonces que parece acertada esta posición, que acaso mereciera en algún momento reflejarse en los títulos español e inglés del tema.

30. Las actividades del proyecto son aquellas «que causen o puedan causar» un daño transfronterizo (secc. 1.1), o sea, actividades que entrañan un riesgo pero sin que se especifique qué clase de riesgo es el que las caracteriza. Se ha visto más arriba (párr. 13, *in fine*) que según el riesgo que producen, se pueden concebir varios tipos de actividades. Zemanek distingue entre las que producen daño sólo en caso de accidente y las que producen permanentemente la emisión de materias nocivas³². A su vez, Gunther Handl excluye un tipo de

³² Zemanek, considera que:

«Para este tipo de responsabilidad se utiliza frecuentemente la expresión “responsabilidad por riesgo”. Sin embargo, el término no es conveniente en el presente contexto porque debe aplicarse a dos situaciones de las cuales solamente una entraña en realidad un elemento de riesgo:

»a) la actividad que entraña un riesgo propiamente dicha; en este caso, la actividad no causa daños en su curso normal pero sí puede causarlos en caso de accidente. Lo que se teme es la dimensión del daño y esa es la razón por la cual sólo se autoriza esa actividad con la condición de que se indemnice cualquier daño eventual;

»b) La emisión permanente de materias nocivas: en este caso las sociedades parecen aceptar cierto grado de contaminación (que a menudo el ser humano no percibe con claridad) pero, si se sobrepasa el límite fijado, sea por un accidente o sea por un cambio de la norma tecnológica, hay que indemnizar el perjuicio resultante.

(Continúa en la página siguiente.)

las actividades de la segunda categoría del alcance de este tema: aquellas en que el Estado de origen, por tratarse de emisiones constantes y perfectamente previsibles, tiene o debiera tener conocimiento del daño transnacional significativo que cause y capacidad para impedirlo. En tal caso se estaría ante un hecho ilícito internacional³³. Ambos autores admiten la existencia de un mínimo de daño, o umbral, que la costumbre ya formada haría soportar al Estado afectado, pero Handl subraya que si existe por lo menos el conocimiento del riesgo de superar ese umbral y la capacidad de impedirlo por parte del Estado de origen, se estaría, como se ha visto, ante la responsabilidad por hechos ilícitos. Lo cual puede ser cierto en los casos en que se ha prohibido el daño sustantivo en cuestión. Pero cabe aquí la observación en el sentido de que aun en estos casos de «emisión permanente de materias nocivas», como los califica Zemanek, cabría la posibilidad de accidente y la responsabilidad que actuaría sería la causal, como queda demostrado en el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*³⁴, donde el tribunal arbitral estableció ciertos

(Continuación de la nota 32.)

»Proponemos emplear el término “responsabilidad absoluta” para abarcar los dos casos. Esta expresión implica al mismo tiempo que la responsabilidad no es consecuencia de un delito.» [Op. cit. (nota 18 *supra*), pág. 17.]

³³ Handl dice:

«[...] Naturalmente, la cuestión fundamental se refiere a determinar cuándo debe considerarse intencionalmente ilícita la conducta de un Estado que en sí es lícita porque en sí constituye la expresión del ejercicio legítimo del derecho soberano pero causa efectos transfronterizos perjudiciales. [...] No cabe duda de que los Estados están sujetos a la obligación general de abstenerse de causar daños transfronterizos. Sin embargo, esta obligación no significa que los Estados afectados gocen de una protección absoluta respecto de la perturbación transfronteriza del medio ambiente. La práctica internacional indica con claridad que sólo constituirá una transgresión de los derechos del Estado afectado el daño transnacional “sustancial”, “importante” o con una calificación similar. La evaluación *ex post facto* del carácter “sustancial” de los efectos transnacionales nocivos sirve pues solamente para determinar si de resultados de la utilización por un Estado de recursos naturales compartidos, en sí permisible, se han transgredido los derechos de otro. En todo caso, la constatación de tal transgresión no permite asimismo calificar de internacionalmente ilícita a la conducta que causa el perjuicio.»

Sin embargo, a renglón seguido llega a este importante concepto:

«En cambio, la naturaleza de la contaminación transfronteriza puede dar lugar a una conclusión en este sentido. Si la contaminación es continua, es probable que el Estado fuente sepa o quepa presumir que sabe que hay una corriente transfronteriza de contaminantes. Esta presunción será cada vez mayor a medida que los Estados comiencen a establecer normas de calidad ambiental para la protección de la salud y el bienestar humano y de los recursos naturales. Las normas de esa índole entrañarían la necesidad de vigilar cuidadosamente las concentraciones de contaminantes en el medio ambiente y las formas en que se dispersan; en consecuencia, los Estados necesariamente cobrarán más conciencia de las corrientes transfronterizas importantes de sustancias contaminantes. Así pues, cuando los Estados descarguen intencionalmente contaminantes sabiendo que esa descarga necesariamente causará efectos perjudiciales en el ámbito transnacional, o con la certeza de que los causará, evidentemente el Estado fuente será responsable del daño que se cause. La conducta causal será calificada de internacionalmente ilícita. La mayoría de los casos de efectos ambientales transfronterizos nocivos entrañan una contaminación transfronteriza continua. En consecuencia, la mayor parte de estas situaciones se refieren principalmente a cuestiones de responsabilidad del Estado.»

(G. Handl, «Liability as an obligation established by a primary rule of international law: Some basic reflections on the International Law Commission's work», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haya, vol. XVI, págs. 56 a 59.)

³⁴ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

cánones y requisitos tendientes a evitar la producción de un nivel sustancial de daño, pero en cuyo régimen se prevé, no obstante, la indemnización para el caso de que por accidente —aunque se cumplan con los requisitos de prevención impuestos— el daño se produzca.

31. En suma, si una actividad no ha sido prohibida, aun cuando sea peligrosa y susceptible de ser prohibida en el futuro, estaría en el terreno del tema. Solamente a esta frontera móvil de actividades en tránsito hacia la prohibición puede aplicárseles el calificativo de «zona crepuscular», no al resto de su alcance, porque es claro que dentro del presente tema habrá actividades que, aunque causen daño significativo, serán permitidas porque la evaluación de los intereses contrapuestos así lo indique y el fiel de la balanza se incline en favor de la continuación de la actividad no obstante sus riesgos y sus daños compensables.

32. A estos dos tipos de actividades, en las que la previsibilidad del riesgo o el daño potencial es genérica, cabría agregar las otras en que el daño es imprevisible. Tal sería el caso de exención de ilicitud por las causales de los artículos 31 (Fuerza mayor y caso fortuito), 32 (Peligro extremo) y 33 (Estado de necesidad), todas de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados³⁵. El artículo 35 establece que «La exclusión de la ilicitud de un hecho de un Estado en virtud de las disposiciones de los artículos 29, 31, 32 ó 33 no prejuzgará ninguna cuestión que pueda surgir con relación a la indemnización de los daños causados por ese hecho.» Esta reserva se completaría así en el presente, donde habría una obligación de indemnizar establecida por el principio del párrafo 3 de la sección 4, sujeta por cierto a las condiciones ya invocadas (expectativas compartidas, negociaciones).

33. Por cierto que las actividades y casos comprendidos son heterogéneos, pero eso no atenta contra la unidad del tema, que está dada por el daño, y por lo demás cabe aquí señalar la reflexión que en todos los sistemas jurídicos aparecen mezcladas, la responsabilidad por acto ilícito con la por riesgo, desde que esta última suele complementar adecuadamente a la primera³⁶.

B.—Las obligaciones

34. El análisis parece mostrar que las obligaciones «hacia» el régimen son de dos tipos: de informar y de negociar.

35. La primera obligación que surge es la de informar al Estado eventualmente afectado de que una actividad se ha iniciado, o va a iniciarse en su territorio, que se considera peligrosa, y proporcionarle todos los datos necesarios en cuanto a las características de esa actividad, de los riesgos que crea y del tipo de daño que puede causar, para que el Estado potencialmente afectado haga una evaluación propia de la situación. La misma obligación surge para el Estado de origen si el Estado potencialmente afectado le llama la atención hacia una

³⁵ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

³⁶ Según Handl: «Esta expectativa [de homogeneidad del contenido del tema] parecería sin embargo poco razonable habida cuenta de que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos coexisten casos de responsabilidad estricta o de responsabilidad sin culpa cuyo fundamento no puede reducirse necesariamente a un denominador común.» [Loc. cit. (nota 33 *supra*), pág. 63.]

de estas actividades ya iniciada o que esté por iniciarse en territorio del Estado de origen. Esta obligación parece tener dos tipos distintos de finalidad: una es la general de cooperar con el Estado afectado en estas circunstancias. Pero no hay que olvidar cuáles son estas circunstancias, o sea la existencia de un riesgo y por consiguiente de un daño contingente para el Estado afectado. Por lo demás, según el régimen que fija el plan esquemático, de un daño del cual, en principio, sería responsable el Estado de origen, puesto que también en principio la víctima inocente no va a quedarse con él. He aquí, entonces, la otra finalidad: prevenir y evitar un daño que sería atribuible al Estado de origen, lo que da mayor fuerza a la obligación que el mero deber más o menos general de cooperar.

36. La violación de esta obligación autoriza, y ello parece ser una natural contraparte, al Estado afectado para acudir a medios que de otra manera le serían vedados para probar el carácter peligroso de la actividad (secc. 5, párr. 4) y —cabe también añadir aunque no lo diga expresamente el esquema— también acaso para presumir, salvo prueba en contrario, la relación de causalidad entre la actividad y el daño, en el caso de que éste se produjera antes de acordarse ningún régimen. La primera hipótesis contempla la situación en que, no obstante la negativa inicial, se ha llegado a constituir un mecanismo de determinación de hechos, y parece reflejar adecuadamente el razonamiento de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*³⁷, ya que la Corte, al rechazar la posibilidad de que el Reino Unido buscara pruebas en territorio albanés, recurrió a presunciones respecto al conocimiento del Gobierno de Albania de la existencia del campo minado. De hecho, ¿qué otra posibilidad cabe frente a la exclusividad de la soberanía territorial? Lo dicho anteriormente, entonces, da pie para considerar a esta obligación de informar como parte de las obligaciones de prevención.

37. Las otras obligaciones parecen ser todas partes de la obligación de negociar. ¿De negociar qué? En general, de negociar un régimen que tenga por objeto prevenir, minimizar y eventualmente indemnizar los daños resultantes de la actividad de que se trate. En efecto, en el párrafo 1 de la sección 2 se plantea la proposición de medidas para poner remedio a la situación, como anexo de la obligación de informar. Sin perjuicio de que, si efectivamente el Estado de origen se propone tomar medidas preventivas respecto a esta actividad, deba informar de ellas al Estado afectado, resulta enteramente obvio que si le informa sobre los peligros de una actividad nueva, deba también proponer medidas que prevengan, minimicen o tiendan a indemnizar el daño eventual. Distinto sería el caso de ser el Estado afectado quien señale la peligrosidad de una actividad que el de origen no considera del mismo modo. En tales circunstancias, no hay todavía obligación de proponer medidas, porque no hay todavía acuerdo en cuanto a los hechos. Pero es claro que tiene obligación de informar al Estado afectado sobre las características de la actividad para que de ella surja o no su eventual carácter peligroso. En la primera situación comentada, habría obligación de proponer medidas de prevención, y ésta se enlaza con la obligación de negociar un régimen, desde que tales medidas son el primer paso de cualquier negociación.

38. Pero esta obligación general de negociar un régimen, en realidad da por sentado un acuerdo previo de las partes en relación con los hechos que rodean la actividad en cuestión, y también es lógico que sea así. La obligación de negociar debe partir de alguna base común, y si las partes no están de acuerdo con que la actividad sea, en efecto peligrosa, será necesario establecer ese hecho en sus exactos alcances. De allí que el plan esquemático prevea que, si las medidas propuestas parecen insuficientes al Estado afectado, se establezca un mecanismo de determinación de hechos. Cabría agregar que idéntica medida debería tomarse en caso de que el Estado de origen discrepe en cuanto a la calidad de peligrosa de la actividad cuestionada. En ambos casos, la obligación inicial de proponer medidas se transforma en otra de negociar la creación del mecanismo de determinación de hechos y conciliación. Por ende, no puede decirse que estas dos primeras obligaciones instauradas por la sección 2 queden sin consecuencia alguna en caso de incumplimiento; la de informar acarrea una consecuencia procesal adversa al Estado de origen, y la segunda se transforma en otra obligación específica, como es la relativa al establecimiento del mecanismo.

39. La obligación de informar, sin embargo, no es sólo «hacia» la creación de un régimen, sino también «hacia» la reparación, o tiene que ver con la reparación de un daño efectivamente causado. Parece obvio que si, como consecuencia de una actividad realizada en un Estado, sobre cuya peligrosidad éste omitió toda información a los posibles afectados, surge un daño, esto colócale al Estado de origen en una situación muy desfavorable, no sólo del punto de vista procesal (atribución causal presuntiva del daño a la actividad) sino también que se considere su acto como un acto ilícito, que dé lugar a todas las consecuencias que de tales actos se derivan. Si, por ejemplo, los Estados Unidos de América no hubieran emitido las advertencias, ni hubieran tomado todas las medidas de precaución que tomaron antes de iniciar sus experimentos nucleares, poca duda podría haber que en tales circunstancias el episodio del *Fukuryu Maru* (1954)³⁸ hubiera tenido muy distinta connotación de la que tuvo. Despojar, entonces, como se hace en el párrafo 8 de la sección 2, de toda tutela jurisdiccional a esta obligación, sobre todo en lo relativo a la producción de un daño, resulta poco feliz. Cabrían aquí, como también en cuanto a la obligación de negociar un mecanismo de determinación de hechos, tres posibilidades. La primera, dejar las cosas como están con miras a obtener un consenso más fácil de los Estados, de forma que no tengan la dificultad de ingresar en un régimen que les pone, de entrada, obligaciones con consecuencias gravosas. La segunda, incorporar dichas consecuencias expresamente dentro del proyecto, y la última, suprimir lisa y llanamente del párrafo 8 de la sección 2 la frase relativa a la falta de tutela jurisdiccional.

40. Para facilitar el pronunciamiento de la Comisión respecto a estas tres posibles vías, conviene recordar ahora la naturaleza de la obligación de negociar, desde que podría pensarse que se trata de una obligación incompleta, o de la así llamada *soft law*, y parecer entonces natural que quede sin consecuencia su incumplimiento. Este tema fue estudiado por la Comisión en los primeros informes relativos al tópico de los cursos de

³⁷ Véase nota 31 *supra*.

³⁸ Véase M. M. Whiteman, ed., *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1967, vol. 8, pág. 764.

agua internacionales, y no cabe agregar mucho a lo que allí se dijo³⁹. Surge de todo lo analizado que la obligación de negociar está bien establecida en el derecho internacional para resolver conflictos de intereses, y es particularmente así en los examinados aquí, donde ella se relaciona con la prevención de un daño del que es eventualmente responsable una de las partes en la negociación. La interdicción general de causar un daño a otro, contenida en la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* puede aquí tener el efecto de reforzar la obligatoriedad de la negociación como mecanismo necesario que es para el cumplimiento de aquel principio de derecho⁴⁰. En realidad, la obligación de negociar no pa-

³⁹ Véase en particular el primer informe del Sr. Schwebel sobre ese tema: *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), págs. 168 y 169, documento A/CN.4/320, párrs. 86 y 87.

⁴⁰ Debe mencionarse al respecto el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, así como:

a) Las disposiciones de numerosos tratados multilaterales donde esta obligación se impone repetidamente, en especial el artículo 5 de la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia (E/ECE/1010), el artículo 142 (párr. 2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 (véase nota 5 *supra*), el artículo III del Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 970, pág. 254), el artículo 12 del Convenio para la protección y el desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe [*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. XXII, N.º 2, 1983, pág. 227];

b) Las disposiciones de numerosos tratados bilaterales tales como el artículo II (párr. 1) y los artículos IV y V del Acuerdo de 1975 entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo al intercambio de información sobre actividades de modificación meteorológica (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 977, pág. 385), los artículos 30 y 31 del Acuerdo entre Dinamarca y Alemania sobre aguas y diques fronterizos, de 1922 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. X, pág. 200), el artículo 3 del Convenio General entre Rumania y Yugoslavia relativo al sistema hidráulico, de 1931 (*ibid.*, vol. CXXXV, pág. 31), el artículo 14 del Convenio entre Noruega y Suecia relativo a algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de los cursos de agua, de 1929 (*ibid.*, vol. CXX, pág. 263);

c) Ciertas conocidas decisiones judiciales, tales como la opinión consultiva de la CPJI, de 15 de octubre de 1931, en el asunto del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, donde se da una primera definición de la obligación de negociar como «no sólo de entrar en negociaciones sino de continuarlas todo lo posible con miras a concluir acuerdos» (*C.P.J.I. serie A/B, N.º 42*, pág. 116); la sentencia de la CIJ, de 20 de febrero de 1969, en el asunto de la *Plataforma continental del mar del Norte (C.I.J. Recueil 1969, pág. 3)* y la de 25 de junio de 1974, en el asunto de la *Jurisdicción sobre pesquería (Reino Unido c. Islandia) (C.I.J. Recueil 1974, pág. 3)*; la sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957 en el asunto del *Lago Lanós* (Naciones Unidas, *Recueil des sentencias arbitrales*, vol. XII (N.º de venta: 63.V.3), pág. 281); véase también *Anuario...* 1974, vol. II (segunda parte), págs. 206 y ss., documento A/5409, párrs. 1055 a 1068;

d) La práctica de los Estados ofrece también ejemplos de interés en el mismo sentido que los mencionados anteriormente. Se ha hecho alusión a algunos casos (párr. 22 *supra, in fine*), de los cuales uno concierne a la instalación de una central nuclear para la producción de electricidad en Dukovany, Checoslovaquia, a 35 kilómetros de la frontera de Austria. El gobierno checoslovaco aceptó entrar en conversaciones con el gobierno austríaco respecto a la seguridad de la planta. Otro caso se refiere a otra instalación de una central nuclear en Rütli, Suiza, en el Alto Valle del río Rin, cerca de la frontera de Austria. A raíz de objeciones por parte del gobierno austríaco, se abrieron negociaciones entre ambos países con el resultado de que el gobierno suizo hizo una entera reevaluación de todo el proyecto. Un tercer caso se refiere a una refinería en Bélgica, cerca de la frontera de Holanda. Este último país interpuso objeciones e hizo notar que era un principio aceptado en Europa que antes de iniciar cualquier actividad que pudiera causar daños a los Estados vecinos, el Estado de origen debía negociar con aquellos. En este caso el Parlamento belga expresó una preocupación análoga al preguntar a su Gobierno cómo se proponía resolver el problema. (Para mayores detalles respecto de

rece tanto una obligación incompleta cuanto una cuyo incumplimiento no es siempre fácil de determinar. En ayuda viene ahora la decisión arbitral en el asunto del *Lago Lanós* (1957), en que se expresan dos conceptos aplicables al desarrollo que se intenta:

[...] Así se hace referencia, a menudo en forma inexacta, a la «obligación de negociar un acuerdo». En realidad, las obligaciones que en esta forma contraen los Estados revisten formas muy diversas y su alcance varía según la manera en que estén definidas y según los procedimientos previstos para hacerlas valer; sin embargo, es indudable que las obligaciones así contraídas son reales y que cabe aplicar sanciones en caso, por ejemplo, de una ruptura injustificada de las negociaciones, demora anormal, incumplimiento de procedimientos convenidos, negativa sistemática de tener en cuenta propuestas o intereses adversos y, más en general, en casos de violación de los principios de buena fe [...]»⁴¹.

Del párrafo transcrito, los dos conceptos que interesan son: a) que se trata incontestablemente de una real obligación, y b) ejemplos de cómo esa obligación puede ser violada.

41. Volviendo ahora a las tres posibilidades que se presentan en relación con la obligación de negociar el presente proyecto caben las siguientes reflexiones:

a) Si es obligación negociar, como se ha concluido en los párrafos anteriores, cabe pensar que normalmente su incumplimiento por un Estado podría acarrear alguna consecuencia adversa. Por ejemplo, el Estado afectado podría muy bien dejar de cumplir alguna obligación que le incumbiera en otro tratado, uno cuyas prestaciones fueran particularmente convenientes para el Estado de origen, a manera de represalia. Esto es posible si se tiene en cuenta el artículo 73 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969⁴². Si dejamos el texto tal cual es, acaso estaríamos prohibiendo al Estado afectado esta posibilidad que le da el derecho internacional general. Parece un poco peligroso este despojo de toda tutela jurisdiccional que se hace en el proyecto, y estos argumentos militarían en contra de la primera posibilidad, o sea de dejar las cosas como están.

b) ¿Debería la Comisión incluir una sanción en el proyecto? El Relator Especial estima que si estos artículos se transforman alguna vez en un tratado, los Estados partes tendrían a su disposición los recursos del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. Añadir algo más a ese régimen no parece muy práctico.

c) La mejor vía a seguir parece ser la de suprimir la primera frase en el párrafo 8 de la sección 2 y en el párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático. Ya se verá más adelante qué sucede con la segunda frase de ambos artículos.

C.—El daño producido sin régimen convencional

42. La sección 4 del plan esquemático ha suscitado los más difíciles debates en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como en la doctrina, puesto

estos casos y de los anteriores, véase el estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, preparado por la Secretaría: *Anuario...* 1985, vol. II (primera parte)/Add.1, documento A/CN.4/384, párrs. 97 a 113.)

⁴¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentencias arbitrales*, vol. XII..., págs. 306 y 307, párr. 11.

⁴² Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1969 (N.º de venta: S.71.V.4), pág. 151.

que contempla la situación en que, en ausencia de un régimen que establezca convencionalmente los derechos de las partes, se produzca, como consecuencia de una actividad realizada en el territorio o bajo el control de un Estado, un daño a personas o cosas situadas en territorio de otro Estado. Adelantándose, por razones de buena exposición, al comentario de la sección 5, cabe apuntar aquí que el plan esquemático establece el principio de que «no se debe hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado» (párr. 3) pero eso, naturalmente, «cuando ello sea compatible con los artículos anteriores». Se ha visto (párrs. 20 a 22 *supra*) que el sistema seguido supone subordinar la reparación a dos importantes condicionantes: *a*) el de las expectativas compartidas, y *b*) la negociación misma, donde interviene eventualmente una consideración de diferentes factores.

43. Obviamente, el objeto de estas disposiciones es el de crear amortiguadores entre el daño causado y la responsabilidad absoluta del Estado de origen, de forma tal que no entre en juego el mecanismo automático propio de esta responsabilidad. Tal es sin duda una de las mayores contribuciones del plan esquemático en dirección a allanar las dificultades que se erigían en sectores de esta Comisión y también entre los Estados en general, con respecto al eventual funcionamiento, en el plano internacional, de la responsabilidad estricta sin un convenio respecto a una actividad determinada. Ya se ha visto (párr. 20 *supra*) qué es lo que las partes negociarían. A esto podría agregarse lo dicho en el cuarto informe del anterior Relator Especial al comentar opiniones de Caubet:

[...] A falta de una estipulación explícita en un régimen aplicable, siempre debe haber margen para evaluar cuestiones tales como la forma en que debe caracterizarse una pérdida o daño, y para decidir si ese tipo de pérdida o daño era previsible, si la pérdida o daño es considerable; y si la cuantía de la reparación se ve afectada por alguna cuestión de distribución de la misma, o por un cambio de las circunstancias prevalecientes cuando se llevó a cabo la actividad que originó la pérdida o el daño [...]⁴³.

Esta etapa negociadora hace decir a Handl que se está en presencia de un «negotiable duty», o sea un deber negociable par el Estado de origen, y que «la probabilidad de aceptación» —del proyecto por parte de los Estados en general— «está dada al precio de una significativa disolución del contenido normativo de la responsabilidad»⁴⁴.

44. Queda por ver si es un precio necesario, y eso sólo el tiempo lo dirá. Por el momento, la negociación es un paso inevitable si no existe un mecanismo de solución de controversias en el mismo proyecto. ¿De qué otro modo se podrán adecuar los derechos de las partes a los principios establecidos en la sección 5? Luego, tratándose de una actividad sobre la cual no hay un régimen, y por ende donde es menester aplicar principios generales, ¿cómo determinar la cuantía de la indemnización en vista de alguna eventual distribución de costos si ha habido medidas preventivas, y demás factores que se mencionaron u otros que figuran en la sección 6? ¿Cómo determinar si el daño es sensible, o significativo, o apreciable, o como se lo quiera llamar, y por ello ha traspasado ese

umbral de tolerancia que la costumbre parece haber impuesto en esta materia?

45. El párrafo 1 *in fine* de la sección 4 dice que «los Estados interesados negociarán de buena fe para lograr ese fin», o sea, para determinar los derechos y obligaciones de las partes. El significado de esto parece ser el establecimiento de una nueva obligación de negociar, pero esta vez no «hacia» un régimen, sino «hacia» la reparación del daño causado. Se debe advertir que esta obligación de negociar no está desprovista de tutela jurisdiccional, como lo estaba la de negociar un mecanismo de determinación de hechos o un régimen como se estipula en la sección 3.

46. En cuanto a la responsabilidad «estricta», los anteriores informes dirigen considerable esfuerzo, en primer término y como se ha visto, a amortiguar sus efectos, y luego también a considerarla sólo como uno de los varios factores que fundamentan en derecho la reparación que eventualmente se otorgue, en casos de daños sin régimen convencional previo. En efecto, se ha visto que la obligación de reparar se apoyaba en la obligación de prevención, que se consideraba sustentada en el derecho internacional. La obligación de reparar no es otra cosa en suma que «la prevención tras el acaecimiento»⁴⁵. También, si bien se mira, este recurso a las «expectativas compartidas» puede interpretarse como la tentativa de dar un segundo pie a la obligación de reparar, amén naturalmente de la función ya asignada de condicionante del automatismo de la responsabilidad estricta. Este segundo pie estaría constituido, acaso, por la naturaleza «casi» contractual de dichas expectativas, cuando surgen de intercambios entre las partes testimonio de áreas de acuerdos imperfectos entre ellas, o bien de la índole «casi» consuetudinaria si se permite expresión tan heterodoxa, cuando las expectativas en cuestión deriven de «principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional», como dice el inciso *b* del párrafo 4 de la sección 4.

47. Pero aun admitiendo lo anterior, el tercer pie no puede dejar de ser la responsabilidad estricta. Así, el anterior Relator Especial señala en su tercer informe :

Al final, cuando se han dejado a un lado todas las oportunidades de construcción de un régimen, o subsidiariamente, cuando se ha producido una pérdida o un daño que nadie hubiera previsto, existe el compromiso, del género de la responsabilidad causal, de compensar la pérdida.[...]⁴⁶.

Se llega, entonces, al debatido tema de la responsabilidad estricta.

48. Una primera consideración que surge al respecto es que esta responsabilidad no es monolítica: su funcionamiento dista mucho de ser uniforme, o si se quiere ver de otra manera, hay varios grados de rigor en este campo. A tal punto que, a modo de ver del Relator Especial, cabría hablar de «formas» de responsabilidad estricta. En el derecho anglosajón, Goldie hace notar diferencias entre «responsabilidad estricta» («strict

⁴³ Documento A/CN.4/373 (véase nota 2 *supra*), párr. 54.

⁴⁴ Handl, *loc. cit.* (nota 33 *supra*), pág. 72.

⁴⁵ Véanse párr. 6 y nota 14 *supra*.

⁴⁶ Documento A/CN.4/360 (véase nota 2 *supra*), párr. 41.

liability») y «responsabilidad absoluta» («absolute liability»), según la rigidez con que se apliquen una y otra⁴⁷.

49. En cuanto al derecho internacional, Goldie hace ver la diferencia, en el sentido comentado, de convenciones tales como las relativas a la energía nuclear, en las que se incorporó el novedoso recurso de «encauzamiento» que «para imputar la responsabilidad se remonta hasta el operador nuclear, con prescindencia de cuán larga sea la cadena causal o de cuán nuevos sean los factores que hayan intervenido en el proceso (salvo un pequeño número de circunstancias eximentes)»⁴⁸. Las excepciones a la responsabilidad son en este terreno muy escasas, tal como sucede en el artículo 9 del Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 1960, modificado por el protocolo adicional de 1964⁴⁹, en el que las únicas causales para exonerar al operador nuclear son:

[...] disturbios de carácter internacional como un conflicto armado o una invasión, de carácter político, como una guerra civil o la insurrección, o desastres naturales graves de carácter excepcional que sean catastróficos y absolutamente imprevisibles, habida cuenta de que todas esas causales son de la responsabilidad de la nación en su conjunto. [...]»⁵⁰.

No serían, entonces, de aplicación causales tan clásicas como muchos casos de fuerza mayor, actos dolosos, hechos de Dios o actos de terceras personas. Incluso la conducta negligente del demandante no alcanza para exculpar completamente al operador nuclear⁵¹.

50. Goldie cita otros tratados donde se establecen formas de responsabilidad absoluta en el artículo aquí comentado y en el que los miembros de la Comisión encontrarán una mayor ilustración en este aspecto⁵². Por ejemplo, el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales⁵³ (donde la severidad es menor, puesto que no funcionaría el

«encauzamiento» de la responsabilidad, y el Estado demandante debería probar la conexión causal). También en el terreno de la contaminación marítima, existen diferentes grados de rigor en la apreciación de la responsabilidad, yendo de menor a mayor según el transcurso del tiempo: el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, hecho en Bruselas en 1969⁵⁴, ya se apartó de la opinión del Comité Marítimo Internacional, cuyo proyecto de convención se basaba en la culpa y en la inversión del *onus probandi*. En Bruselas, entonces, se impuso un régimen, que se podría llamar de «responsabilidad absoluta», en el artículo III del Convenio. Esto se completó con la creación, en 1971, de un Fondo de indemnización que provea indemnizaciones adicionales, con causas de excepción para el Fondo aún más reducidas (véase párr. 59 *infra*). Por último, la Conferencia internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños derivados del transporte marítimo de ciertas sustancias, reunida en Londres en 1984 bajo los auspicios de la OMI, adoptó dos Protocolos —uno modificando el Convenio de Bruselas de 1969, y el otro modificando el Convenio de 1971 sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización— que aumentaban las cantidades pagaderas⁵⁵.

51. La responsabilidad por riesgo, o estricta, no es sino una técnica que el derecho aplica para obtener un resultado, o si se prefiere, entre la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional no median sino diferentes grados de prohibición, como se ha señalado. Para conseguir la finalidad de impedir ciertos hechos, o bien indemnizarlos si se producen, se pueden concebir distintos tipos de recursos, que conducirán a regímenes más o menos rigurosos según sea la valoración general de la comunidad al respecto. Es obvio que en los ejemplos del párrafo anterior, la comunidad internacional, y los Estados que ingresaron en esos regímenes convencionales, albergaban sentimientos fuertes respecto al riesgo que creaban, y el resultado fue una responsabilidad que Goldie prefiere llamar «absoluta» más bien que «estricta». Pero lo cierto parece ser que no hay una división tajante entre ambos tipos, sino muchos matices de rigurosidad, desde el «encauzamiento» y la casi ausencia de excepciones hasta formas más benignas, como podría ser la simple inversión de la carga de la prueba o el establecimiento de algunas presunciones que operarían en favor del demandante⁵⁶. De más está

⁴⁷ Goldie dice:

«Si bien es cierto que en obras más antiguas estos calificativos [estricta y absoluta] se usaban en forma intercambiable para describir la responsabilidad, dejó de ser así en la práctica después de la publicación, hace casi sesenta años, del importante artículo de Sir Percy Winfield, "The Myth of Absolute Liability".

»Sir Percy Winfield aducía, en forma tan persuasiva que sus argumentos siguen siendo influyentes, que la circunstancia eximente establecida por los tribunales para mitigar el carácter estricto de la responsabilidad del demandado en el caso *Rylands c. Fletcher* (y los que se presentaron luego en jurisdicciones en que se reconocía la doctrina alternativa de las actividades ultrapeligrosas) desvirtuaba casi por completo el adjetivo "absoluta"; por ello, en el *common law* se ha optado por la expresión "responsabilidad estricta". En cambio, en el presente artículo se ha revivido el término "responsabilidad absoluta" no porque se hace caso omiso de los importantes argumentos de Sir Percy Winfield sino para indicar que existe ahora, especialmente en el ámbito internacional, una forma más rigurosa de responsabilidad que aquella que generalmente se califica de "estricta".»

[«Concepts of strict and absolute liability...», *loc. cit.* (nota 10 *supra*), pág. 194.]

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 196.

⁴⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 956, págs. 251 y 363.

⁵⁰ Véase *Annuaire européen*, vol. VIII. La Haya, 1961, pág. 248, «Exposé des motifs», párr. 48; citado por Goldie, *loc. cit.* (nota 10 *supra*), pág. 196.

⁵¹ Goldie, *loc. cit.*, pág. 197.

⁵² *Ibid.*, págs. 193 a 204.

⁵³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 961, pág. 212.

⁵⁴ *Ibid.*, vol. 973, pág. 47.

⁵⁵ Goldie, *loc. cit.*, págs. 202 a 204. La Conferencia de Londres también tuvo ante sí un proyecto de convenio sobre la responsabilidad e indemnización relativas al transporte marítimo de sustancias nocivas y de sustancias potencialmente peligrosas, que de manera aún más significativa extiende la responsabilidad a otras sustancias peligrosas. Véase el Acta final de la Conferencia, a la que se adjuntan los textos de los documentos y resoluciones aprobados (publicación de la OMI, N.º de venta: 456 85.15.S). El proyecto de convenio distribuido por la OMI con la signatura LEG/CONF.6/3, se publicó en inglés en *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 23, N.º 1, enero de 1984, pág. 150.

⁵⁶ Por ejemplo, el Código Civil argentino contempla varias gradaciones en este sentido. En la responsabilidad por los dependientes, cuyo fundamento se considera el riesgo:

[...] si se demuestra que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, no habrá lugar a indemnización; si se prueba que medió culpa concurrente, la indemnización será parcial. Estas soluciones

decir que estas formas de responsabilidad absoluta, tan severas en la asignación de las consecuencias al Estado de origen, sólo cabrían en convenciones sobre actividades determinadas y muy peligrosas, pero no en un régimen general como el que se considera. Naturalmente que si los Estados celebran, en el marco de estos artículos, convenciones particulares respecto a ciertas actividades, elegirán la responsabilidad que crean más adecuada a su riesgo, o a sus características. Pero si se trata de la prevención o reparación de un daño sin que haya un régimen previo, como es lo que aquí se considera, entonces la responsabilidad deberá ser de las menos estrictas, o condicionada. Tal parece la intención del plan esquemático que desemboca en un régimen de responsabilidad no muy estricta y sujeta a las condiciones ya vistas, que parecen adecuadas con algunas modificaciones.

52. Como se indicó antes, la responsabilidad por riesgo, o estricta, ha despertado algunas fuertes oposiciones de parte de algunos miembros de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General, porque se ha dicho, acaso acertadamente, que no hay ninguna norma del derecho internacional general que la establezca. Ello es, desde luego, posible si se piensa en una norma perteneciente a un nivel bajo de generalidad, de aplicación específica a un caso. Pero existen todos los elementos necesarios para proponerla casi como una consecuencia que deriva de premisas comprobables por la fuerza misma de la lógica. Esas premisas se encuentran en la base del orden jurídico internacional. En efecto, no necesita demostrarse que la noción de soberanía está en esa base: a esta noción se debe acudir si se quiere fundamentar el derecho innegable de todo Estado a no soportar perturbaciones en el uso y goce de su territorio. Desde un punto de vista teórico, un Estado no tendría obligación alguna de que dicho uso y goce se viera perturbado en lo más mínimo por la acción de otro Estado, o de perso-

no son incompatibles con la teoría del riesgo creado, porque demostrada la culpa de la víctima queda también demostrado que la actividad peligrosa no es la única causa del accidente, y habiendo concausa, el daño debe distribuirse teniendo en consideración dicha circunstancia.» (G. A. Borda, *Manual de obligaciones*, 4.ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1970, pág. 484.)

En cambio, la responsabilidad de los dueños de hoteles, casas de hospedaje y establecimientos análogos, así como la de los capitanes de barcos y agentes de transportes por los daños causados a los bienes de los que respectivamente habitan en aquellas casas o son confiados al transporte, o la resultante de cosas arrojadas de una casa, obedecen a un régimen más estricto, desde que por virtud del artículo 1118 del Código Civil, los responsables no se eximen «aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño».

En la responsabilidad por daños causados por animales, los matices son variados. Aquí también se considera que la responsabilidad es por el riesgo creado no obstante que, según la teoría clásica, ella debía fundamentarse en la culpa *in vigilando*, ya que frecuentemente no podrá encontrarse culpa alguna en el responsable (Borda, *op. cit.*, pág. 500). Las causales de exención son: a) si el animal hubiera sido excitado por un tercero (art. 1125); b) si se hubiera soltado o extrañado sin culpa del guardián (art. 1127), se entiende, por culpa de un tercero solamente; c) fuerza mayor o culpa de la víctima (art. 1128). Si se trata de un animal feroz (art. 1129) en cambio, no rige la eximente de fuerza mayor ni la falta de culpa del guardián. Tal vez sí exima la culpa de la propia víctima.

En los daños causados con las cosas —modificado el artículo 1113 y concordantes del Código Civil por la ley 17.711 de 1968— se hace una distinción según que la cosa haya o no tenido vicio o riesgo: si no concurren estas circunstancias, el dueño o guardián se eximen demostrando que no han tenido culpa; si concurren, sólo acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por el que no se responde (*ibid.*, pág. 505).

nas, en el territorio de ese otro Estado. Tal es el principio en su estado más puro.

53. La otra cara de la moneda, y con base también en el mismo principio de soberanía territorial, está dada por el alegado derecho de un Estado a realizar o autorizar cualquier acción en su territorio sin parar mientes en las consecuencias para el territorio de otros Estados. Ambas premisas surgen de la idea de soberanía, y ninguna de ellas es válida si se la formula de esa manera. Es bien sabido que la soberanía es, como el dios Jano, bifronte. Ello es así como resultado de la contradicción interna que sufre: no se es, en realidad, soberano cuando se tiene que coexistir con otras entidades iguales. La idea de soberanía es incompatible con la de multiplicidad, ya que soberano puede ser uno solo, y no uno en un conjunto de iguales. La soberanía concebida en forma absoluta existiría en un imperio universal y no en una comunidad de naciones como la presente. Ambos conceptos son incompatibles con el derecho internacional y con la mera coexistencia fáctica entre iguales. Así, entonces, el concepto de la libertad absoluta de obrar en el propio territorio, y por tanto partir de la premisa de que cualquier actividad autorizada por el Estado de origen es válida, y si produce daños, no son ellos compensables en el derecho de gentes, es tan irreal como suponer lo contrario, esto es que como está prohibido causar daños por interferir con el uso y goce del territorio de otro Estado, toda actividad que pueda crear un riesgo está en principio prohibida, y para comenzarla deba ser autorizada previamente por los demás Estados. Finalmente, si el daño a extranjeros en el territorio de un Estado debe ser compensado, ¿qué decir del causado a personas que viven en su propio país? La conclusión es clara. En la base misma del ordenamiento jurídico internacional está la soberanía, concebida como no puede ser de otra manera, dado el hecho de la coexistencia internacional, en el contexto de la interdependencia. A su vez, esta coexistencia no se concibe sin la igualdad jurídica de los Estados que la comparten. No tener en cuenta el derecho al uso y goce sin perturbaciones del territorio del otro Estado (y por ende negarse a entrar en un régimen que regule los derechos y deberes de cada uno frente a la actividad) o negarse a reparar los daños que produzca, simplemente altera el equilibrio, rompe la igualdad. El principio de la igualdad jurídica es muy general, y necesita de normas más específicas, sean primarias o secundarias según lo determine la naturaleza del tema, para ser cumplido. Proponer, entonces, normas que le den cumplimiento no es más que aplicar a la situación una técnica jurídica inevitable.

54. No se puede, entonces, basar una norma jurídica en una realidad internacional que no existe, pues no existe la absoluta independencia, o la absoluta soberanía. Ha existido siempre, en cambio, y existe cada vez más, la interdependencia, y también sobre esta base en el derecho internacional la responsabilidad por riesgo creado. Son acertadas las tentativas, que refleja el plan esquemático, de fundamentar también la obligación de reparar en la de prevención. Es aceptable porque es cierto que prevención y reparación forman un *continuum*, ya que ambas buscan similares efectos, esto es, tratar de que una actividad se desarrolle de tal manera que el impacto del daño que produce, que constituye su aspecto negativo, sea lo más suave posible: en un caso, mediante

las precauciones preventivas; en el otro a través de la indemnización que borra en lo posible sus consecuencias. Como se ha visto antes (cap I, secc. B), es el daño, su prevención y su eliminación lo que domina el presente tema. Es entonces justo que una actividad socialmente útil, pero que crea un riesgo, deba someterse a un examen en el que se estudien los diversos intereses que están en juego, y sea permitida cuando estos se equilibren, para evitar que la igualdad soberana de los Estados se lesione. La conceptualización jurídica del asunto puede ser novedosa. Cowan, por ejemplo, ve la creación de riesgo mediante una actividad peligrosa como una expropiación de ciertos derechos⁵⁷. Es que estas actividades, si no se pone remedio a los daños que producen, engendran un verdadero desplazamiento de costos desde el actor hacia el afectado. Son los terceros quienes, a través de los daños recibidos, estarían pagando costos que debieran ser contabilizados en el débito de la empresa. En el orden internacional, serían los otros Estados los que solventarían actividades benéficas para un cierto Estado. Se puede justificadamente hablar de que la reparación representa una verdadera «internalización» de costos, costos que injustamente aparecen como externos a una empresa o actividad, se trasladan a su interior, se internalizan⁵⁸.

⁵⁷ Recordando la opinión de Cowan, Goldie dice:

«Tal vez queda considerar que esté surgiendo un principio según el cual la empresa que en el curso de su actividad (ultrapeligrosa) da lugar a la posibilidad de causar daños a quienes consumen su producto o entran en contacto con sus operaciones es responsable de los daños dimanados del riesgo que crea. Si se [impusiera] a una empresa [exclusivamente] la responsabilidad por culpa se le permitiría realizar sus operaciones a costa de otros y deshacerse de un costo de explotación que realmente existe para imputarlo a sus vecinos o a los usuarios últimos de sus productos o servicios. Cowan ha dicho acertadamente que la nueva tendencia de los tribunales a conceder una indemnización en esos casos equivale a considerar que el riesgo deliberadamente creado es una expropiación.» [Loc. cit. (nota 10 *supra*), pág. 185.]

⁵⁸ Según Fleming:

«En el plano más prosaico, cabe mencionar como ejemplo del problema un accidente acaecido en el curso de una excavación de pozos de petróleo en que el operador decidió hacer volar un pozo y procedió a hacerlo con arreglo a las normas establecidas. Estas sin embargo no eran garantía alguna de que no se expulsaran de las entrañas de la tierra sustancias desconocidas y nocivas, incluido el arsénico que se desparramó por campos vecinos. En este caso el operador había resuelto su dilema subordinando los intereses de los demás a los suyos propios. Las posibilidades de que saliera alguna sustancia nociva pueden haber sido comparativamente reducidas si bien claramente reconocibles y el problema era aún peor porque no había otra cosa que no fuera la explosión. Sin embargo, ésta constituía un procedimiento necesario y habitual en la excavación de pozos de petróleo, industria de importancia primordial en la economía que no sería justificable entorpecer por razones que no fuesen absolutamente apremiantes. Aducir negligencia del operador sería decir que era ilícito que procediera a la explosión y que había una demanda en su contra. Precisamente para resolver este dilema la ley puede decirle: "Lo que se propone hacer no está prohibido y por lo tanto no podemos impedirlo. Pero, si lo hace, tiene que estar dispuesto a pagar lo que sea en caso de que algo ande mal, cosa que usted espera que no ocurra aunque bien sabe que puede ocurrir."» (J. G. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1967, págs. 158 y 159; citado por Goldie, *loc. cit.*, pág. 187.)

De estos materiales Goldie extrae su conclusión en el sentido de que los daños producidos por ciertas actividades como las que se examinan aquí debieran ser considerados como producidos sin culpa, pero como requiriendo una expropiación compensable de ciertos derechos —que él llama «amenities», tales como el derecho de cada uno a un agua pura y a una atmósfera limpia— y de la seguridad personal, cuando ciertos daños resultan como consecuencia de la licitud de la ac-

55. Ya se ha visto el papel morigerador que cumple el requisito de las expectativas compartidas en el plan esquemático. También que, eventualmente, servirían para reforzar el fundamento de la obligación de reparar. No obstante estas virtudes, conviene una nueva reflexión sobre el concepto. En primer término, cabría decir que las expectativas son algo menos que un derecho: son la esperanza fundada en la lógica y en anteriores experiencias de que algo va a suceder; en este caso, de que va a obtenerse una indemnización. Las expectativas, por cierto, juegan algún papel en derecho y hay instancias en que los tribunales han acordado alguna forma de indemnización o de satisfacción a quienes las mantuvieron con fundamento.

56. El estudio de la Secretaría sobre la práctica de los Estados relativa a la materia del presente tema contiene algunos conceptos de interés para este desarrollo. Por ejemplo, dice:

No se han pasado por alto en el estudio las dificultades de determinar cuándo un caso particular constituye una «prueba» de la práctica de los Estados. Los tratados o las decisiones pueden estar motivados por diferentes principios. Algunos de ellos pueden ser compromisos o arreglos que obedecen a razones ajenas al asunto. Pero la repetición de actos en la práctica de los Estados, cuando sigue y fomenta principios similares, puede crear expectativas acerca de la aplicabilidad de estos principios en el futuro. Incluso aunque algunos de los principios pueden no haber sido explícitamente declarados en relación con los casos pertinentes, o pueden haberse dejado sin determinar deliberada y explícitamente, la continuación de una conducta similar puede dar lugar a la creación de una norma consuetudinaria. Los elementos que aquí se examinan, constituyan o no derecho consuetudinario, demuestran una tendencia en las expectativas y pueden contribuir a aclarar los principios relativos a algunas normas concretas en el tema de la responsabilidad internacional. La práctica también muestra maneras de conciliar las nuevas normas con principios antagónicos, como la «soberanía de los Estados» y la «jurisdicción nacional»⁵⁹.

Así pues, la apreciable cantidad de práctica examinada, si no autorizaba aún la declaración de la existencia de normas consuetudinarias en esta materia, parece que sí hacía posible encontrar expectativas fundadas, o al menos, una tendencia hacia esas expectativas.

57. Tan cauto lenguaje demuestra la dificultad del tema. Si después de un estudio tan completo se llega a la conclusión de que éste marca ciertas tendencias en la creación de expectativas, mal parece que pudiera exigirse que se cumpla un requisito tan pesado procesalmente como la prueba de expectativas compartidas al respecto. Podrá haber casos en que estas expectativas surjan con facilidad, como cuando se registren en las constancias de las negociaciones entre las partes. Habrá también otros casos en que una expectativa compartida de carácter regional pueda ser admitida por el juez o por otra parte en la negociación como parece haber sucedido en los ejemplos comentados anteriormente, relativos a la instalación de centrales nucleares, o de una refinería, cerca de la frontera entre países europeos⁶⁰. Pero en ge-

tividad (*loc. cit.*, pág. 189). No indemnizar por esta expropiación significaría un enriquecimiento sin causa («unjust enrichment»). En el derecho interno, estas «amenities» debieran ser vistas como un derecho personal y también como un derecho real («both a personal and a property right»). «En derecho internacional las analogías con ambas categorías deben recibirse y desarrollarse desde el punto de vista de la integridad territorial de los Estados y de su derecho soberano a disfrutar de sus recursos naturales.» (*Ibid.*, pág. 193.)

⁵⁹ *Anuario...*, 1985, vol. II (primera parte)/Add.1, documento A/CN.4/384, párr. 10.

⁶⁰ Véase nota 40 *d supra*.

neral una prueba semejante sería difícil. Acaso pudiera tomarse algo de lo que se definía en el plan esquemático como expectativas compartidas sin necesidad de aceptar todo el concepto. Hay un aspecto, expresado en el inciso *b* del párrafo 4 de la sección 4, que parece importante y que debería tomarse en cuenta: es el relativo a la existencia de principios comunes, legislativos o de otro carácter. Tal vez la clave esté aquí en los principios de derecho interno, ya sea contenidos en la ley o en la jurisprudencia de los tribunales. Parece, en efecto, muy injusto que si un Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control se realiza la actividad en cuestión, hubiera establecido una indemnización de haberse producido el siniestro en su territorio, rehúse indemnizar por el hecho de que perjudica a otro territorio. Tampoco parece muy lógico que el Estado afectado que no prevé indemnización en su derecho interno para tales ocurrencias la pretenda cuando el daño se origina en un Estado vecino. No se exigiría en este caso una norma específica, pues eso llevaría a introducirse en las complejidades de la interpretación de un derecho interno ajeno: bastaría con que los principios que imponen la indemnización estén ahí. Esto posiblemente dé una aplicación suficientemente amplia al proyecto ya que tales principios están contenidos en el derecho interno de la mayoría de los Estados de la comunidad internacional⁶¹.

58. Sin embargo, no estaría de acuerdo con la naturaleza del sistema en cuanto a la indemnización de daños poner la prueba de esta circunstancia a cargo del Estado afectado. Sería concebible entonces como una excepción: el Estado de origen puede eximirse de la indemnización si demuestra que, ni en su derecho interno ni en el del Estado afectado existen los principios correspondientes. También, como excepción, podría admitirse la existencia de una práctica regional indicativa de que en el caso en cuestión no se indemniza o que la práctica del Estado afectado en situación similar es contraria a indemnizar. Es menester insistir en el carácter regional o individual de esta especie de expectativa negativa, puesto que es una excepción que debe ser precisa y eso no cabría si se contempla el orden general.

59. Ciertos convenios contemplan excepciones por casos determinados de fuerza mayor o caso fortuito (no toda fuerza mayor o no todo caso fortuito). Como ya se ha visto (párr. 49 *supra*), las excepciones en el Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 1960, modificado por su Protocolo

⁶¹ Es de interés en este respecto el estudio de M. H. Arsanjani, titulado «No-fault liability from the perspective of the general principles of law», que está por publicarse. En él se demuestra que los principios de la responsabilidad por riesgo, en sus diversos rubros y formas, han sido aceptados por un gran número de países, a tal punto que la autora considera que existen las condiciones necesarias para considerarlo un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ:

«En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se acepta ya la responsabilidad estricta como concepto jurídico, especialmente en los ordenamientos de los países tecnológicamente avanzados en que las normas sobre responsabilidad extracontractual son más complejas. [...] Sin embargo, es evidente que la responsabilidad estricta es un principio común a un gran número de países que tienen ordenamientos jurídicos distintos y en los que han tenido lugar en particular actividades relacionadas con la aplicación de este principio. Si bien los Estados pueden discrepar en cuanto a la aplicación concreta del principio, su apreciación y formulación es sustancialmente similar.»

adicional de 1964, son muy limitadas. El Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969⁶², reconoce en el inciso *a* del párrafo 2 de su artículo III, la misma causal de exoneración, si los daños por contaminación «resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible». En el inciso *a* del párrafo 2 de su artículo 4, el Convenio internacional de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1971⁶³, reconoce en favor del Fondo una exención semejante, pero limitada a actos de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección. Por otra parte, el proyecto de convenio sobre la responsabilidad e indemnización relativas al transporte marítimo de sustancias nocivas y de sustancias potencialmente peligrosas⁶⁴, en el inciso *a* del párrafo 2 de su artículo 3, contiene entre otras las causales de «acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible».

60. Otras excepciones concebibles son la negligencia de la víctima, y la acción de terceros con intención de dañar, como sucede en varias convenciones internacionales⁶⁵ y en el derecho interno de muchos países.

61. Estas excepciones, que suavizan la aplicación de la responsabilidad estricta, podrían no caber en caso de que el Estado de origen hubiera incurrido en conducta no compatible con sus obligaciones de informar o de negociar, siempre y cuando en el primer caso conociera, o debiera conocer, la peligrosidad de la actividad de que se trate. A este respecto, cabría la liberalidad en la apreciación de la prueba que ya se ha encontrado al comentar el asunto del *Estrecho de Corfú* (véase párr. 36). Sería esta una forma de incentivar a los Estados para cumplir con las obligaciones mencionadas y parece justo, por lo demás, que quien manifiesta un desinterés tan flagrante hacia los derechos o intereses del vecino, no pueda ampararse luego en excepciones.

62. Lo relativo a la prevención ocupó un aspecto central, como se ha visto antes, en los debates sobre el tema, que revelaron en particular el sentimiento mayoritario en sentido de mantener la preocupación preventiva como parte esencial del proyecto⁶⁶. En este aspecto de la prevención, como en todo el tema, campea también el equilibrio de los intereses a manera de importante patrón de medida de las obligaciones. En relación con los casos en que los países entren en negociaciones, finalmente exitosas, hacia la construcción de un régimen para una actividad que entrañe un riesgo, el papel del proyecto esbozado en el plan esquemático no puede ser otro que el de suministrar orientaciones generales para el tratado que eventualmente se firme. No está aquí, el problema que reclama atención, sino en relación con

⁶² Véase nota 54 *supra*.

⁶³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1110, pág. 130.

⁶⁴ Véase nota 55 *supra*.

⁶⁵ Véase el estudio de la Secretaría sobre la práctica de los Estados, documento A/CN.4/384 (véase nota 40 *d supra in fine*), párrs. 484 a 507.

⁶⁶ Véase nota 13 *supra*.

aquellas actividades peligrosas sobre las que no hay aún acuerdo entre las partes.

63. La obligación contenida en la parte final del párrafo 8 de la sección 2 y del párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático es una obligación de diligencia debida que se remite, en caso de producción del daño, a criterios dados por el estado de la tecnología en cuanto a la posibilidad de evitar el daño en cuestión, a la proporcionalidad entre las precauciones exigibles en relación con el peligro que la actividad crea y siempre teniendo en cuenta que de producirse efectivamente el daño potencial, éste deberá ser indemnizado en la forma prevista en el plan esquemático. Para obtener el resultado apetecido de evitar el daño o borrar lo mejor posible sus consecuencias, cabría la posibilidad teórica de mezclar un régimen de responsabilidad por actos ilícitos con otro de responsabilidad por riesgo, tal como parece ser el caso del régimen establecido por el tribunal arbitral en el caso de la *Fundición de Trail*⁶⁷. Por este régimen se determina una serie de procedimientos que la industria debe seguir para disminuir la contaminación al grado aceptable más bajo posible, dado el estado actual de la técnica, y que al mismo tiempo es compatible con la rentabilidad de la empresa. Presumiblemente, si el nivel de contaminación esperado y obtenido generalmente aumenta hasta pasar los límites establecidos, cabrá una investigación, y si ésta revela que los procedimientos no han sido cumplidos, puede haber una conducta ilícita del Estado canadiense si, por ejemplo, éste ha descuidado sus deberes de control sobre la actividad de la fundición. Parece que en el ejemplo citado, aun cuando no se llegue a daños sustanciales, se podría estar frente a obligaciones de comportamiento a cargo del Gobierno del Canadá, tal como ellas se definen en el artículo 20 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados:

Artículo 20.—Violación de una obligación internacional que exige observar un comportamiento específicamente determinado

Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige observar un comportamiento específicamente determinado cuando el comportamiento de ese Estado no está en conformidad con el que de él exige esa obligación⁶⁸.

Coexiste con este régimen de la responsabilidad de los Estados, otro de responsabilidad por riesgo, desde el momento en que, aun si se cumplen todos los procedimientos indicados y el daño se produce por lo que podría considerarse un accidente, entonces corresponde igualmente indemnizar por el daño causado.

64. La obligación de diligencia debida aquí parece tener otro carácter: el de ser dependiente de la producción del daño. Si éste ocurre, solamente entonces entran en juego las consecuencias de su violación, y entran a hacerlo dentro del régimen de responsabilidad por riesgo, transformándose en una nueva obligación de indemnizar cuyo alcance es modificado (aumentado) por la incidencia de aquellas incumplidas obligaciones. No serían obligaciones autónomas, como las de comportamiento, cuyo mero incumplimiento ya origina ilícitud, sino obligaciones que se incluyen en el régimen de la responsabilidad por riesgo y que dependen para funcionar de la misma condición que ésta: la producción del daño.

⁶⁷ Véase nota 34 *supra*.

⁶⁸ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

Podría acaso establecerse una comparación con las obligaciones de prevenir un acontecimiento dado, descritas en el artículo 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados:

Artículo 23.—Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado

Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional sea prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado, sólo habrá violación de esa obligación si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra ese resultado⁶⁹.

Los precedimientos y precauciones adoptados son del exclusivo resorte del Estado al que la obligación incumbe, y sólo si el acontecimiento que se quería evitar se produce, se entra a comparar los métodos preventivos seguidos con los que debieron haberse seguido según las reglas del arte.

65. Una diferencia notable entre la prevención en estas obligaciones de evitar un acontecimiento determinado y la prevención en un régimen de responsabilidad por riesgo está en que aquélla puede llevar a la exención de consecuencias adversas al Estado que empleó modos razonables de evitar el resultado⁷⁰, mientras que en el régimen de la responsabilidad por riesgo la indemnización corresponde siempre, sujeta en su monto a todos los factores antes mencionados, incluyendo las excepciones. Se puede decir que en tal régimen, las obligaciones no son autónomas, dependen de lo mismo que condiciona la reparación (esto es, la producción del daño) y en todo caso su efecto es el de agravar la situación procesal y a veces de fondo del Estado de origen. Entre las obligaciones de impedir un acontecimiento dado y las obligaciones de reparar que emergen de un régimen de responsabilidad por riesgo —aunque se trate de un régimen no enteramente puro, en el caso del plan esquemático— existe la diferencia que media entre las obligaciones secundarias y las primarias. En el caso de las obligaciones secundarias, la producción del acontecimiento que se quiere evitar causa la eventual ilícitud de

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ En el párrafo 6 del comentario al artículo 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la Comisión declara:

«La realización del acontecimiento [el daño en este caso] no constituye, sin embargo, la única condición específicamente requerida para que haya violación de una obligación internacional que requiere del Estado lograr el resultado de prevenir la realización de tal acontecimiento. Al asumir esta clase de obligaciones, los Estados no suscriben una especie de seguro, en beneficio de los Estados contratantes, contra la realización, sean cuales fueren sus condiciones, de acontecimientos de la clase prevista, es decir incluso prescindiendo de toda posibilidad material de impedir que, en un caso determinado, se produzca el acontecimiento. Evidentemente, el Estado no puede estar obligado más que a oponerse por su acción a la eventualidad de tal acontecimiento, a frustrar, en lo que depende de él, la realización de tal acontecimiento. Sólo cuando éste ha podido producirse porque el Estado, por su comportamiento, no ha sabido prevenirlo y cuando resulta que hubiera podido evitarlo mediante un comportamiento diferente, puede llegarse a la conclusión de que no se ha logrado el resultado exigido por la obligación. [...] Apenas es necesario añadir que será también a la luz del objeto de cada obligación y del carácter más o menos esencial de la prevención de un tipo determinado de acontecimiento, como deberá establecerse, una vez producido el acontecimiento que se debía prevenir, la comparación entre el comportamiento efectivamente observado por el Estado y el que en ese caso concreto habrá sido razonable esperar que adoptara para evitar la realización del acontecimiento.» [*Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81.]

la conducta estatal (esto es, si los medios para prevenirlo no fueron razonables, o fueron previsiblemente insuficientes), mientras que en el otro caso no media ilicitud sino cumplimiento de una obligación que incluía la reparación en su formulación misma.

66. Se llega a la conclusión, entonces, de que de la obligación contenida al final del párrafo 8 de la sección 2 y del párrafo 4 de la sección 3 forma parte de un régimen de prevención cuyos efectos entran a funcionar sólo después de producido el daño y que consisten principalmente en agravar la situación procesal y de fondo del Estado de origen. ¿Pero qué sucede con la obligación de informar (párrs. 1 y 2 de la secc. 2) y de negociar sobre un régimen (párr. 1 de la secc. 3)? ¿Se trata de una verdadera obligación de prevención? Parece que en parte lo fuera. Advertir al Estado eventualmente afectado, informarle sobre la actividad a emprender, sobre su naturaleza y posibles efectos perjudiciales, va a contribuir a evitar o minimizar los daños, por las precauciones unilaterales que el Estado afectado puede tomar. Pero la finalidad inmediata de esta obligación es la de mover a las partes hacia la formulación de un régimen en el que se establezcan sus derechos y obligaciones en relación con esa actividad, un régimen en el que incidirá la consideración del equilibrio de intereses, las obligaciones de prevención unilaterales y de coordinación de las conductas de ambas partes en el sentido de la prevención y de la reparación. Aunque la prevención, entonces, sea una preocupación eminente en estos regímenes, no es la única. Eso parece marcar la diferencia más importante con la prevención que se ha visto anteriormente y que consistía en medidas unilaterales a cargo del Estado de origen para controlar la actividad y tener en cuenta los intereses de los posibles afectados.

67. ¿Daría esta característica autonomía propia a las obligaciones que se consideran? Esto es, ¿es necesario esperar la producción del daño para que entren a funcionar, como en el caso anterior? Es ésta una pregunta muy importante, porque es claro que si es así, las conductas incompatibles con tales obligaciones serían ilícitas y cabría discutir su inclusión en este tema. Es opinión del Relator Especial que las obligaciones de informar y de negociar están suficientemente establecidas en el derecho internacional y que su violación por ende engendra ilicitud. Pero bien mirado, no significa ello que no puedan ser incluidas en el presente proyecto.

68. Se ha visto al principio de este informe (cap. I, secc. A) el alcance de la palabra «responsabilidad» como refiriéndose a los deberes que incumben a ciertas personas. Pues bien, es claro que los deberes de informar y de negociar son parte de la responsabilidad internacional por las actividades no prohibidas. Y aquí se vuelve a las complejidades del título del tema y a la distinción entre actos y actividades. El Relator Especial cree, como lo ha dicho antes (párr. 29), que la versión francesa es la correcta, y la que da al tema su verdadero alcance. Es menester ocuparse, según el mandato de la Asamblea General, de las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Las actividades se configuran a través de conductas complejas y variadas que se entrelazan y hasta se confunden. Alrededor de esa actividad hay numerosos actos particulares, que con ella se relacionan íntimamente. Y entre esos actos bien puede haber algunos ilícitos, que no tornan ilícita la actividad. Nada impide entonces a la Comisión, cuando se ocupa de dar un régimen a la responsabilidad por consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas, ocuparse también no ya de actividades, sino de actos que son inseparables de ellas y que son ilícitos por ser incompatibles con obligaciones establecidas (en este caso, de información y de negociación). Tal es, entonces, el alcance del mandato de la Comisión y dentro de él se permanece cuando dentro del régimen convencional se incluyen también obligaciones «hacia» un régimen cuya violación engendra ilicitud.

69. Respecto a los principios, su análisis crítico revela que el plan esquemático parece haber sido orientado por ellos, y que los básicos y necesarios para el presente tema están expresados correctamente en sus líneas generales en la sección 5. Quedan, sin embargo, algunas dudas sobre aspectos más específicos, aspectos que se perfilarán con mayor nitidez a medida que el tema vaya desarrollándose, y se intente plasmar en artículos los conceptos contenidos en dicha sección. En esta tarea, que constituye el próximo paso, el Relator Especial espera ser guiado por tales textos en sus orientaciones generales, y al mismo tiempo someterlos a la piedra de toque de su funcionamiento dentro de la economía del cuerpo normativo que resulte, teniendo siempre como telón de fondo la práctica de los Estados. El Relator Especial cree que esa es la mejor manera de llegar a una formulación definitiva de los principios que informan el presente tema.

RELACIONES ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (SEGUNDA PARTE DEL TEMA)

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/401

Tercer informe sobre las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales (segunda parte del tema), por el Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial

[Original: español]
[9 de mayo de 1986]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Nota.....	171
	<i>Párrafos</i>
Introducción.....	1-6 172
I. Debate de la Sexta Comisión sobre el tema, en el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General.....	7-14 172
II. Conclusiones de los debates de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión de la Asamblea General.....	15-19 173
III. Ambito del proyecto de artículos.....	20-27 174
IV. Alcance de los privilegios e inmunidades: prerrogativas e inmunidades de las organizaciones internacionales intergubernamentales.....	28-35 174
V. Conclusiones.....	36-41 176

NOTA

Convenciones multilaterales mencionadas en el presente informe:

	<i>Fuente</i>
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1, pág. 15. El texto español figura en la resolución 22 (I) A 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. 261.
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	<i>Ibid.</i> , vol. 500, pág. 95.
Convención de Viena sobre relaciones consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, pág. 261.
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 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.

Introducción

1. El Relator Especial presentó su segundo informe¹ sobre el tema «Relaciones entre Estados y organizaciones internacionales (segunda parte del tema)»² a la Comisión de Derecho Internacional en su 37.º período de sesiones, en 1985.

2. En ese informe se examina la cuestión del concepto de organización internacional y los posibles enfoques del ámbito del futuro proyecto de artículos sobre el tema. Se examina igualmente la cuestión relativa a la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales y la capacidad legal que se deriva de ella.

3. El informe contiene un proyecto de artículo con dos variantes en cuanto a su presentación³.

4. La Comisión recibió igualmente el estudio complementario preparado por la Secretaría, a petición de la Comisión, basado en las respuestas al nuevo cuestionario enviado en 1978 por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas a los asesores jurídicos de los organismos especializados y del OIEA, relativo a la práctica seguida por dichos organismos en relación con su condición jurídica, sus privilegios y sus inmunidades⁴.

5. La Comisión examinó el tema en sus sesiones 1925.^a a 1927.^a y 1929.^a, del 15 al 18 de julio de 1985. El debate llevado a cabo, aun cuando muy provechoso, resultó incompleto, dado el breve tiempo del cual se dispuso para el examen del tema. Por ello la Comisión no pudo tomar

una decisión sobre el proyecto de artículo presentado por el Relator Especial y consideró, por lo tanto, aconsejable reanudar el debate durante el 38.º período de sesiones de la Comisión para permitir a un mayor número de miembros poder expresar sus opiniones sobre la cuestión.

6. La Comisión pidió igualmente al Relator Especial que examinara la posibilidad de presentar en su 38.º período de sesiones sugerencias concretas, de acuerdo con las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión, sobre el posible ámbito del proyecto de artículos que se ha de preparar sobre el tema, así como la elaboración de un esquema de la materia que ha de abarcar los diversos artículos del proyecto⁵.

I.—Debate de la Sexta Comisión sobre el tema, en el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General⁶

7. Durante el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General, las intervenciones de los delegados a la Sexta Comisión, al referirse al tema en estudio, expresaron, con dos o tres excepciones, su satisfacción por la continuación de los trabajos de la CDI sobre este tema. Se mencionó, como en otras oportunidades, el interés, la importancia y la complejidad que revestía el tema, además de la conveniencia de su codificación.

8. Un representante puso en tela de juicio la utilidad de que la CDI continuara sus trabajos sobre el tema⁷. Otro representante, por su parte, declaró que su delegación «sigue teniendo dudas acerca del ámbito en el que la CDI podría realizar una labor útil»⁸. Un representante dijo que había otros temas cuyo examen era más acuciante y que por lo tanto no debía dársele alta prioridad a éste ya que los gobiernos estaban poco dispuestos a ampliar los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales⁹. No obstante, otro representante hizo observar a este respecto que había sido, precisamente, la Asamblea General la que había pedido a la CDI que estudiara el tema y que era importante que la CDI continuara sus trabajos en esta esfera.

9. Un representante declaró que la naturaleza del tema probablemente diera lugar a una variedad de dificultades doctrinales, pero que, en conjunto, su delegación no tenía problemas en cuanto a los aspectos generales de la labor expuestos por el Relator Especial¹⁰.

10. Otro representante declaró que su país, como país huésped de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales importantes, se interesaba particularmente por la cuestión de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales y veía con

¹ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 107, documento A/CN.4/391 y Add.1.

² La primera parte del tema, relativa a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de los representantes de los Estados ante las organizaciones internacionales, sirvió de base a la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, aprobada el 14 de marzo de 1975 (denominada en adelante «Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975»).

³ Las dos variantes del proyecto de artículo presentado por el Relator Especial eran las siguientes:

«TÍTULO I.—PERSONALIDAD JURÍDICA

»VARIANTE A

»Artículo 1

»1. Las organizaciones internacionales gozan de personalidad jurídica en el derecho internacional y en el derecho interno de sus Estados miembros. Tienen capacidad, en la medida compatible con el instrumento que las ha creado, para:

- »a) contratar;
- »b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos; y
- »c) actuar en justicia.

»2. La capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se rige por las reglas pertinentes de esa organización.»

»VARIANTE B

»Artículo 1

»Las organizaciones internacionales gozan de personalidad jurídica en el derecho internacional y en el derecho interno de sus Estados miembros. Tienen capacidad, en la medida compatible con el instrumento que las ha creado, para:

- »a) contratar;
- »b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos; y
- »c) actuar en justicia.

»Artículo 2

»La capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se rige por las reglas pertinentes de esa organización.»

⁴ Documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3, reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte)/Add.1.

⁵ *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 267, d y e.

⁶ Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.398), secc. F.

⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 31.ª sesión, párr. 32 (Australia).

⁸ *Ibid.*, 32.ª sesión, párr. 33 (Reino Unido).

⁹ *Ibid.*, 31.ª sesión, párr. 15 (Nueva Zelanda).

¹⁰ *Ibid.*, 29.ª sesión, párr. 37 (Estados Unidos de América).

agrado la continuación del estudio de la segunda parte del tema¹¹.

11. Varios representantes manifestaron su apoyo al primer proyecto de artículo relativo a la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales, presentado por el Relator Especial. Se dijo a este respecto que al establecer en el primer artículo que las organizaciones internacionales gozan de personalidad jurídica en el derecho internacional, el Relator Especial proponía que se diera expresión al principio básico que debía constituir el fundamento del proyecto de artículos. Un representante se refirió, en particular, al párrafo 2 del proyecto de artículo (variante A), en el cual se preveía que la capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se regía por las reglas pertinentes de esa organización. Aun cuando el principio de la igualdad soberana de los Estados identificaba a éstos como los sujetos primarios del derecho internacional, no sucedía lo mismo con las organizaciones internacionales, las cuales eran el resultado de un acto de voluntad por parte de los Estados, mediante el cual se confería a las organizaciones características jurídicas. Era preciso no perder de vista este principio, en el cual se basaba el proyecto de artículo, cuando se examinara el tema. Es razonable, habida cuenta de la diferencia entre los Estados y las organizaciones internacionales, limitar la capacidad de estas últimas. Había que señalar, también, que el proyecto de artículo guardaba relación con el derecho de los tratados. Otro representante opinó que los dos párrafos del artículo debían considerarse como dos artículos distintos.

12. Un representante señaló que, en relación con el primer proyecto de artículo sobre la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales, surgía la cuestión de determinar sobre cuál base las organizaciones internacionales podrán verse sujetas al derecho interno de los Estados. Esta era una cuestión que habría de resolverse mediante acuerdos individuales entre los Estados y cada organización y resultaba improcedente examinarla en el contexto del presente tema.

13. En cuanto a la labor futura de la CDI sobre el tema, se expresó el apoyo a las conclusiones de la Comisión que figuran en el párrafo 267 de su informe sobre su 37.º período de sesiones, y, en particular, a la recomendación de la Comisión de que el Relator Especial procediera con gran prudencia y presentara un esquema de la materia que había de abarcar los diversos proyectos de artículos que iba a preparar sobre el tema¹². Se expresó, igualmente, la esperanza de que el Relator Especial y la CDI pudieran proporcionar una definición de organización internacional como sujeto de derecho internacional, lo más completa posible, pues no se dispone de dicha definición.

14. Un representante sugirió que se presentaran a la CDI las opiniones de los Estados y la información sobre el estado de las convenciones multilaterales sobre la materia. Otro representante sugirió que se recabara también la opinión de las propias organizaciones internacionales. Se hizo observar que en el cuestionario dirigido a las organizaciones internacionales en 1978 (véase

párr. 4 *supra*) se había omitido la pregunta básica de si la codificación y el desarrollo del derecho sobre el tema eran necesarios o convenientes.

II.—Conclusiones de los debates de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión de la Asamblea General

15. Las conclusiones formuladas por la CDI a raíz del corto debate llevado a cabo en su 37.º período de sesiones, figuran en su informe sobre dicho período de sesiones, presentado a la Asamblea General en su cuadragésimo período de sesiones, e incluyen, entre otras, las siguientes:

d) [...] el Relator Especial examinará la posibilidad de presentar a la Comisión en el 38.º período de sesiones sus sugerencias concretas, teniendo presentes las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión sobre el posible ámbito del proyecto de artículos que se ha de preparar sobre el tema;

e) El Relator Especial considerará también la posibilidad de presentar a la Comisión en su 38.º período de sesiones un esquema de la materia que ha de abarcar los diversos proyectos de artículos que va a preparar sobre el tema¹³;

16. Del debate llevado a cabo en la Sexta Comisión, se puede concluir que la mayoría de los representantes aprobaron las conclusiones de la CDI, en particular en lo relativo al «posible ámbito del proyecto de artículos que se ha de preparar sobre el tema» y a la presentación, por parte del Relator Especial, de «un esquema de la materia que ha de abarcar los diversos proyectos de artículos que va a preparar sobre el tema».

17. El anterior Relator Especial, Sr. Abdullah El-Erian, había tratado estas cuestiones en su informe preliminar¹⁴ y en su segundo informe¹⁵, presentados a la CDI en sus períodos de sesiones 29.º y 30.º, en 1977 y 1978, respectivamente. Después del examen del tema, la Comisión aprobó las conclusiones y recomendaciones del Relator Especial y las hizo suyas antes de transmitir las a la Asamblea General en sus informes sobre sus períodos de sesiones de 1977 y 1978¹⁶. La Asamblea General, a su vez, aprobó esas conclusiones y recomendaciones¹⁷.

18. El actual Relator Especial partió, pues, del supuesto de que tanto la CDI como la Asamblea General habían aprobado las conclusiones y las recomendaciones del anterior Relator Especial. El actual Relator Especial hizo referencia a esta cuestión en su informe preliminar, presentado a la CDI en su 35.º período de sesiones¹⁸.

19. La CDI reiteró su aprobación a las conclusiones y recomendaciones del Relator Especial contenidas en su informe preliminar y las envió a la Asamblea General en

¹¹ *Ibid.*

¹² *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/304.

¹³ *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 281, documento A/CN.4/311 y Add.1.

¹⁴ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 128, párr. 95; y *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 144, párr. 156.

¹⁵ Resoluciones 32/151 de 19 de diciembre de 1977 (párr. 6) y 33/139 de 19 de diciembre de 1978 (párr. 6), de la Asamblea General.

¹⁶ *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 242, documento A/CN.4/370, párr. 11.

¹¹ *Ibid.*, 28.ª sesión, párr. 56 (Austria).

¹² Véase nota 5 *supra*.

su informe sobre su 35.º período de sesiones¹⁹. A su vez la Asamblea General aprobó esas conclusiones y recomendaciones²⁰.

III.—Ambito del proyecto de artículos

20. El anterior Relator Especial, en su informe preliminar mencionó tres clases de prerrogativas e inmunidades que podrían constituir la materia objeto del estudio previsto: *a)* las de la organización; *b)* las de los funcionarios de la organización; *c)* las de los expertos enviados en misión por cuenta de la organización y de las personas que tienen relaciones oficiales con la organización y no son representantes de Estados. Mencionó igualmente a los representantes residentes y a los observadores, quienes pueden representar a una organización internacional o ser enviados por una organización internacional ante otra organización internacional²¹.

21. En la misma Comisión, después del examen del informe preliminar en el 29.º período de sesiones, en 1977, se indicó cuál podía ser el contenido y el ámbito del estudio, incluidas las cuestiones de que trataba el Relator Especial: el lugar de la costumbre en el derecho relativo a las inmunidades internacionales; las diferencias entre las relaciones diplomáticas entre los Estados y las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales; el alcance de las prerrogativas e inmunidades; y la uniformidad o adaptación de las inmunidades internacionales²².

22. En el curso de este examen, la CDI indicó, entre otras cosas, la necesidad de un análisis de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de inmunidades internacionales y sus repercusiones en el sistema de las Naciones Unidas; la necesidad de estudiar las disposiciones del derecho interno de los Estados que rigen las inmunidades internacionales; la posibilidad de ampliar el alcance del estudio a todas las organizaciones internacionales, independientemente de su carácter universal o regional; la necesidad de tener en cuenta las particularidades del derecho diplomático en su aplicación a las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales; y la necesidad de conciliar las necesidades funcionales de las organizaciones internacionales con los intereses de los Estados huéspedes en materia de seguridad²³.

23. En las conclusiones de su segundo informe, presentado en 1978, el anterior Relator Especial celebraba que las deliberaciones, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión,

[...] Fuera de unas pocas reservas que se refieren a cuestiones de enfoque y metodología más que de principio, los miembros de la Comisión y las delegaciones presentes en la Sexta Comisión se mostraron favorables a un estudio de las inmunidades de las organizaciones internacionales con miras a completar el trabajo de la Comisión en materia de derecho diplomático que culminó con la aprobación de la Conven-

ción de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, la Convención de 1969 sobre las misiones especiales y la Convención de Viena de 1975 [sobre la representación de los Estados]²⁴.

24. Por otra parte, hubo acuerdo en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en que al comienzo del estudio no se restringiera innecesariamente la materia objeto de estudio. Por ello se acordó dejar cierta flexibilidad al Relator Especial. Ese mismo criterio ha sido adoptado por la CDI y la Sexta Comisión en lo referente a la inclusión de las organizaciones internacionales de carácter regional, así como a la materia en estudio, en el sentido de diferir la cuestión de prioridad hasta cuando se haya completado el estudio²⁵.

25. Esta situación no ha cambiado. El actual Relator Especial hizo mención expresa en su informe preliminar al consultar a la CDI sobre el particular. El Relator Especial daba por sentado que el esquema establecido por el anterior Relator Especial en sus dos informes, y el cual había sido aprobado tanto por la CDI como por la Asamblea General, era aún válido y debía ser el que sirviese de guía para la continuación de las labores de la CDI sobre este tema. Ese esquema, desde luego, podrá ser ampliado o modificado, según las necesidades del estudio o las decisiones de la CDI al respecto. La CDI ratificó este criterio al aprobar las conclusiones contenidas en el informe preliminar del Relator Especial, las cuales fueron a su vez aprobadas por la Asamblea General (véase párr. 19 *supra*).

26. Como se ha visto (párr. 15 *supra*), en las conclusiones después del debate sobre el segundo informe del Relator Especial, en el 37.º período de sesiones, la CDI pidió al Relator Especial que presentara un esquema de la materia que abarca los diversos proyectos de artículos sobre el tema en estudio. Las tres clases de prerrogativas e inmunidades que podían constituir la materia objeto del estudio, indicadas en informes anteriores, se enuncian también en el presente informe (párr. 20 *supra*).

27. Estas propuestas fueron aprobadas por la CDI en su primer examen durante su 29.º período de sesiones. Un miembro sugirió que «deben seleccionarse unos pocos problemas para su examen en la primera fase, tales como los relativos a las organizaciones internacionales, y dejar para más adelante los problemas, mucho más delicados, relativos a los funcionarios internacionales»²⁶.

IV.—Alcance de los privilegios e inmunidades: prerrogativas e inmunidades de las organizaciones internacionales intergubernamentales

28. Además de la capacidad contractual que poseen las organizaciones internacionales intergubernamentales (capacidad para contratar, para adquirir bienes muebles e inmuebles y para actuar en justicia) mencionada en el

¹⁹ *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 88 y 89, párr. 277.

²⁰ Resolución 38/138 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1983, párr. 3.

²¹ *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), págs. 162 a 164, document A/CN.4/304, párrs. 70 a 73 y 78.

²² *Ibid.*, págs. 147 y ss., cap. IV.

²³ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 128, párr. 94.

²⁴ *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 281, documento A/CN.4/311 y Add.1, párr. 117.

²⁵ Véase *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párrs. 269 y 276.

²⁶ *Anuario... 1977*, vol. I, pág. 222, 1453.ª sesión, párr. 13 (Sr. Reuter).

segundo informe del Relator Especial²⁷, las Naciones Unidas y los organismos especializados disfrutaban de ciertas prerrogativas e inmunidades reconocidas en las convenciones generales y en los acuerdos de sede, así como en otros instrumentos complementarios.

29. De un análisis de los acuerdos de sede (el instrumento más completo y preciso en esta materia), así como de las convenciones generales y las respuestas al cuestionario enviado a los organismos especializados y el OIEA sobre su práctica en relación con su condición jurídica, sus privilegios y sus inmunidades (véase párr. 4 *supra*), se puede establecer un esquema tentativo de los privilegios e inmunidades y demás facilidades acordadas a las organizaciones internacionales intergubernamentales que pueda servir de guía sobre la materia que ha de abarcar los proyectos de artículos tal como lo ha requerido la CDI.

30. Es evidente que todas las prerrogativas que se conceden a las organizaciones internacionales involucradas en los instrumentos mencionados tienen su fundamento en el principio sobre el cual reposa la condición jurídica de esas organizaciones. Es decir, la garantía que les acuerda el país huésped para que puedan ejercer sobre su territorio, con plena libertad e independencia, sus actividades constitucionales y reglamentarias o cualquier otra actividad relacionada con las funciones que les han sido asignadas. Algunos países sede de organizaciones internacionales, como se ha señalado en otras oportunidades, inscriben expresamente esa garantía en los acuerdos de sede celebrados con esas organizaciones. Es el caso de Suiza que la inserta expresamente en los acuerdos de sede en los cuales es parte²⁸. El artículo primero de tales acuerdos es redactado generalmente de la siguiente manera:

El Consejo Federal garantiza a ... la independencia y la libertad de acción que le corresponde en su calidad de institución internacional.

Habrà oportunidad de extenderse sobre esta cuestión a su debido tiempo. Por el momento sólo se trata de esbozar un esquema para dar cumplimiento a los deseos expresados por la Comisión.

31. El esquema tentativo es el siguiente:

- I. Prerrogativas e inmunidades de la organización
 - A. Prerrogativas e inmunidades no fiscales:
 - a) inmunidad de jurisdicción;
 - b) inviolabilidad de los locales y ejercicio del control de esos locales;
 - c) inmunidad de registro y de cualquier otra forma de injerencia en favor de sus bienes y haberes;
 - d) inviolabilidad de sus archivos y documentos;
 - e) prerrogativas e inmunidades en lo que concierne a facilidades en materia de comunicaciones (uso de claves y despacho de correspondencia por correo o por valija diplomática, etc.);
 - B. Privilegios financieros y fiscales:
 - a) exención de impuestos;
 - b) exención de derechos de aduana;
 - c) control de cambios;
 - d) depósitos bancarios.

²⁷ Véase nota 1 *supra*.

²⁸ A. H. Zarb, *Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs membres*, París, Pedone, 1980, pág. 221.

II. Privilegios e inmunidades de los funcionarios

- A. No fiscales:
 - a) inmunidad respecto de los actos ejecutados en su capacidad oficial;
 - b) inmunidad de las obligaciones relativas al servicio nacional;
 - c) inmunidad de toda medida restrictiva en materia de inmigración y de las formalidades de registro de extranjeros;
 - d) prerrogativas e inmunidades diplomáticas de los funcionarios ejecutivos y otros altos funcionarios;
 - e) facilidades de repatriación en época de crisis internacional.
- B. Financieros y fiscales:
 - a) exención de impuestos sobre los sueldos y emolumentos;
 - b) exención de derechos de aduana.

III. Prerrogativas e inmunidades de los expertos enviados en misión por cuenta de la organización y de las personas que tienen relaciones oficiales con la organización.

32. En virtud del artículo VI de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, a los expertos que cumplen misiones por cuenta de las Naciones Unidas se les conceden ciertas inmunidades. La Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, de 1947, no incluye un artículo equivalente. La única referencia que se hace sobre los expertos aparece en la sección 29 del artículo VIII, en la cual se pide a los Estados Partes que otorguen facilidades de viaje a los «expertos y demás personas» que viajan «por cuenta de un organismo especializado». Sin embargo, las disposiciones del artículo VI de la Convención de 1946 figuran reproducidas en los anexos I a IV, VII y XII a la Convención de 1947 relativos a la OIT, la FAO, la OACI, la UNESCO, la OMS y la OCMI²⁹.

33. Además de los expertos enviados en misión por cuenta de las Naciones Unidas o de los organismos especializados, existe otra categoría de personas (distinta de los representantes de los Estados Miembros) a la cual se le puede acordar ciertos privilegios e inmunidades. Esta categoría es la de las personas que tienen que tratar asuntos oficiales con las Naciones Unidas y los organismos especializados. Varios acuerdos de sede y acuerdos complementarios contienen disposiciones por las cuales se otorga a tales personas derechos de tránsito a los locales de la organización en cuestión, tales como el artículo IV del Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América, relativo a la Sede de las Naciones Unidas³⁰, el artículo 9 del Acuerdo entre la UNESCO y Francia relativo a la Sede de la UNESCO y a sus privilegios e inmunidades sobre el territorio francés³¹, y la sección 27 del artículo V del Acuerdo entre la OACI y el Canadá, relativo a la sede de la OACI³².

34. De acuerdo con el posible ámbito del proyecto de artículos esbozados en los párrafos anteriores, el Relator Especial propone, sobre la materia que han de abarcar los proyectos de artículos, el esquema siguiente:

²⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 33, págs. 291 y ss.; y vol. 645, pág. 341.

³⁰ *Ibid.*, vol. 11, pág. 11.

³¹ *Ibid.*, vol. 357, pág. 3.

³² *Ibid.*, vol. 96, pág. 155.

1. Definiciones y alcance. Bases de los privilegios e inmunidades:
 - a) organización internacional;
 - b) funcionarios internacionales;
 - c) otras personas relacionadas con el funcionamiento de la organización (expertos, etc.);
 - d) otros términos empleados.
2. Personalidad jurídica.
3. Bienes y haberes.
4. Privilegios e inmunidades de la organización internacional:
 - A. No fiscales:
 - a) inmunidad de jurisdicción;
 - b) libertad de reunión:
 - i) libertad de acceso, permanencia y desplazamiento tanto para los representantes de Estados como para los expertos y los funcionarios de la organización;
 - ii) expedición rápida y gratuita de visas y excepción de toda medida tendiente a limitar la entrada en el país huésped de extranjeros o a controlar las condiciones de su permanencia;
 - iii) facilidades de repatriación en caso de crisis internacional;
 - c) inviolabilidad de los locales;
 - d) inviolabilidad de los archivos y documentos;
 - e) facilidades en materia de comunicación (uso de claves, valija diplomática, despacho de correspondencia, etc.);
 - B. Financieros y fiscales: exención de impuestos, de derechos de aduana, control de cambios, etc.
5. Privilegios e inmunidades de los funcionarios:
 - A. No fiscales:
 - a) inmunidad en cuanto a los actos ejecutados en su capacidad oficial;
 - b) inmunidad de las obligaciones relativas al servicio nacional;
 - c) inmunidad de toda medida restrictiva en materia de inmigración y de las formalidades de registro de extranjeros;
 - d) privilegios e inmunidades diplomáticas de los ejecutivos y otros altos funcionarios;
 - e) facilidades de repatriación en época de crisis internacional;
 - B. Financieros y fiscales:
 - a) exención de impuestos sobre los sueldos y emolumentos;
 - b) exención de derechos de aduana.
6. Privilegios e inmunidades de los expertos enviados en misión por cuenta de la organización y de las personas que tienen relaciones oficiales con ella.
7. *Laissez-passer*.
8. Abuso de los privilegios e inmunidades.
9. Retiro de los privilegios e inmunidades.
10. Solución de controversias.
11. Cláusulas finales.

35. Naturalmente, este esquema no constituye una enumeración exhaustiva. No pretende ser más que un esquema, para satisfacer la petición hecha por la CDI. Puede en todo momento ser modificado si así lo exigen las circunstancias o lo considerase pertinente la Comisión, por cualquier razón, o a propuesta del Relator Especial.

V.—Conclusiones

36. La evolución del derecho internacional relativo a la condición jurídica y a las inmunidades y privilegios de las organizaciones internacionales ha puesto de mani-

fiesto la existencia de un importante cuerpo de normas jurídicas que regulan esta esfera de la actividad internacional. Ese cuerpo normativo consiste en un conjunto complejo y variado de disposiciones convencionales que requiere ser concertado y en una práctica abundante que amerita ser consolidada. De los debates en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 1985, se puede afirmar que las conclusiones adoptadas por la CDI en el pasado sobre este tema son aún válidas.

37. La CDI, al emprender la labor de codificación y desarrollo de esta rama del derecho diplomático por mandato expreso de la Asamblea General, se propone completar el *corpus juris* de derecho diplomático elaborado sobre la base de los trabajos anteriores de la Comisión y cuyos resultados han sido la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961; la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963; la Convención de Viena sobre las misiones especiales, de 1969; y la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975.

38. Por otra parte, lejos de observarse la tendencia de que los gobiernos están poco dispuestos a ampliar las prerrogativas e inmunidades de las organizaciones internacionales, como lo expresó un representante en la Sexta Comisión (véase párr. 8 *supra*), el estudio suplementario preparado por la Secretaría indica que, al 1.º de junio de 1985, 90 Estados eran Partes en la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, de 1947³³.

39. Asimismo, los Estados que no son partes en la Convención de 1947, o los que no han hecho extensiva su aplicación a todos los organismos, han convenido, en su mayoría, en aplicar las disposiciones de la Convención a las organizaciones que actúan en su territorio. Los acuerdos se refieren a proyectos de asistencia técnica o a acuerdos de conferencias concertadas en relación con reuniones celebradas fuera de la sede o de las oficinas permanentes de la organización. En los casos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, de la Asociación Internacional de Fomento, de la Corporación Financiera Internacional y del Fondo Monetario Internacional, si un Estado miembro no es parte en la Convención de los organismos especializados, recurre a sus respectivos convenios constitutivos.

40. En cuanto al Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades del OIEA³⁴, abierto a los 112 Estados miembros del organismo, 56 Estados eran parte en ese Acuerdo al 1.º de junio de 1985³⁵.

41. Por último, no se tienen noticias de casos en los cuales se hayan retirado los privilegios e inmunidades acordados con anterioridad a una organización internacional.

³³ Documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3 (véase nota 4 *supra*), párr. 244.

³⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 374, pág. 147.

³⁵ Documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3 (véase nota 4 *supra*), párr. 247.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 38.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/395	Programa provisional	Mimeografiado. Para el programa aprobado, véase vol. II (segunda parte), cap. I, párr. 8.
A/CN.4/396 [y Corr.1]	Octavo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen (pág. 23).
A/CN.4/397 [y Corr.1 y 2] y Add.1 [y Add.1/Corr.1]	Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial	<i>Ibid.</i> (pág. 1).
A/CN.4/398 [y Corr.1 a 3]	Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial	<i>Ibid.</i> (pág. 55)
A/CN.4/399 y Add.1 y 2	Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, por el Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial	<i>Ibid.</i> (pág. 91)
A/CN.4/400	Séptimo informe sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, por el Sr. Alexander Yankov, Relator Especial	<i>Ibid.</i> (pág. 41)
A/CN.4/401	Tercer informe sobre las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales (segunda parte del tema), por el Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial	<i>Ibid.</i> (pág. 171).
A/CN.4/402 [y Corr.1, 3 y 4]	Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial	<i>Ibid.</i> (pág. 153).
A/CN.4/L.398	Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General	Mimeografiado.
A/CN.4/L.399	Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes; títulos y textos aprobados por el Comité de Redacción: títulos de las partes segunda y tercera del proyecto; artículos 2 a 6 y 20 a 28	Texto reproducido en el volumen I, actas resumidas de las sesiones 1968.º, 1969.º (párrs. 68 y ss.), 1970.º a 1972.º (párrs. 1 a 21).
A/CN.4/L.400	Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático—Títulos y textos adoptados por el Comité de Redacción: títulos de las cuatro partes del proyecto y artículos 28 a 33	<i>Idem.</i> , acta resumida de la 1980.ª sesión (párrs. 52 y ss.).
[A/CN.4/L.401]		[<i>Signatura no utilizada.</i>]
A/CN.4/L.402	Proyecto de informe de la CDI sobre la labor realizada en su 38.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 primer período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/41/10)</i> . El texto definitivo figura en el volumen II (segunda parte).
A/CN.4/L.403 y Add.1 y 2 y Add.2/Corr.1	<i>Idem.</i> : capítulo II (Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.404 y Add.1	<i>Idem.</i> : capítulo III (Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.405	<i>Idem.</i> : capítulo IV (Responsabilidad de los Estados)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.406 y Add.1	<i>Idem.</i> : capítulo V (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.407 y Add.1	<i>Idem.</i> : capítulo VI (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.408 y Add.1	<i>Idem.</i> : capítulo VII (Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.409	<i>Idem.</i> : capítulo VIII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/SR.1940 a A/CN.4/SR.1989	Actas resumidas provisionales de las sesiones 1940.ª a 1989.ª	Mimeografiado. El texto definitivo figura en el volumen I.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استلم منها 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 dirijase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
