

ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
  
1993

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos*  
*del cuadragésimo quinto período de sesiones*

---

NACIONES UNIDAS





ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL

1993

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos*  
*del cuadragésimo quinto período de sesiones*

---

NACIONES UNIDAS  
Nueva York y Ginebra, 1998



## 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... 1990*).

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

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

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

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

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

\*

\* \*

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 45.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/1993/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

*Número de venta:* S.95.V.4 (Part 1)  
ISBN 92-1-333240-8

*Edición completa de dos volúmenes:*  
ISBN 92-1-333242-4

ISSN 0497-9885

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas .....	iv
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas .....	v
<b>Responsabilidad de los Estados (tema 2 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/453 y Add.1 a 3.</i> — Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial .....	1
<b>Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (tema 3 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/448 y Add.1.</i> — Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.— Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos .....	67
<i>Documento A/CN.4/449.</i> — Undécimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial .....	125
<i>Documento A/CN.4/452 y Add.1 a 3.</i> — Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional.— Observaciones de los gobiernos .....	141
<b>El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 4 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/447 y Add.1 a 3.</i> — El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.— Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos .....	163
<i>Documento A/CN.4/451.</i> — Primer informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial .....	201
<b>Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (tema 5 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/450.</i> — Noveno informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial .....	209
<b>Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentación de la Comisión (tema 6 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/454.</i> — Esquemas preparados por miembros de la Comisión sobre temas seleccionados de derecho internacional .....	227
<b>Lista de documentos del 45.º período de sesiones .....</b>	<b>279</b>

## ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPA	Comisión Económica para África
CEPE	Comisión Económica para Europa
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Comunidad	Comunidad Europea
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CSCE	Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ILA	Asociación de Derecho Internacional
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT	Oficina Internacional del Trabajo
OMI	Organización Marítima Internacional
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OUA	Organización de la Unidad Africana
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
SDN	Sociedad de las Naciones
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNITAR	Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones
UPU	Unión Postal Universal

\*

\* \*

AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i> (París)
AJIL	<i>American Journal of International Law</i> [Washington (D.C.)]
BFSP	<i>British Foreign State Papers</i> (Londres)
BYBIL	<i>British Year Book of International Law</i> (Oxford)
<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (N.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)

ILM	<i>International Legal Materials</i> [Washington (D.C.)]
Naciones Unidas, <i>Historique...</i>	Naciones Unidas, <i>Historique du problème de la juridiction criminelle internationale</i> , memorando del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.8)
Naciones Unidas, <i>Textes législatifs...</i>	Serie legislativa de las Naciones Unidas, <i>Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation</i> (N.º de venta: 63.V.4)
<i>Recueil des cours...</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (Paris)

\*

\*   \*

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

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

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





# RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/453 y Add.1 a 3\*

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

[Original: inglés]  
[12 y 28 de mayo y 8 y 24 de junio de 1993]

### ÍNDICE

		Página
<i>Nota</i>		3
Obras citadas en el presente informe		3
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCION	1-2	7
<i>Capítulo</i>		
I LA TERCERA PARTE DEL PROYECTO DE ARTICULOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS	3-108	7
A Proyecto de artículos relativos a la solución de las controversias examinados por la Comisión en sus periodos de sesiones 36 ° y 37 ° y en la Sexta Comisión en los periodos de sesiones cuádragesimo y cuádragesimo primero de la Asamblea General	4-28	8
1 Las propuestas del Sr Riphagen	4-9	8
2 Los debates en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión	10-26	8
a) Aspectos generales del problema	11-13	8
b) Relación entre los procedimientos propuestos y cualesquiera disposiciones sobre la solución de controversias en vigor entre las partes	14	9
c) Naturaleza de los procedimientos de solución	15-23	9
d) Disposiciones del proyecto a las que deberían aplicarse los procedimientos previstos	24	12
e) La cuestión de las reservas	25-26	12
3 Conclusion	27-28	13
B La solución de las controversias en la tercera parte del proyecto	29-42	13
1 Los caracteres problemáticos de las reacciones unilaterales	29-31	13
2 Los debates sobre las contramedidas celebrados en la Comisión de Derecho Interna- cional y en la Sexta Comisión en 1992	32-38	14
3 Los debates de 1984 y 1985 sobre el tema	39-40	16
4 Conclusion	41-42	16
C Las disposiciones de solución de las controversias como elemento del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados	43-61	16
1 Un sistema idóneo de solución de las controversias como complemento indispensable de un régimen que rija las reacciones unilaterales	43-51	17
2 Otras razones para incluir en el proyecto un sistema idóneo de solución de las controversias	52-61	19

\* Incorporando los documentos A/CN.4/453/Add.1/Corr.1 a 3

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
D Solucion recomendada	62-85	20
1 Introduccion	62-69	20
2 El sistema propuesto de solucion de las controversias en tres fases	70-78	22
a) Primera fase la conciliacion	71-72	22
b) Segunda fase el arbitraje	73-74	23
c) Tercera fase el arreglo judicial	75-78	23
3 Caracteristicas principales de la solucion propuesta procedimientos de solucion por intervencion de un tercero como medio de corregir los aspectos negativos del sistema de reaccion unilateral actualmente inevitable	79-85	23
E El planteamiento adoptado por la Comision en relacion con la solucion de las controversias	86-105	25
1 La practica de la Comision relativa a la inclusion de clausulas compromisorias en sus proyectos	86-88	25
2 La evolucion reciente de los procedimientos de solucion de las controversias como indicio de una nueva tendencia	89-95	26
3 La tercera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados como cuestion de desarrollo progresivo del derecho de solucion de las controversias	96-105	29
F Proyectos de articulos y anexo	106-108	31
II LAS CONSECUENCIAS DE LOS LLAMADOS «CRIMENES» INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS (ARTICULO 19 DE LA PRIMERA PARTE DEL PROYECTO DE ARTICULOS)	109-269	34
Observaciones preliminares	109-111	34
A Problemas que plantea el «regimen especial» de los crímenes en la labor de la Comision de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados, determinados en la Comision de Derecho Internacional, en la Sexta Comision y en la doctrina	112-166	34
1 Introduccion	112-115	34
2 Las consecuencias «especiales» de los crímenes en la labor de la Comision de Derecho Internacional	116-139	35
a) Las primeras referencias a la cuestion	116-118	35
b) El comentario al articulo 19	119	36
c) El debate sobre el articulo 19	120-122	36
d) El comentario a los articulos 30 y 34	123-126	37
e) Recapitulacion	127	37
f) Las propuestas de 1984 y 1985	128-134	38
g) El debate de la Comision de Derecho Internacional sobre las propuestas de 1984 y 1985	135-138	39
h) Recapitulacion de las posiciones de la Comision	139	40
3 Reacciones de los Estados en la Sexta Comision	140-147	41
a) El problema de la responsabilidad penal	140-142	41
b) Las consecuencias «sustantivas» de los crímenes	143	42
c) Facultad de reaccion	144	42
d) La funcion de la «comunidad internacional organizada»	145-146	42
e) Recapitulacion de las posiciones de la Sexta Comision	147	43
4 Opiniones de la doctrina	148-166	43
a) Introduccion	148	43
b) La relacion Estado autor-Estado victima	149-153	43
c) La relacion Estado autor-Estados «no directamente» lesionados	154-158	44
d) La funcion de la «comunidad internacional organizada»	159-166	46
B La problematica de un posible «regimen especial» de la responsabilidad derivada de los crímenes internacionales	167-249	48
1 Introduccion	167-170	48
2 Las consecuencias sustantivas	171-187	48
3 Las consecuencias adjetivas medidas que implican el uso de la fuerza	188-196	50
4 El problema de la facultad de reaccion aspectos «subjetivo-institucionales»	197-225	52
5 Medidas que no implican el uso de la fuerza — El problema de la atenuacion de los limites del recurso a las contramedidas	226-240	57
6 El problema de la «obligacion de reaccionar» por parte de los Estados lesionados	244-249	59
C ¿Responsabilidad penal internacional de los Estados, de los individuos o de ambos?	250-269	61

## NOTA

## Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

## Fuente

- Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales (La Haya, 29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907) J. B. Scott, ed., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 41.
- Tratado americano de soluciones pacíficas (Pacto de Bogotá) [Bogotá, 30 de abril de 1948] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 30, pág. 56.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) *Ibid.*, vol. 213, pág. 221. España, *Boletín Oficial del Estado*, N.º 243, 10 de octubre de 1979.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, pág. 443.
- Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid (Nueva York, 30 de noviembre de 1973) *Ibid.*, vol. 1015, pág. 266.
- 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, *Anuario Jurídico*, 1975, pág. 91.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982) *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984) *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 51*, resolución 39/46, anexo.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986) Doc. A/CONF.129/15.

## OBRAS CITADAS EN EL PRESENTE INFORME

## ABI-SAAB, Georges

«The concept of "international crimes" and its place in contemporary international law», *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, N.º 10, Institut universitaire européen, publicado bajo la dirección de J. H. H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, Berlín, Nueva York, de Gruyter, 1989, págs. 141 a 150.

## ARANGIO-RUIZ, Gaetano

«The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1972-III, Leyde, Sijthoff, t. 137, 1974, págs. 547 y ss.

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

«Le domaine réservé.—L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne: cours général de droit international public». *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1990-VI, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, t. 225, 1993, págs. 9 a 484.

## ARCARI, Maurizio

«Le risoluzioni 731 e 748 e i poteri del Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace», *Rivista di diritto internazionale* (Roma), vol. LXXV, N.º 3, 1992, págs. 932 a 965.

## BEDJAOU, Mohammed

«Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité», *Nouveaux itinéraires en droit.—Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, t. XXII, 1993, págs. 69 a 110.

## BEN SALAH, Ahmed

«Autodétermination des peuples: les deux niveaux», *Marxisme, démocratie et droit des peuples.—Hommage à Lelio Basso*, textos reunidos por G. Amato et al., Milán, Franco Angeli Editore, 1979, págs. 727 a 732.

## BINDSCHEDLER, Rudolf L.

«La Conférence sur la sécurité en Europe et le règlement pacifique des différends», *Comunicazioni e Studi.—Il processo internazionale: Studi in onore di Gaetano Morelli*, Milán, Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, Giuffrè, vol. 14, 1975, págs. 101 a 118.

- BOWETT, D. W.  
«Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1983-II*, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, t. 180, 1984, págs. 169 a 236.
- BRIGGS, Herbert W.  
*The International Law Commission*, Ithaca (Nueva York), Cornell University Press, 1965.
- CAFLISCH, Lucius  
«La pratique suisse en matière de droit international public 1972», *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXIX, 1973, págs. 287 y ss.  
«La pratique suisse en matière de droit international public 1980», *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXXVII, 1981, págs. 181 a 278.
- CARDONA LLORÉNS, Jorge  
«La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el "crimen internacional")», *Anuario de Derecho Internacional* (Facultad de Derecho, Universidad de Navarra), vol. VIII, 1985, págs. 265 a 336.
- CARELLA, Gabriella  
*La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Nápoles, Coll. Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Bari 82, Jovene, 1985.
- CASSESE, Antonio  
«Political self-determination.—Old concepts and new developments», *UN Law/Fundamental Rights: Two Topics in International Law*, publicado bajo la dirección de A. Cassese, Alphen ann den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 137 a 165.  
«Remarks on the present legal regulation of crimes of States», *Le droit international à l'heure de sa codification. —Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, t. III, 1987, págs. 49 a 64.
- CONFORTI, Benedetto  
«Il tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali», *Le droit international à l'heure de sa codification. —Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, t. III, 1987, págs. 99 a 111.
- COTTERAU, Gilles  
«De la responsabilité de l'Iraq selon la résolution 687 du Conseil de sécurité», *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXXVII, 1991, págs. 99 a 117.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent  
«Le règlement des différends dans l'œuvre de la Commission du droit international: vers une codification progressive?», *Perspectives du droit international et européen. — Recueil d'études à la mémoire de Gilbert Apollis*, Paris, Pedone, 1992, págs. 29 a 46.
- DAHM, Georg  
*Völkerrecht*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, t. 3, 1961.
- DE HOOGH, A. J. J.  
«The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: Peremptory norms in perspective», *Austrian Journal of Public International Law* (Viena, Nueva York), vol. 42, N.º 2, 1991, págs. 183 a 214.
- DELBRÜCK, Jost  
«International economic sanctions and third States», *Archiv des Völkerrechts*, textos reunidos por O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch y W. Rudolf, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), t. 30, N.º 1, 1992, págs. 86 a 100.  
*The Future of International Law Enforcement: New Scenarios—New Law? Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law, March 25 to 27, 1992*, publicado bajo la dirección de J. Delbrück, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.
- DELEAU, O.  
«Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités», *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XV, 1969, págs. 7 a 23.
- DINSTEIN, Yoram  
«The *erga omnes* applicability of human rights», *Archiv des Völkerrechts*, textos reunidos por O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch y W. Rudolf, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), t. 30, N.º 1, 1992, págs. 16 a 21.
- DOEHRING, Karl  
«Die Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 47, 1987, págs. 44 a 55.
- DOMINICÉ, Ch.  
«Legal questions relating to the consequences of international crimes», *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, N.º 10, Institut universitaire européen, publicado bajo la dirección de J. H. H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, Berlín, Nueva York, de Gruyter, 1989, págs. 261 a 263.  
«The need to abolish the concept of punishment», *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, N.º 10, Institut universitaire européen, publicado bajo la dirección de J. H. H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, Berlín, Nueva York, de Gruyter, 1989, págs. 257 y 258.
- DROST, Pieter N.  
*The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1959, livre 1, Humanicide: International Governmental Crime against Individual Human Rights.
- DUPUY, Pierre-Marie  
«Observations sur le "crime international de l'État"», *Revue générale de droit international public* (Paris), t. 84/1980/2, 1980, págs. 449 a 486.  
«Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite», *Revue générale de droit international public* (Paris), t. 87/1983/3, 1983, págs. 505 a 548.  
«Implications of the institutionalization of international crimes of States», *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, N.º 10, Institut universitaire européen, publicado bajo la dirección de J. H. H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, Berlín, Nueva York, de Gruyter, 1989, págs. 170 a 185.
- DUPUY, R. J.  
«Codification et règlement des différends.—Les débats de Vienne sur les procédures de règlement», *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XV, 1969, págs. 70 a 91.
- ELAGAB, Omer Yousif  
*The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- ELIAS, T. O.  
«Introduction to the debate», *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, N.º 10, Institut universitaire européen, publicado bajo la dirección de J. H. H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, Berlín, Nueva York, de Gruyter, 1989, págs. 189 a 193.
- FORLATI PICCHIO, M. Laura  
*La sanzione nel diritto internazionale*, pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova, Padua, CEDAM, vol. XLVII, 1974.
- FRANCK, T.  
*The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a Fragmented World*, Nueva York, Macmillan, 1968.

- FRANCK, Thomas M y M EL BARADEI  
 «The codification and progressive development of international law A UNITAR study of the role and use of the International Law Commission», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], vol 76, 1982, pages 630 a 639
- FRÖWEIN, Jochen  
 «Collective enforcement of international obligations», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol 47, 1987, pages 67 a 79
- GAJA, Giorgio  
 «Reflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial —A propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des Etats» *Revue générale de droit international public* (Paris), t XCVII-1993, pages 297 a 320
- GOODRICH, Leland M, E HAMBRO y A P SIMONS  
*Charter of the United Nations Commentary and Documents*, Nueva York, Londres, Columbia University Press, 3<sup>a</sup> ed revisada, 1969
- GRAEFRATH, Bernhard  
 «International crimes—A specific regime of international responsibility of States and its legal consequences», *International Crimes of State—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, serie A, droit, N° 10, Institut universitaire européen, publicado bajo la dirección de J H H Weiler, A Cassese y M Spinedi, Berlin, Nueva York, de Gruyter, 1989, pages 161 a 169
- «Leave to the Court what belongs to the Court The Libyan case», *Journal européen de droit international*, vol 4, N° 2, 1993, pages 184 y ss
- GRAEFRATH, Bernhard y M MOHR  
 «Legal consequences of an act of aggression The case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait», *Austrian Journal of Public International Law* (Viena, Nueva York), vol 43, N° 2-3, 1992, pages 109 a 138
- GUARINO, Giancarlo  
*Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoles, Jovene, 1984
- HABICHT, Max  
*Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1931
- HAILBRONNER, Kay  
 «Sanctions and third parties and the concept of international public order», *Archiv des Völkerrechts*, textos reunidos por O Kimmich, Ph Künig, I von Münch y W Rudolf, Tübingen, J C B Mohr (Paul Siebeck), t 30, N° 1, 1992, pages 2 a 15
- HIGGINS, Rosalyn  
*The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Londres, Nueva York, Toronto, Oxford University Press, 1963
- HOFMANN, Rainer  
 «Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol 45, 1985, pages 195 a 231
- HUTCHINSON, D N  
 «Solidarity and breaches of multilateral treaties», *The British Year Book of International Law* 1988 (Oxford), 1989, vol 59, pages 151 a 215
- JACOVIDES, Andreas J  
 «Peaceful settlement of disputes in ocean conflicts Does UNCLOS III point the way?», *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B Sohn*, publicado bajo la dirección de T Buergenthal, Kehl, Estrasburgo, Arlington, Engel, 1984, pages 165 a 168
- JENNINGS, R Y  
 «The progressive development of international law and its codification», *The British Year Book of International Law* 1947 (Londres, Nueva York, Toronto), vol 24, pages 301 a 329
- JIMENEZ DE ARECHAGA, E  
 «Crimes of State, *ius standi*, and third States», *International Crimes of State—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, serie A, droit, N° 10, Institut universitaire européen, publicado bajo la dirección de J H H Weiler, A Cassese y M Spinedi, Berlin, Nueva York, de Gruyter, 1989, pages 255 y 256
- KEARNEY, R D y R E DALTON  
 «The treaty on treaties», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], vol 64, 1970, pages 495 y ss
- KELSEN, Hans  
 «The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], vol 39, 1945, pages 518 y ss
- Pure Theory of Law*, Berkeley, Los Angeles, Londres, University of California Press, 1978
- KLEIN, Eckart  
 «Paralleles Tätigwerden von Sicherheitsrat und Internationalem Gerichtshof bei friedensbedrohenden Streitigkeiten», *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte Festschrift für Hermann Mosler*, textos reunidos por R Bernhardt et al, Berlin, Heidelberg, Nueva York, Springer-Verlag, 1983, t 81, pages 467 a 492
- «Sanctions by international organizations and economic communities», *Archiv des Völkerrechts*, textos reunidos por O Kimmich, Ph Künig, I von Münch y W Rudolf, Tübingen, J C B Mohr (Paul Siebeck), t 30, N° 1, 1992, pages 102 a 106
- LATTANZI, Flavia  
*Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milan, Giuffrè, N° 18, 1983
- LEBEN, Charles  
 «Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions a l'illicite dans la société internationale», *Annuaire français de droit international* (Paris), vol XXVIII, 1982, pages 27 a 31
- LEE, Roy S  
 «A case for facilitation in the settlement of disputes», *German Yearbook of International Law* (Berlin), vol 34, 1991, pages 138 a 174
- LILLICH, Richard B  
*International Human Rights Problems of Law, Policy and Practice*, Boston, Toronto, Londres, Little, Brown and Company, 2<sup>a</sup> ed., 1991
- LORIMER, James  
*The Institutes of the Law of Nations a Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Edimburgo y Londres, William Blackwood and Sons, vols I y II, 1884
- MARAUHN, Thilo  
 «The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Irak by the Security Council», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol 52, 1992, pages 781 a 803
- MAREK, Krystyna  
 «Criminalizing State responsibility», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol XIV, 1978-1979-2, pages 460 a 485
- MOHR, Manfred  
 «The ILC's distinction between "international crimes" and "international delicts" and its implications», *United Nations Codification of State Responsibility*, publicado bajo la dirección de M Spinedi y B Simma, Nueva York, Oceana Publications, 1987, pages 115 a 141

NAHLIK, P

«La Conférence de Vienne sur le droit des traités—Une vue d'ensemble», *Annuaire français de droit international* (Paris), vol XV, 1969, pages 24 a 53

ODA, Shigeru

«Some reflections on the dispute settlement clauses in the United Nations Convention on the Law of the Sea», *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, publicado bajo la dirección de J Makarczyk, Institut de l'Etat et de droit de l'Académie polonaise des sciences, La Haya, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pages 645 a 656

OELLERS-FRAHM, Karin

«Comment The *erga omnes* applicability of human rights», *Archiv des Völkerrechts*, textos reunidos por O Kimmich, Ph Kunig, I von Munch y W Rudolf, Tübingen, J C B Mohr (Paul Siebeck), t 30, N<sup>o</sup> 1, 1992, pages 28 a 37

OPPENHEIM, L

*International Law A Treatise*, 7<sup>a</sup> ed, publicado bajo la dirección de H Lauterpacht, Londres, Nueva York, Toronto, Longmans, Green and Co, vol II, 1952, *Disputes, War and Neutrality*

QUIGLEY, John

«The International Law Commission's crime-delinct distinction A toothless tiger?», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Ginebra), vol 66, N<sup>o</sup> 2, abril-junio de 1988, pages 117 a 151

REISMAN, W Michael

«The constitutional crisis of the United Nations», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], vol 87, 1993, pages 83 y ss

RICHARDSON, Elliot L

«Dispute settlement under the Convention on the Law of the Sea A flexible and comprehensive extension of the rule of law to ocean space», *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B Sohn*, publicado bajo la dirección de T Buergethal, Kehl, Estrasburgo, Arlington, Engel, 1984, pages 149 a 164

RONZITTI, Natalino

*Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale*, Pisa, Pacini, 1974

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

ROSENNE, Shabtai

«The International Law Commission, 1949-59», *The British Year Book of International Law 1960* (Londres, Nueva York, Toronto), vol 36, 1961, pages 104 a 173

SACHARIEW, K

«State responsibility for multilateral treaty violations Identifying the "injured State" and its legal status», *Netherlands International Law Review* (Dordrecht), vol XXXV, N<sup>o</sup> 3, 1988, pages 273 a 289

SCHWARZENBERGER, Georg

«The problem of an international criminal law», *International Criminal Law*, publications of the Comparative Criminal Law Project, New York University, publicado bajo la dirección de G O W Mueller y Wise, South Hackensack (Nueva Jersey), Rothman & Co, Londres, Sweet & Maxwell Limited, vol 2, 1965, pages 3 a 40

SCISO, E

«Può la Corte internazionale di giustizia rilevare l'invalidità di una decisione del Consiglio di sicurezza?», *Rivista di diritto internazionale* (Roma), vol LXXV, N<sup>o</sup> 3, 1992, pages 369 a 374

SICILIANOS, Linos-Alexandre

*Les reactions decentralisees a l'illicite—Des contre-mesures a la legitime defense*, Paris, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1990

SIMMA, Bruno

«Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission», *Archiv des Völkerrechts*, textos reunidos por H-J Schlochauer, I von Munch, O Kimmich y W Rudolf, Tübingen, J C B Mohr (Paul Siebeck), t 24, 1986, pages 401 a 403

«International crimes Injury and countermeasures Comments on Part 2 of the ILC Work on State responsibility», *International Crimes of State—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, serie A, droit, N<sup>o</sup> 10, Institut universitaire europeen, publicado bajo la dirección de J H H Weiler, A Cassese y M Spinedi, Berlin, Nueva York, de Gruyter, 1989, pages 283 a 315

*Charta der Vereinten Nationen Kommentar*, publicado bajo la dirección de B Simma, Munich, C H Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991

SINCLAIR, Sir Ian

*The International Law Commission—Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, University of Cambridge Research Centre for International Law, Cambridge, Grotius, 1987

«State crimes implementation problems Who reacts?», *International Crimes of State—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, serie A, droit, N<sup>o</sup> 10, Institut universitaire europeen, publicado bajo la dirección de J H H Weiler, A Cassese y M Spinedi, Berlin, Nueva York, de Gruyter, 1989, pages 256 y 257

SPINEDI, Marina

«Contribution a l'etude de la distinction entre crimes et delits internationaux» *Quaderni de la Comunita Internazionale*, 1984, N<sup>o</sup> 2

«International crimes of State The legislative history», *International Crimes of State—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, serie A, droit, N<sup>o</sup> 10, Institut universitaire europeen, publicado bajo la dirección de J H H Weiler, A Cassese y M Spinedi, Berlin, Nueva York, de Gruyter, 1989, pages 7 a 138

STARACE, Vincenzo

«La responsabilitè resultant de la violation des obligations a l'egard de la communaute internationale», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye, 1976-V*, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, t 153, 1983, pages 265 a 313

TEN NAPEL, H M

«The concept of international crimes of States Walking the thin line between progressive development and disintegration of the international legal order», *Leiden Journal of International Law*, vol 1, N<sup>o</sup> 2, noviembre de 1988, pages 149 a 169

TOMUSCHAT, Christian

«The Lockerbie case before the International Court of Justice», *The Review* (Commission internationale de juristes), N<sup>o</sup> 48, junio de 1992, pages 38 a 48

TORRES BERNARDEZ, S

«Problems and issues raised by crimes of States An overview», *International Crimes of State—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, serie A, droit, N<sup>o</sup> 10, Institut universitaire europeen, publicado bajo la dirección de J H H Weiler, A Cassese y M Spinedi, Berlin, Nueva York, de Gruyter, 1989, pages 271 a 279

WELLER, Mark

«The Lockerbie case A premature end to the "New World Order"?», *Revue africaine de droit international et compare* (Londres), t 4, 1992, pages 302 a 324

WHITE, Robin C A

«Self-determination Time for a re-assessment», *Netherlands International Law Review* (Alphen aan den Rijn, Rockville [Maryland]), vol XXVIII, N<sup>o</sup> 2, 1981, pages 147 a 170

ZEMANEK, Karl

«The unilateral enforcement of international obligations», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol 47, 1987, pages 32 a 43

## Introducción

1. El presente informe se compone de dos capítulos, el primero de los cuales versa sobre la materia objeto de la tercera parte del proyecto de artículos de la responsabilidad de los Estados (el modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional) y el segundo sobre las consecuencias de las infracciones penales de los Estados tipificadas como «crímenes» en virtud del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos<sup>1</sup>. El capítulo I contiene asimismo el texto de los artículos propuestos y un anexo sobre la solución de las controversias. El capítulo II no incluye un proyecto de articulado por las razones que se indican al comienzo de dicho capítulo.

2. Aunque las materias objeto de los capítulos I y II se examinan por separado, ello no empece para que, como se verá, el grado de disponibilidad de los procedimientos de solución de las controversias y las posibilidades de hacer valer debidamente las consecuencias de los crímenes estén relacionados entre sí de manera más estrecha de lo que puede parecer a primera vista.

<sup>1</sup> Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

## CAPÍTULO I

### La tercera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados: los procedimientos de solución de las controversias

3. La sección A de este capítulo contiene un resumen de las propuestas que había hecho el anterior Relator Especial, Sr. Willem Riphagen, en 1985 y 1986, sobre la solución de las controversias, en especial los artículos 3 a 5 de la tercera parte del proyecto<sup>2</sup> y un resumen de los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General al respecto<sup>3</sup>. En la sección B se analizan las características de las contramedidas como medio indispensable para hacer efectiva la responsabilidad de los Estados, tomando como base los importantes debates sobre el tema celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión de

1984 a 1986<sup>4</sup> y en 1991<sup>5</sup> y 1992<sup>6</sup>. En la sección C se exponen las consecuencias que hay que deducir de la naturaleza de las contramedidas y de las declaraciones hechas sobre esta materia durante los debates para facilitar la decisión que la Comisión debe tomar con respecto a las disposiciones sobre la solución de controversias de la tercera parte del proyecto de artículos. La sección D contiene las soluciones recomendadas habida cuenta de los efectos positivos que podrían tener sobre el régimen de las contramedidas y la debida aplicación del derecho de la responsabilidad de los Estados en general. En la sección E se examina la práctica de la Comisión con respecto a las

<sup>2</sup> Para los comentarios del Relator Especial sobre la tercera parte del proyecto de artículos, véase su sexto informe [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), págs. 16 a 20, documento A/CN.4/389]; para el texto de los proyectos de artículos 1 a 5 y el anexo a la tercera parte, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86. El anexo también se reproduce en la nota 166 *infra*.

<sup>3</sup> Para el resumen de los debates de la Comisión de Derecho Internacional, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), párrs. 108 a 163, y *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), párrs. 40 a 65. Para un recuento detallado de la labor sobre este tema, véase *Anuario... 1985*, vol. I, 1890.<sup>a</sup> a 1902.<sup>a</sup> sesión, y *Anuario... 1986*, vol. I, 1952.<sup>a</sup> a 1956.<sup>a</sup> sesión. Para los debates en la Sexta Comisión, véanse los resúmenes temáticos correspondientes (A/CN.4/L.382 y A/CN.4/L.389, seccs. G y C, respectivamente).

<sup>4</sup> Para el resumen de los debates de la Comisión de Derecho Internacional en 1984, véase *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), párrs. 344 a 380. Para un recuento detallado de su labor, véase *Anuario... 1984*, vol. I, 1858.<sup>a</sup>, 1860.<sup>a</sup>, 1861.<sup>a</sup> y 1865.<sup>a</sup> a 1867.<sup>a</sup> sesión. Para los debates en la Sexta Comisión, véase el resumen temático correspondiente (A/CN.4/L.369 secc. D). Para 1985 y 1986, véase nota 2 *supra*.

<sup>5</sup> Para el resumen de los debates de la Comisión de Derecho Internacional, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párrs. 302 a 322. Para un recuento detallado de su labor, véase *Anuario... 1991*, vol. I, 2238.<sup>a</sup> sesión. Para los debates en la Sexta Comisión, véase el resumen temático correspondiente (A/CN.4/L.456, secc. E).

<sup>6</sup> Para el resumen de los debates de la Comisión de Derecho Internacional, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), párrs. 105 a 276. Para un recuento detallado de su labor, véase *Anuario... 1992*, vol. I, 2265.<sup>a</sup> a 2267.<sup>a</sup>, 2273.<sup>a</sup> a 2280.<sup>a</sup>, 2283.<sup>a</sup>, 2288.<sup>a</sup> y 2289.<sup>a</sup> sesión. Para los debates en la Sexta Comisión, véase el resumen temático correspondiente (A/CN.4/L.469, secc. F).

disposiciones sobre la solución de controversias destinadas a ser incluidas en sus proyectos a la luz de las exigencias del desarrollo progresivo del derecho en la esfera de la responsabilidad de los Estados. En la sección F figuran las propuestas relativas a los artículos de la tercera parte del proyecto y su anexo.

**A.—Proyecto de artículos relativos a la solución de las controversias examinados por la Comisión en sus períodos de sesiones 36.º y 37.º y en la Sexta Comisión en los períodos de sesiones cuadragésimo y cuadragésimo primero de la Asamblea General**

1. LAS PROPUESTAS DEL SR. RIPHAGEN

4. Las disposiciones sobre la solución de controversias propuestas por el anterior Relator Especial<sup>7</sup> estaban destinadas a ser operativas desde la fase en que, a tenor de su proyecto de artículo 3 de la tercera parte, se formularan objeciones respecto de medidas adoptadas o que se tuviera la intención de adoptar con arreglo a los artículos de la segunda parte que establecían el derecho del Estado presuntamente lesionado a recurrir a las contramedidas (en particular los proyectos de artículos 8 y 9 de la segunda parte<sup>8</sup>).

5. El párrafo 1 del proyecto de artículo 3 decía lo siguiente:

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 formularan objeciones respecto de medidas adoptadas o que se tuviera 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.

No obstante, de conformidad con el párrafo 2:

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

En caso de que no se pudiera llegar a una solución basada en los procedimientos mencionados en el proyecto de artículo 3, se preveía en los apartados *a*, *b* y *c* del proyecto de artículo 4 la aplicación de tres tipos de procedimientos.

6. El apartado *a* del proyecto de artículo 4 disponía que las controversias relativas a la aplicación o la interpretación de la disposición de la segunda parte que prohibía las contramedidas consistentes en la violación de una obligación basada en una «norma imperativa de derecho internacional general» (proyecto de artículo 12<sup>9</sup>) podían ser sometidas unilateralmente por cualquiera de las partes a la decisión de la Corte Internacional de Justicia.

7. El apartado *b* establecía la misma posibilidad en lo referente a las controversias relativas a «los demás dere-

chos y obligaciones» que la disposición correspondiente de la segunda parte (proyecto de artículo 14) establecía como consecuencias de los crímenes internacionales.

8. El apartado *c* versaba sobre la categoría más general de las controversias concernientes a la aplicación o interpretación de las disposiciones de la segunda parte relativas al régimen de las contramedidas (proyectos de artículos 9 a 13). Por lo que respecta a esas controversias, cualquiera de las partes podía, de conformidad con el apartado *c*, recurrir al procedimiento de conciliación—establecido en un anexo de los artículos—presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.

9. Como el Relator Especial no está dispuesto todavía, por las razones que ha indicado en diversas ocasiones, a hacer propuestas concretas a la Comisión sobre lo que el Sr. Riphagen llamaba en el apartado *b* de su proyecto de artículo 4 «los demás derechos y obligaciones» dimanantes de los hechos internacionalmente ilícitos a que se refiere el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos, no se abordará por ahora la disposición del apartado *b*.

2. LOS DEBATES EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y EN LA SEXTA COMISIÓN

10. Los comentarios de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los formulados en la Sexta Comisión sobre las propuestas antes mencionadas pueden clasificarse en cinco rúbricas, según que se refieran:

*a*) Al problema general preliminar de si hay que incluir en el proyecto disposiciones sobre la solución de controversias;

*b*) A la relación entre los procedimientos de solución de las controversias que se establezcan en el proyecto y cualesquiera disposiciones sobre la solución de controversias que estén en vigor entre las partes;

*c*) A la naturaleza de los procedimientos de solución de acuerdo con:

i) El momento en que deban iniciarse esos procedimientos para hacer efectiva la relación de responsabilidad;

ii) La medida en que deba ser obligatorio recurrir a esos procedimientos;

iii) El carácter vinculante o no vinculante de su resultado;

*d*) A las disposiciones del proyecto (sustantivas o adjetivas) a que deban aplicarse los procedimientos previstos;

*e*) A la cuestión de las reservas.

*a) Aspectos generales del problema*

11. Por lo que respecta a la cuestión preliminar general de si debían incluirse en el proyecto disposiciones sobre

<sup>7</sup> Véase nota 2 *supra*.

<sup>8</sup> Para el texto de los proyectos de artículos 6 a 16, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 20 y 21, nota 66.

<sup>9</sup> *Ibid.*



la solución de controversias, algunos miembros dieron una respuesta afirmativa<sup>10</sup>.

12. Algunos miembros señalaron que la convención sobre la responsabilidad de los Estados sería incompleta e ineficaz sin un procedimiento obligatorio para la solución de determinadas controversias<sup>11</sup>. Otros opinaron que la no inclusión en la convención de un procedimiento obligatorio de solución de las controversias sería inaceptable para los Estados<sup>12</sup>. Sea como fuere, era evidente que habría que establecer un cuidadoso equilibrio entre la necesidad de

por una parte, evitar la anulación o disminución de la finalidad y la efectividad de la futura convención que pueda causar la falta de unos procedimientos eficaces para la solución de controversias y, por otra parte, evitar reducir la aceptabilidad de la futura convención dando demasiada rigidez al procedimiento de solución de controversias<sup>13</sup>.

Otros, por el contrario, afirmaron que las propuestas del Relator Especial sobre la tercera parte suscitarían inevitablemente desacuerdos en la Comisión y señalaron que en el caso de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Comisión había dejado el delicado problema de la inclusión de un procedimiento de solución de controversias a la Conferencia de plenipotenciarios<sup>14</sup>.

13. Con ocasión de los debates en la Sexta Comisión, el Brasil calificó de delicada la elaboración de la tercera parte y sólo con renuencia convino en que esa parte era necesaria<sup>15</sup>. Alemania<sup>16</sup>, Jamaica<sup>17</sup>, Grecia<sup>18</sup>, Nigeria<sup>19</sup>, Chipre<sup>20</sup>, Nueva Zelanda<sup>21</sup>, España<sup>22</sup>, Túnez<sup>23</sup>, Somalia<sup>24</sup> y Kenya<sup>25</sup> apoyaron la inclusión de procedimientos obligatorios de solución de las controversias. Etiopía<sup>26</sup>, China<sup>27</sup>, Australia<sup>28</sup> y Marruecos<sup>29</sup> opinaron que había que

obrar con cautela en la elaboración de la tercera parte en vista de la renuencia de los Estados a someterse a procedimientos obligatorios de solución por intervención de un tercero.

b) *Relación entre los procedimientos propuestos y cualesquiera disposiciones sobre la solución de controversias en vigor entre las partes*

14. Por lo que respecta a la relación entre los procedimientos de solución de las controversias que se establecieran en el proyecto y cualesquiera disposiciones sobre la solución de controversias en vigor entre las partes (párrafo 2 del artículo 3 del proyecto del Sr. Riphagen), un miembro de la Comisión subrayó que el proyecto de artículo 3 debía precisar que había que dar preferencia a los procedimientos en vigor entre las partes en la controversia<sup>30</sup>. Algunos otros miembros opinaron que la salvedad establecida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 3 también debía figurar en el proyecto de artículo 4<sup>31</sup>.

c) *Naturaleza de los procedimientos de solución*

15. Por lo que respecta a la naturaleza de los procedimientos de solución, es preciso distinguir diversos aspectos, a los que se refirieron los miembros de la Comisión.

16. Uno de ellos era el concerniente al momento en que debían iniciarse los procedimientos de solución previstos para hacer efectiva la remisión de responsabilidad<sup>32</sup>. Según uno de los miembros de la Comisión, el proyecto de artículo 3 debe prever un mayor alcance de los procedimientos de carácter facultativo establecidos en el Artículo 33 de la Carta<sup>33</sup> y abarcar, por ejemplo, los artículos 10 a 13 de la segunda parte del proyecto<sup>34</sup> o la totalidad de la tercera parte<sup>35</sup>. Además, algunos otros miembros opinaron que también tendría que haberse hecho referencia al proyecto de artículo 8 de la segunda parte<sup>36</sup>, o incluso a los proyectos de artículos 6 y 7 de la segunda parte<sup>37</sup>.

<sup>10</sup> El Sr McCaffrey (*Anuario 1985*, vol I, 1892<sup>a</sup> sesión), el Sr Al-Qaysi (*ibid*, 1899<sup>a</sup> sesión), el Sr Yankov (*ibid*) y el Sr El Rasheed Mohamed Ahmed (*ibid*, 1900<sup>a</sup> sesión)

<sup>11</sup> El Sr Calero Rodríguez (*ibid*, 1892<sup>a</sup> sesión), el Sr Huang (*ibid*, 1894<sup>a</sup> sesión) y el Sr Mahiou (*ibid*, 1897<sup>a</sup> sesión)

<sup>12</sup> Sir Ian Sinclair (*ibid*, 1895<sup>a</sup> sesión) El Sr Arangio-Ruiz (*ibid*, 1900<sup>a</sup> sesión), hizo observar que algunos Estados apoyaban un proyecto sin un procedimiento obligatorio de solución de las controversias, mientras que otros se mostrarían «reacios a aceptar cualquier desarrollo progresivo del derecho en un sector tan delicado sin un sistema adecuado de aplicación y de solución pacífica» Opinaba, por lo tanto, que el Relator Especial debía elaborar unos artículos sobre la base de la sección B de su sexto informe

<sup>13</sup> El Sr Huang (*ibid*, 1894<sup>a</sup> sesión) En el mismo sentido, el Sr Calero Rodríguez (*ibid*, 1892<sup>a</sup> sesión)

<sup>14</sup> El Sr Reuter (*ibid*, 1891<sup>a</sup> sesión)

<sup>15</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 23<sup>a</sup> sesión, párr 80

<sup>16</sup> *Ibid*, 24<sup>a</sup> sesión, párr 13

<sup>17</sup> *Ibid*, párrs 31 y 32

<sup>18</sup> *Ibid*, 25<sup>a</sup> sesión, párrs 39 y 40

<sup>19</sup> *Ibid*, 26<sup>a</sup> sesión, párrs 36 y 37

<sup>20</sup> *Ibid*, 27<sup>a</sup> sesión, párr 16

<sup>21</sup> *Ibid*, 31<sup>a</sup> sesión, párr 8

<sup>22</sup> *Ibid*, 32<sup>a</sup> sesión, párr 70

<sup>23</sup> *Ibid*, 33<sup>a</sup> sesión, párr 6

<sup>24</sup> *Ibid*, 35<sup>a</sup> sesión, párr 45

<sup>25</sup> *Ibid*, 36<sup>a</sup> sesión, párr 15

<sup>26</sup> *Ibid*, 27<sup>a</sup> sesión, párr 57

<sup>27</sup> *Ibid*, 30<sup>a</sup> sesión, párr 79

<sup>28</sup> *Ibid*, 31<sup>a</sup> sesión, párr 24

<sup>29</sup> *Ibid*, 36<sup>a</sup> sesión, párr 27

<sup>30</sup> El Sr Ogiso (*Anuario 1986*, vol I, 1954<sup>a</sup> sesión)

<sup>31</sup> Sir Ian Sinclair (*ibid*, 1953<sup>a</sup> sesión) A su juicio, la cláusula del párrafo 2 del artículo 3 (que salvaguarda los derechos y obligaciones en vigor entre las partes en materia de solución de controversias) debía aplicarse no solo a la disposición del párrafo 1 del proyecto de artículo 3 (medios de solución indicados en el Artículo 33 de la Carta), sino también a los derechos y obligaciones establecidos en virtud de los apartados a, b y c del artículo 4 El Sr Lacleta Muñoz (*ibid*, 1954<sup>a</sup> sesión) añadió que «no debería permitirse nada que impida que las controversias se sometan unilateralmente a la CIJ, según lo previsto en los apartados a y b del artículo 4»

El Sr Riphagen expresó un punto de vista similar en su sexto informe [*Anuario 1985*, vol II (primera parte) (vease nota 2 *supra*), párrs 16 a 18], al considerar que también las disposiciones de la segunda parte tenían ese carácter supletorio Esta opinión fue compartida, en particular, por Sir Ian Sinclair (*ibid*, vol I, 1895<sup>a</sup> sesión)

<sup>32</sup> El Sr McCaffrey consideró este punto de importancia fundamental para la cuestión de las relaciones entre las distintas partes del proyecto de artículos (*Anuario 1986*, vol I, 1953<sup>a</sup> sesión)

<sup>33</sup> El Sr Yankov (*ibid*, 1954<sup>a</sup> sesión)

<sup>34</sup> El Sr Jagota (*ibid*, 1955<sup>a</sup> sesión)

<sup>35</sup> El Sr Koroma (*ibid*)

<sup>36</sup> El Sr Reuter (*ibid*, 1953<sup>a</sup> sesión), el Sr Ogiso (*ibid*, 1954<sup>a</sup> sesión), el Sr Yankov (*ibid*), el Sr Jagota (*ibid*, 1955<sup>a</sup> sesión) y el Sr Razafindralambo (*ibid*, 1956<sup>a</sup> sesión)

<sup>37</sup> El Sr Ogiso (*ibid*, 1954<sup>a</sup> sesión) y el Sr Yankov (*ibid*)

17. Otro aspecto era el concerniente a la medida en que el recurso a los procedimientos previstos debía ser obligatorio. El Sr. Riphagen había manifestado en sus informes sexto y séptimo la intención de buscar inspiración en las correspondientes disposiciones sobre procedimientos de solución contenidas en otras convenciones<sup>38</sup>. Algunos miembros acogieron con agrado esa sugerencia<sup>39</sup>. El planteamiento en el sexto informe tuvo amplia aceptación<sup>40</sup>, aunque algunos miembros insistieron en que quizás los Estados se mostrarían reacios a incluir un procedimiento obligatorio de solución de las controversias en la tercera parte del proyecto<sup>41</sup>. Otros miembros, por el contrario, se opusieron totalmente a la inclusión de un procedimiento obligatorio de solución de las controversias<sup>42</sup>. En cualquier caso, conviene subrayar que, teniendo en cuenta la renuencia de los Estados a obligarse en relación con procedimientos de solución por intervención de un tercero, la mera remisión en el párrafo 1 del artículo 3 de la tercera parte del proyecto al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas fue acogida con satisfacción por varios miembros de la Comisión<sup>43</sup>. Por lo que respecta al «fondo» del

mecanismo propuesto por el anterior Relator Especial, un miembro de la Comisión consideró que sus propuestas eran en general aceptables en lo que se refería a los hechos internacionalmente ilícitos ordinarios<sup>44</sup>.

18. Durante los debates en la Sexta Comisión, los Estados también expusieron su posición a este respecto. Algunos<sup>45</sup> apoyaron la inclusión de procedimientos obligatorios de solución de las controversias —especialmente en lo referente a los aspectos delicados del proyecto que difícilmente podían dejarse al arbitrio de los Estados Miembros— aunque se preguntó si esos sistemas eran los que mejor satisfacían los intereses de la comunidad internacional<sup>46</sup>. Otros Estados se mostraron más reservados e insistieron en que había que obrar con cautela en la elaboración de la tercera parte, en vista de la renuencia de los Estados a someterse a procedimientos obligatorios de solución por intervención de un tercero<sup>47</sup>. En opinión de muchos otros Estados, la orientación gene-

<sup>38</sup> Para más detalle sobre esta cuestión, véase en particular el sexto informe del Sr. Riphagen sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos) y el modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias (tercera parte del proyecto de artículos) [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/389, págs. 17, párrs. 9 a 11 y 13]. En los comentarios a los artículos 3 y 4 en el séptimo informe [*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/397, págs. 5] figura una remisión expresa a las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (arts. 65 y 66).

<sup>39</sup> El Sr. Huang (*Anuario... 1985*, vol. I, 1894.ª sesión); el Sr. Koroma (ibid., 1990.ª sesión) y el Sr. Jagota (ibid., 1901.ª sesión) convinieron en que había que acudir a los instrumentos de codificación existentes. Sin embargo, en opinión del Sr. Huang, «no [convenía] adoptar un modelo en particular excluyendo a los demás». Otros miembros indicaron más directamente que el Relator Especial tenía razón en partir de una analogía con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: véanse, por ejemplo, el Sr. Sucharitkul (ibid., 1890.ª sesión); el Sr. Calero Rodríguez (ibid., 1892.ª sesión) y el Sr. Razafindralambo (ibid., 1898.ª sesión).

<sup>40</sup> El Sr. Reuter (ibid., 1891.ª sesión); el Sr. Calero Rodríguez (ibid., 1892.ª sesión); Sir Ian Sinclair (ibid., 1895.ª sesión); el Sr. Barboza (ibid., 1897.ª sesión); el Sr. Laclea Muñoz (ibid., 1899.ª sesión) y el Sr. Mahiou (ibid., 1897.ª sesión).

<sup>41</sup> El Sr. Calero Rodríguez (ibid., 1892.ª sesión); el Sr. Huang (ibid., 1894.ª sesión); el Sr. Mahiou (ibid., 1897.ª sesión) y el Sr. Arangio-Ruiz (ibid., 1900.ª sesión).

<sup>42</sup> El Sr. Flitan (ibid., 1893.ª sesión); el Sr. Balanda (ibid., 1894.ª sesión) y el Sr. Njenga (ibid., 1896.ª sesión). El Sr. Flitan expresó su preocupación por la posibilidad de que tal planteamiento pusiera en peligro la futura convención y opinó que, en vista de la importancia del proyecto de artículos para la comunidad internacional, sería más prudente hacer prueba de moderación con respecto al modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional. El Sr. Balanda mantuvo que, aunque sería necesario completar el proyecto con un procedimiento de solución de las controversias, probablemente era mejor prever disposiciones *ad hoc* ya que «los Estados desconfían cada vez más de la jurisdicción obligatoria como tal, de modo que, en lugar de sugerir un mecanismo demasiado vinculante, sería mejor proponer un sistema flexible que aliente a los Estados Partes en una controversia a reunirse para buscar una solución».

<sup>43</sup> En particular, el Sr. Calero Rodríguez (*Anuario... 1986*, vol. I, 1953.ª sesión); Sir Ian Sinclair (ibid.); el Sr. Sucharitkul (ibid., 1954.ª sesión); el Sr. Huang (ibid.); el Sr. Francis (ibid., 1955.ª sesión) y el Sr. Jacovides (ibid.). El Sr. Sucharitkul señaló que la enumeración de los medios de solución pacífica del Artículo 33 de la Carta no era taxativa y que también podía recurrirse a los «buenos oficios». El Sr. Huang opinó que, de conformidad con la práctica de los Estados, había que hacer hincapié en las negociaciones directas; el Sr. Arangio-

Ruiz (ibid., 1966.ª sesión) opinó que era posible señalar en el proyecto de artículo 3 o en su comentario los medios de solución indicados en el Artículo 33 de la Carta que se consideraban más apropiados.

<sup>44</sup> El Sr. McCaffrey (ibid., 1953.ª sesión). El Sr. Tomuschat (ibid., 1955.ª sesión), en cambio, hizo observar que la posibilidad de promover unilateralmente el procedimiento de conciliación obligatoria daría lugar a una metamorfosis del derecho internacional; la cuestión era si sería aceptable para los Estados. El Sr. Tomuschat y el Sr. Malek convinieron en que era importante no perder de vista lo que cabía razonablemente esperar alcanzar. El Sr. Malek agregó (ibid., 1952.ª sesión) que muchos mecanismos de investigación y conciliación creados fuera del marco de las Naciones Unidas se utilizaban raramente, ya que los Estados preferían someter sus controversias a los órganos principales de las organizaciones mundiales o regionales a fin de obtener el apoyo del público a su causa. En su sexto informe, el Sr. Riphagen había expresado la opinión de que el presunto Estado lesionado «no puede obligar por esa vía al presunto Estado autor a someterse a un procedimiento de solución de controversias no convenido entre ellos con respecto a la presunta violación... sólo el presunto Estado autor deberá tener facultades para iniciar el procedimiento de solución de controversias previsto en la tercera parte del proyecto de artículos» [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte) (véase nota 2 *supra*)]. Esto es contrario al planteamiento recogido en el artículo 42 y los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, a tenor de los cuales las dos partes en la controversia pueden promover el procedimiento de solución establecido en la Convención. El Sr. Calero Rodríguez (ibid., 1955.ª sesión) aprobó explícitamente el planteamiento adoptado por el Relator Especial que colocaba al Estado autor en la situación de tener que tomar la iniciativa de aplicar el procedimiento de conciliación obligatoria. En relación con el mismo aspecto, el Sr. Tomuschat, al hacer uso de la palabra (ibid., 1955.ª sesión) sostuvo que, en la medida en que fuera posible esa interpretación restrictiva de los apartados a y b del proyecto de artículo 4, el resultado sería un desequilibrio injustificado (puesto que sólo el presunto Estado autor podría presentar una solicitud a la Corte) que, además, podía «colocar en una situación muy embarazosa a la CIJ».

<sup>45</sup> En particular, Austria (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 33.ª sesión, párr. 55), Chipre (ibid., 27.ª sesión, párr. 16), España (ibid., 32.ª sesión, párr. 70), Grecia (ibid., 25.ª sesión, párrs. 39 y 40), Jamaica (ibid., 24.ª sesión, párr. 32), Kenya (ibid., 36.ª sesión, párr. 15), Nigeria (ibid., 26.ª sesión, párrs. 36 y 37), la República Federal de Alemania (ibid., 24.ª sesión, párr. 13), Somalia (ibid., 35.ª sesión, párr. 45) y Túnez (ibid., 33.ª sesión, párr. 6).

<sup>46</sup> Hungría (ibid., 30.ª sesión, párrs. 21 y 22), Jamaica (ibid., 24.ª sesión, párr. 32) y la República Democrática Alemana (ibid., 25.ª sesión, párr. 21) opinaron que los procedimientos de solución no debían limitarse a los de carácter obligatorio exclusivamente y que se debía dar cabida, por ejemplo, a la solución negociada.

<sup>47</sup> Esta opinión fue compartida por Etiopía (ibid., 27.ª sesión, párr. 57), China (ibid., 30.ª sesión, párr. 79), Australia (ibid., 31.ª sesión, párr. 24) y Marruecos (ibid., 36.ª sesión, párr. 27). Durante los

ral y, en especial, las disposiciones del proyecto de artículo 4 eran inaceptables porque no respetaban el principio de la libertad de elección de los medios de solución de controversias<sup>48</sup>.

19. El carácter vinculante o no vinculante del resultado del procedimiento fue también objeto de debate en la Comisión. La propuesta de limitar la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia a la determinación de si existía una norma de *jus cogens* aplicable a la violación de que se tratase (apartado *a* del proyecto de artículo 4) o si se había cometido un crimen internacional (apartado *b* del proyecto de artículo 4)<sup>49</sup> suscitó diversas reacciones en la Comisión. Algunos miembros apoyaban la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, tal como se disponía en los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 4<sup>50</sup>. Se señaló a este respecto que la Corte, debido a los cambios en su composición, se había deshecho de su imagen de órgano conservador y resultaba más aceptable para un mayor número de Estados<sup>51</sup>.

20. Un miembro estimó que atribuir jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia era a todas luces la solución ideal<sup>52</sup>, mientras que otro manifestó ser partidario de la jurisdicción obligatoria sólo en relación con el apartado *a* del proyecto de artículo 4<sup>53</sup>. Algunos miembros opinaron que

---

debates relativos a las propuestas formuladas en el séptimo informe del Sr. Riphagen (véase nota 39 *supra*), Marruecos (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 38.ª sesión, párr. 31) y Nueva Zelanda (*ibid.*, 44.ª sesión, párr. 52) aceptaron la conciliación obligatoria.

<sup>48</sup> Hungría (*ibid.*, 34.ª sesión, párr. 34) señaló que muchos Estados no habían ratificado la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ni habían aceptado la cláusula facultativa del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte. Véase asimismo Bahrein (*ibid.*, 38.ª sesión, párr. 66), Bulgaria (*ibid.*, párrs. 87 a 89), Checoslovaquia (*ibid.*, 34.ª sesión, párr. 47), Etiopía (*ibid.*, 38.ª sesión, párr. 22), Francia (*ibid.*, 41.ª sesión, párr. 43), Israel (*ibid.*, 41.ª sesión, párr. 9), Kuwait (*ibid.*, 43.ª sesión, párr. 34), Marruecos (*ibid.*, 38.ª sesión, párr. 31), la República Democrática Alemana (*ibid.*, 36.ª sesión, párrs. 37, 40 y 41), la República Socialista Soviética de Ucrania (*ibid.*, 37.ª sesión, párr. 60), Rumania (*ibid.*, 36.ª sesión, párr. 73) y Venezuela (*ibid.*, 43.ª sesión, párr. 16). El Iraq sostuvo que la conciliación obligatoria no era siempre un medio eficaz (*ibid.*, 34.ª sesión, párr. 60).

<sup>49</sup> Este planteamiento, adoptado por el Sr. Riphagen (*Anuario... 1986*, vol. I, 1952.ª y 1956.ª sesión), se asemeja a la sugerencia formulada por el Sr. McCaffrey (*ibid.*, 1953.ª sesión) quien, aun sin estar convencido de las ventajas de la jurisdicción obligatoria de la Corte, dijo que preferiría que se limitase «a decidir si una controversia implica una norma de *jus cogens* o un crimen internacional». El Sr. Tomuschat, en su intervención (*ibid.*, 1955.ª sesión), señaló que la equiparación con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados no estaba totalmente justificada ya que el alcance de la jurisdicción de la Corte en materia de responsabilidad de los Estados sería más amplio que a tenor de la Convención de Viena y abarcaría las controversias relativas al *jus cogens* o los crímenes internacionales íntegramente y con todas sus consecuencias jurídicas. El Sr. Koroma (*ibid.*) se declaró partidario de remitir a la Corte todos los casos en que presuntamente se hubiere cometido una violación de una norma de *jus cogens* o un crimen internacional.

<sup>50</sup> El Sr. Arangio-Ruiz (*ibid.*, 1952.ª y 1955.ª sesión); el Sr. Calero Rodríguez (*ibid.*, 1953.ª sesión); el Sr. Laclata Muñoz (*ibid.*, 1954.ª sesión); el Sr. Tomuschat (*ibid.*, 1955.ª sesión); el Sr. Koroma (*ibid.*); el Sr. Francis (*ibid.*) y el Sr. Jacovides (*ibid.*).

<sup>51</sup> El Sr. Arangio-Ruiz (*ibid.*, 1952.ª sesión).

<sup>52</sup> El Sr. Thiam (*ibid.*, 1956.ª sesión).

<sup>53</sup> El Sr. Sucharitkul (*ibid.*, 1954.ª sesión).

el hecho de que el mecanismo obligatorio de solución de controversias aplicable a la interpretación y aplicación de los artículos de la primera parte y la segunda parte del proyecto inevitablemente abarcaría un campo muy vasto no debe disuadir a la Comisión de intentar crear tal mecanismo<sup>54</sup>.

Algunos miembros preferían que no se hiciera en absoluto referencia a las normas de *jus cogens* pero convinieron en que, si se mantenía el apartado *a* del proyecto de artículo 4; la decisión sobre el contenido del *jus cogens* indudablemente tenía que ser adoptada por la Corte Internacional de Justicia<sup>55</sup>. Otros consideraron que la propuesta del apartado *a* del proyecto de artículo 4 era buena, pero que estaban en desacuerdo con la práctica dado el pequeño número de Estados que habían aceptado la cláusula facultativa del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>56</sup>.

21. Por lo que respecta a las controversias relativas a la aplicación o la interpretación de disposiciones sobre el *jus cogens* y los crímenes internacionales, algunos miembros se preguntaron por qué el proyecto de artículo 4, a diferencia de las disposiciones correspondientes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en que se basaba, no contemplaba la posibilidad de someter tales controversias al arbitraje por acuerdo mutuo<sup>57</sup>. Se consideró que esta cuestión necesitaba ser aclarada por dos razones: se señaló, en primer lugar, que, si bien la Convención de Viena autorizaba el recurso al arbitraje, la referencia a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia aparentemente había impedido hasta ahora que muchos países en desarrollo ratificasen dicha Convención<sup>58</sup>. Se señaló además que, aunque el párrafo 1 del proyecto de artículo 3 de la tercera parte del proyecto remitía al Artículo 33 de la Carta (que comprende el arreglo judicial), el proyecto de artículo 4 atribuía jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia y no mencionaba el arbitraje<sup>59</sup>. Un miembro, en cambio, estimó que el Relator Especial se había abstenido acertadamente de prever la posibilidad de arbitraje en los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 4<sup>60</sup>, ya que, desde el punto de vista del desarrollo en la jurisprudencia, «el hecho de que la decisión se deje a la Corte dará lugar a un desarrollo más uniforme»<sup>61</sup>. El Sr. Riphagen explicó que, si bien con respecto al *jus cogens*, los crímenes internacionales y la aplicación de la Carta las normas de la tercera parte no tenían carácter supletorio, la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia era limitada<sup>62</sup>. Añadió después, de modo harto confuso, que, de conformidad con el

<sup>54</sup> Sir Ian Sinclair (*Anuario... 1985*, vol. I, 1895.ª sesión). En el mismo sentido, el Sr. Jacovides (*Anuario... 1986*, vol. I, 1955.ª sesión).

<sup>55</sup> El Sr. Ogiso (*ibid.*, 1954.ª sesión).

<sup>56</sup> El Sr. Huang (*ibid.*) y el Sr. Díaz González (*ibid.*). Análogamente, pero con respecto al artículo 4 en su totalidad, el Sr. Malek (*ibid.*, 1952.ª sesión).

<sup>57</sup> El Sr. Malek (*ibid.*); el Sr. Ogiso (*ibid.*, 1954.ª sesión); el Sr. Yankov (*ibid.*, 1959.ª sesión) y el Sr. Razafindralambo (*ibid.*, 1956.ª sesión).

<sup>58</sup> El Sr. Razafindralambo (*ibid.*, 1956.ª sesión).

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> El Sr. Francis (*ibid.*, 1955.ª sesión).

<sup>61</sup> *Ibid.* Véase también la intervención del Sr. Riphagen (*ibid.*, 1956.ª sesión).

<sup>62</sup> *Ibid.*

párrafo 1 del proyecto de artículo 3, las partes eran libres, por supuesto, de someter la controversia al arbitraje<sup>63</sup>.

22. En la Sexta Comisión, muchos Estados Miembros<sup>64</sup> apoyaron la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las controversias relativas al *jus cogens* y los crímenes internacionales. En el caso de otras controversias, eran partidarios de una remisión a la enumeración flexible de los medios de solución contenida en el Artículo 33 de la Carta y, además, de la conciliación obligatoria. Italia sostuvo que había que prever en los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 4 la posibilidad del recurso al arbitraje<sup>65</sup>, mientras que Chipre hubiera preferido que todas las controversias a que fuera aplicable el proyecto de artículo 4 se resolvieran mediante un sistema de solución de controversias que implicara una decisión vinculante de la Corte Internacional de Justicia o de un tribunal penal internacional<sup>66</sup>.

23. Otro aspecto técnico acerca del cual algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional expresaron dudas es el que se refiere al plazo de 12 meses señalado en el proyecto de artículo 4, que algunos<sup>67</sup> consideraron demasiado largo.

d) *Disposiciones del proyecto a las que deberían aplicarse los procedimientos previstos*

24. Otra cuestión que se planteó fue la de la identificación de las disposiciones (sustantivas o adjetivas) del proyecto a las que deberían aplicarse, en relación con su aplicación o interpretación, los procedimientos previstos. Algunos miembros<sup>68</sup>, durante el debate sobre el sexto informe, expresaron su preocupación por la declaración del Sr. Riphagen, de que el establecimiento de un sistema separado de solución de controversias pudiera dar pie a afirmar que equivalía a

la creación de un procedimiento multilateral obligatorio de solución de las controversias relativas a todas las obligaciones (primarias), actuales y futuras, que el derecho internacional imponga a los Estados que lle-

guen a ser partes en la convención sobre la responsabilidad de los Estados<sup>69</sup>.

En cambio, algunos miembros opinaron que la aplicación de la tercera parte del proyecto, en la forma en que estaba redactada, parecía limitarse a la segunda parte en vez de abarcar también la primera parte<sup>70</sup>.

e) *La cuestión de las reservas*

25. Por lo que respecta al proyecto de artículo 5, algunos miembros hicieron observaciones sobre la admisibilidad de las reservas en relación con la tercera parte del proyecto<sup>71</sup>. Un miembro consideró aceptable la disposición del proyecto de artículo 5 que excluía las reservas, excepto en relación con la aplicación del apartado *c* del proyecto de artículo 4 a las controversias relativas a contramedidas en los casos en que el derecho presuntamente conculcado por esas contramedidas dimanase exclusivamente de un tratado celebrado antes de la entrada en vigor de la convención, mientras que otros miembros<sup>72</sup> opinaron que la regla de la irretroactividad del proyecto de artículo 5 era excesivamente restrictiva<sup>73</sup>. Por lo demás, otros

<sup>69</sup> *Ibid.*, vol. II (primera parte) (véase nota 2 *supra*).

<sup>70</sup> En particular, Sir Ian Sinclair (*Anuario... 1986*, vol. I, 1952.<sup>a</sup> y 1953.<sup>a</sup> sesión); el Sr. Arangio-Ruiz (*ibid.*, 1952.<sup>a</sup> sesión); el Sr. McCaffrey (*ibid.*, 1953.<sup>a</sup> sesión) y el Sr. Thiam (*ibid.*, 1956.<sup>a</sup> sesión). El Sr. Razafindralambo (*ibid.*) opinó que era lógico deducir que las tres partes del proyecto constituían un todo coherente. Señaló, sin embargo, que le gustaría que la tercera parte contuviera una remisión más clara a la primera parte. El Relator Especial dejó bien sentado (*ibid.*, 1952.<sup>a</sup> sesión) que las tres partes del proyecto eran interdependientes. Señaló además (*ibid.*, 1956.<sup>a</sup> sesión) que «en toda tentativa de aplicar las disposiciones de la segunda parte, es imposible eludir la aplicación de las disposiciones de la primera parte».

<sup>71</sup> Sir Ian Sinclair (*Anuario... 1985*, vol. I, 1895.<sup>a</sup> sesión) sostuvo que el Relator Especial, al elaborar los detalles, debía agregar «algún tipo de plazo de prescripción para excluir los litigios relativos a actos o hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la convención propuesta».

<sup>72</sup> En particular, el Sr. Sucharitkul (*Anuario... 1986*, vol. I, 1954.<sup>a</sup> sesión) y el Sr. Laclata Muñoz (*ibid.*). El Sr. Reuter y el Sr. Ogiso, aunque consideraban aceptable en general el proyecto de artículo 5, y el Sr. Jacovides, que también se inclinaba a aceptarlo, señalaron —como hicieron otros miembros— que la cuestión decisiva de las reservas podría resolverse, de acuerdo con la tradición, en una futura conferencia diplomática. Véase, sobre este punto, el Sr. Reuter (*ibid.*, 1953.<sup>a</sup> sesión); el Sr. Laclata Muñoz (*ibid.*, 1954.<sup>a</sup> sesión); el Sr. Ogiso (*ibid.*); el Sr. Yankov (*ibid.*); el Sr. Tomuschat (*ibid.*, 1955.<sup>a</sup> sesión); el Sr. Jacovides (*ibid.*) y el Sr. Razafindralambo (*ibid.*, 1956.<sup>a</sup> sesión). El Sr. Malek, aunque convino con el Sr. Yankov en que la posibilidad de formular reservas a la tercera parte haría que la convención resultase mucho más aceptable para los Estados, expresó su desacuerdo con la inclinación del Sr. Yankov a aceptar reservas a la futura convención. Hizo observar en especial (*ibid.*, 1952.<sup>a</sup> sesión) que, a junio de 1985, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados sólo había sido ratificada por 46 Estados, 10 de los cuales habían formulado reservas u objeciones al procedimiento de solución de las controversias. A juicio del Sr. Yankov (*ibid.*, 1954.<sup>a</sup> sesión), la aceptación de reservas a la futura convención estaba en conformidad con la Convención de Viena y con los artículos 297 y 298 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativos a las limitaciones y excepciones a la aplicabilidad de procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias.

<sup>73</sup> Entre ellos, el Sr. Tomuschat (*ibid.*, 1955.<sup>a</sup> sesión). El Sr. Jagota (*ibid.*), propuso establecer simplemente que las reservas estarían autorizadas en el caso de las controversias nacidas después de la entrada en vigor de la futura convención. Sin embargo, no está totalmente claro si este planteamiento resultaría menos restrictivo.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> En particular la Argentina (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 40.<sup>a</sup> sesión, párr. 27), el Brasil (*ibid.*, 34.<sup>a</sup> sesión, párr. 11), el Canadá (*ibid.*, 40.<sup>a</sup> sesión, párr. 39), Chile (*ibid.*, 43.<sup>a</sup> sesión, párr. 62), Dinamarca (*ibid.*, 36.<sup>a</sup> sesión, párr. 66), Grecia (*ibid.*, 42.<sup>a</sup> sesión, párr. 36), Irlanda (*ibid.*, 32.<sup>a</sup> sesión, párrs. 8 y 9), Italia (*ibid.*, párr. 21), Madagascar (*ibid.*, 30.<sup>a</sup> sesión, párrs. 41 y 42), la República Federal de Alemania (*ibid.*, 36.<sup>a</sup> sesión, párr. 57), Sierra Leona (*ibid.*, 27.<sup>a</sup> sesión, párr. 90) y el Sudán (*ibid.*, 40.<sup>a</sup> sesión, párr. 41).

<sup>65</sup> *Ibid.*, 32.<sup>a</sup> sesión, párr. 21.

<sup>66</sup> *Ibid.*, 37.<sup>a</sup> sesión, párr. 11.

<sup>67</sup> En particular, el Sr. Flitan (*Anuario... 1986*, vol. I, 1952.<sup>a</sup> sesión) y el Sr. McCaffrey (*ibid.*, 1953.<sup>a</sup> sesión). Algunos estimaron que la fijación de ese plazo debía depender del tipo de mecanismo de solución utilizado; entre ellos, el Sr. Ogiso (*ibid.*, 1954.<sup>a</sup> sesión) y el Sr. Roucouas (*ibid.*, 1956.<sup>a</sup> sesión). El Sr. Flitan (*ibid.*, 1952.<sup>a</sup> sesión) subrayó la necesidad de una disposición sobre los casos de especial urgencia y algunos miembros propusieron que se sustituyeran las palabras «dentro de los 12 meses siguientes» por «dentro de un período razonable», en especial el Sr. Jagota, (*ibid.*, 1955.<sup>a</sup> sesión) y el Sr. Balanda (*ibid.*).

<sup>68</sup> Sr. Calero Rodrigues (*Anuario... 1985*, vol. I, 1892.<sup>a</sup> sesión).

miembros<sup>74</sup> no estaban convencidos de la utilidad del proyecto de artículo 5 y opinaron que era preferible no adoptar un criterio definitivo.

26. Durante el debate en la Sexta Comisión, la mayoría de los Estados<sup>75</sup> preconizaron un planteamiento más flexible de la cuestión de las reservas. Para un Estado<sup>76</sup>, el proyecto de artículo 5 era aceptable, mientras que para otros la cuestión debía dejarse a la futura conferencia diplomática<sup>77</sup>.

### 3. CONCLUSIÓN

27. En términos generales, la Comisión pareció, en 1985 y 1986, satisfecha con el sistema general de solución de las controversias resultante de las disposiciones elaboradas por el Sr. Riphagen para los artículos correspondientes en la tercera parte del proyecto, es decir el efecto conjunto del párrafo 1 del proyecto de artículo 3 y el apartado c del proyecto de artículo 4, tal como habían sido propuestos en 1986; y, por supuesto, el párrafo 2 del proyecto de artículo 3.

28. La Comisión debería reexaminar cuidadosamente toda la cuestión teniendo en cuenta la necesidad de contener los aspectos negativos de las contramedidas denunciados en los informes tercero<sup>78</sup> y cuarto<sup>79</sup> y claramente expuestos en el debate de la Sexta Comisión el pasado año (véase *infra*, párrs. 30 a 35). Diversos elementos, en especial las mejores perspectivas de solución de las controversias a que apuntan hechos y actitudes recientes y no tan recientes, parecen indicar que una solución más compleja es a la vez necesaria y posible. También habría que estudiar seriamente la conveniencia de que un órgano como la Comisión aproveche la oportunidad para hacer una importante contribución, teniendo en cuenta la letra y el espíritu de la resolución 44/23 de la Asamblea General sobre el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, al desarrollo progresivo de una esfera decisiva del derecho internacional que no parece haber sido tratada debidamente hasta ahora en el marco del proceso de codificación.

#### B.—La solución de las controversias en la tercera parte del proyecto

##### 1. LOS CARACTERES PROBLEMÁTICOS DE LAS REACCIONES UNILATERALES

29. La inclusión en la tercera parte del proyecto de procedimientos detallados de solución de las controversias es

<sup>74</sup> En particular, el Sr. Calero Rodrigues (*ibid.*, 1953.<sup>a</sup> sesión) y el Sr. Francis (*ibid.*, 1955.<sup>a</sup> sesión).

<sup>75</sup> Entre ellos, China (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 39.<sup>a</sup> sesión, párr. 28). Austria sostuvo que no se podía impedir a los Estados que formularan reservas con respecto a los apartados a y b del artículo 4 (*ibid.*, 44.<sup>a</sup> sesión, párr. 24).

<sup>76</sup> Chipre (*ibid.*, 37.<sup>a</sup> sesión, párr. 10).

<sup>77</sup> Etiopía (*ibid.*, 38.<sup>a</sup> sesión, párr. 23).

<sup>78</sup> *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/440 y Add.1.

<sup>79</sup> *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3.

muy aconsejable dada la naturaleza de las medidas que se regularán en la segunda parte del proyecto de artículos como facultades que puede ejercer el Estado lesionado. Como se señaló en informes anteriores (véanse, por ejemplo, los párrs. 2 a 6 del tercer informe<sup>80</sup>), las contramedidas son el aspecto más difícil y polémico de todo el régimen de la responsabilidad de los Estados. Además del hecho de que cada Estado se considera a sí mismo en principio el único juez de sus derechos, sujeto sólo a la posibilidad de una solución pactada mediante negociación o intervención de un tercero, la necesidad de velar por el cumplimiento de las obligaciones jurídicas en un sistema de relaciones interestatales estructurado inorgánicamente tiene como consecuencia el otro elemento potencialmente arbitrario representado por la facultad del Estado lesionado de recurrir a medidas unilaterales que equivalen al incumplimiento efectivo, aunque lícito, de una o varias de las obligaciones que le incumben para con el presunto autor del hecho lesivo. Este gravísimo inconveniente, acrecentado aún más por la desigual capacidad de los Estados para adaptarse a ese sistema rudimentario, es la razón por la cual todo reconocimiento en el proyecto de la mencionada facultad —hasta donde esté justificado por un uso inmemorial— debe ir acompañado por todas las estrictas condiciones y limitaciones que sean compatibles con la eficacia de la reacción frente a un hecho internacionalmente ilícito.

30. Sin embargo, es evidente que sean cuales sean las condiciones y restricciones que se impongan a la práctica de las contramedidas, tales medidas adolecerán siempre, por propia naturaleza, de un defecto básico, a saber la evaluación unilateral del derecho lesionado y su vulneración, por una parte, y de la legalidad de la reacción, por otra, reacción que puede a su vez provocar una nueva reacción unilateral (las llamadas contrarrepresalias) del presunto autor del hecho lesivo. Potencialmente defectuosa en cualquier caso, incluso cuando el poder o los medios de los Estados implicados son equiparables, la facultad de las contramedidas puede conducir a resultados intolerablemente injustos cuando se aplica entre Estados de fuerza o medios desiguales. Es fundamentalmente a causa de esos aspectos negativos por lo que surgen dudas acerca de la conveniencia de establecer un régimen jurídico de las contramedidas en el marco de un proyecto de codificación. Aunque quizás haya indicios suficientes de que el derecho internacional consuetudinario admite la práctica de las contramedidas, cualesquiera que sean sus límites, ningún «legislador» responsable puede evitar la tentación de excluir expresamente la práctica de las contramedidas como ilegal (como cuestión de desarrollo progresivo) o, por lo menos, pasar por alto esa práctica a fin de no legitimarla explícitamente.

31. Consideraciones de esta índole fueron sin duda el origen de las firmes reservas que la inclusión en el proyecto de un régimen jurídico de las contramedidas suscitó, primero en el 44.<sup>o</sup> periodo de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y después —de forma más insistente— en la Sexta Comisión de la Asamblea General

<sup>80</sup> Véase nota 79 *supra*.

en su cuadragésimo séptimo período de sesiones. Como señaló uno de los representantes en la Sexta Comisión,

varios miembros de la Comisión... no estaban convencidos de que las contramedidas fueran un medio apropiado de obligar a un Estado que supuestamente hubiera cometido un hecho internacionalmente ilícito a someterse al arreglo de controversias o reconocer su falta y ofrecerse a repararla<sup>81</sup>.

Las reservas formuladas en ambos órganos en 1992 fueron significativamente más contundentes (en especial en la Sexta Comisión) que las que se habían expresado en los debates de la Comisión de Derecho Internacional en 1984<sup>82</sup>, 1985<sup>83</sup> y 1986<sup>84</sup> y en los correspondientes debates en la Sexta Comisión<sup>85</sup> sobre los proyectos de artículos relativos a las contramedidas propuestos por el Sr. Riphagen. Vale la pena recordar algunas de las declaraciones hechas con ocasión de los debates de la Sexta Comisión<sup>86</sup>.

## 2. LOS DEBATES SOBRE LAS CONTRAMEDIDAS CELEBRADOS EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y EN LA SEXTA COMISIÓN EN 1992

32. Algunos Estados señalaron ante todo que, a falta de un mecanismo para la determinación imparcial y rápida

<sup>81</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 27.ª sesión, párr. 1.*

<sup>82</sup> Véase nota 4 *supra*.

<sup>83</sup> Véase nota 3 *supra*.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 33.ª a 47.ª; ibid., cuadragésimo período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 23.ª a 36.ª; e ibid., cuadragésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 23.ª a 34.ª y 36.ª a 44.ª. Véanse asimismo notas 3 y 4 supra.*

<sup>86</sup> Merece señalarse asimismo que estas últimas reservas se expresaron con mayor rotundidad que las formuladas a fines del decenio de 1970, cuando se incluyeron las contramedidas (en el artículo 30 de la primera parte) entre las circunstancias que excluían la ilicitud (véase nota 81 *supra*).

Por ejemplo, durante el debate sobre el octavo informe del Sr. Ago [*Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4] se expresaron dudas y preocupaciones con respecto a las contramedidas. Esas dudas y preocupaciones versaban, principalmente, sobre la prohibición de las represalias armadas (Sr. Njenga, *ibid.*, vol. I, 1544.ª sesión); la necesidad de distinguir entre las reacciones unilaterales y las sanciones aplicadas por organismos internacionales (Sr. Francis, *ibid.*, 1545.ª sesión); y la necesidad de evitar los abusos de los Estados fuertes en perjuicio de los débiles (Sr. Tabibi, *ibid.*). Como puede comprobarse en el Resumen por temas correspondiente (A/CN.4/L.311), se expresaron muy pocas dudas durante el debate sobre el artículo 30 en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su trigésimo cuarto período de sesiones con respecto a la legitimidad de las reacciones unilaterales acompañadas de condiciones y limitaciones precisas. Sin duda esto obedeció, en parte, a que el régimen de las contramedidas sólo debía regularse más adelante en el marco de la tercera parte del proyecto. El debate evidentemente se animó de 1984 a 1986, a raíz de la presentación de los artículos 8, 9 y 10 de la segunda parte del proyecto del Sr. Riphagen. En el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional se planteó la cuestión de si el recurso a las contramedidas sería lícito a falta de una determinación objetiva previa de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. La respuesta fue que el proyecto de artículos, en la forma en que había sido propuesto, disponía que, a menos que hubiera la posibilidad de recurrir previamente a mecanismos de solución de las controversias ya existentes entre las partes, tendría que darse necesariamente una determinación unilateral «provisional» por parte del Estado lesionado y que el estudio del problema de la solución de las controversias se abordaría como es debido en una etapa ulterior en relación con el examen de la tercera parte [*Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párrs. 365 y 366]. Mucho más significativos fueron los debates en la Sexta Comisión en 1984 y 1985. Véanse párrs. 37 y ss. *infra*.

de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, había que conceder al Estado lesionado el derecho exclusivo a determinar la existencia de un hecho ilícito, lo que abriría la puerta a actos unilaterales, muchos de los cuales se basarían en decisiones subjetivas, y a abusos que tendrían graves consecuencias para la paz y la felicidad de los pueblos. Se observó asimismo que dejar al arbitrio del Estado víctima la evaluación de la gravedad del perjuicio y la determinación de si se habían agotado todos los procedimientos de solución disponibles significaba que no se podía garantizar ni la imparcialidad ni la legalidad de las decisiones que habían de adoptarse<sup>87</sup>. Se señaló además a este respecto que la idea de que la parte lesionada debía tomarse la justicia por su mano representaba un estadio inferior de la evolución de las técnicas jurídicas e implicaba el reconocimiento de la insuficiencia del orden jurídico internacional. También se señaló con preocupación que el concepto de contramedidas parecía contrario a principios fundamentales del derecho internacional<sup>88</sup>.

33. Algunos representantes —haciéndose eco de la misma preocupación que se había expresado en los informes tercero<sup>89</sup> y cuarto<sup>90</sup>— subrayaron que los Estados eran desiguales en tamaño, riqueza y fuerza y que, por lo tanto, un régimen de contramedidas, lejos de proporcionar la misma protección a todos los Estados, aventajaría a los países poderosos o ricos en el ejercicio de represalias contra los Estados que actuaran ilícitamente y llevaría a abusar de los Estados más débiles. Se afirmó que ese temor tenía sus raíces en la historia y también en la experiencia más reciente de los países en desarrollo, para los que las contramedidas eran frecuentemente sinónimo de agresión, intervención y diplomacia de la cañonera. Partiendo de esa base, se preguntó si un intento de codificar el tema no podía llevar a legitimar las contramedidas como un instrumento por excelencia de las actividades hegemónicas de ciertas Potencias<sup>91</sup>.

34. La conveniencia de incluir en el proyecto un régimen jurídico de las contramedidas se puso además en tela de juicio aduciendo que, lejos de constituir un medio de defensa destinado a incitar al Estado autor del hecho lesivo a volver a la vía de la legalidad, era probable que las contramedidas no hicieran más que envenenar las relaciones entre las partes en el conflicto, haciéndolas así aún más intransigentes<sup>92</sup>. Esta observación reitera en parte la

<sup>87</sup> Belarús (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 27.ª sesión, párrs. 80 y 83*), Cuba (*ibid.*, 29.ª sesión, párr. 60), Federación de Rusia (*ibid.*, 28.ª sesión, párr. 106) y Rumania (*ibid.*, 29.ª sesión, párr. 24).

<sup>88</sup> Brasil (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 39). En el mismo sentido, Sri Lanka (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 6).

<sup>89</sup> Véase nota 79 *supra*.

<sup>90</sup> Véase nota 80 *supra*.

<sup>91</sup> En ese sentido, Argelia (*ibid.*, 29.ª sesión, párr. 70), el Brasil (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 39), China (*ibid.*, 29.ª sesión, párr. 58), Indonesia (*ibid.*, 28.ª sesión, párr. 65), Marruecos (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 85) y Sri Lanka (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 6). No parece que aminore considerablemente esa preocupación el hecho aducido por España de que, si bien los Estados desarrollados y poderosos se hallan indudablemente en mejor posición que los Estados débiles para adoptar contramedidas, hay que tener presente que las contramedidas también podrían aplicarse entre Estados de poder comparable (*ibid.*, 26.ª sesión, párr. 74).

<sup>92</sup> República Islámica del Irán (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 61) y Suiza (*ibid.*, párr. 93).

preocupación del Sr. Riphagen de que el recurso a contramedidas por parte de un Estado presuntamente lesionado podría dar lugar a una escalada de contramedidas.

35. También se expresó la opinión de que todo régimen jurídico de contramedidas supondría intrincadas limitaciones y salvedades y que surgirían otras complejas dificultades al definir los supuestos en que las contramedidas serían permisibles en caso de que más de un Estado se considerase lesionado. En estos casos, sería difícil dar una respuesta precisa a la cuestión de cuáles eran los Estados lesionados, el alcance de su derecho a recurrir a una contramedida y al problema de la proporcionalidad de la contramedida, considerado no sólo individual sino también colectivamente<sup>93</sup>. Se añadió a este respecto que la cuestión de las contramedidas que no serían permisibles en ningún supuesto lindaba peligrosamente con algunas de las disposiciones fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas enunciadas, por ejemplo, en el párrafo 4 del Artículo 2 y en los Artículos 41, 42 y 51<sup>94</sup>.

36. Desde un punto de vista muy diferente, la conveniencia de establecer un régimen jurídico de las contramedidas parece haber sido puesta en tela de juicio por la observación de que las contramedidas, que en ciertos aspectos constituyen medios de coerción, no corresponden precisamente al ámbito de la cuestión de la responsabilidad de los Estados aunque estén relacionadas con ella<sup>95</sup>. La misma delegación expresó su preocupación de que, al ampliar el alcance del tema, la Comisión de Derecho Internacional pudiera sentir la tentación de plantear problemas relativos a la interpretación de determinados tratados, que debían quedar fuera del ámbito de su estudio, y llegar a examinar temas especialmente delicados que rebasaran los límites que ella misma se había fijado al ocuparse de las normas «primarias», en particular la definición de los sectores en que debían prohibirse las contramedidas<sup>96</sup>.

37. Merece señalarse, en particular, que algunos representantes afirmaron que les resultaba difícil aceptar la idea de que el modo de hacer frente a las consecuencias dimanantes de un hecho ilícito era cometer otro hecho ilícito, habida cuenta especialmente de que los casos de inobservancia por los Estados de las obligaciones internacionales que les incumbían no eran, en su mayoría, intencionales, sino consecuencia de auténticos descuidos, malentendidos o diferencias de opinión. Se señaló, por otra parte, que las contramedidas no eran el único modo de hacer efectivo el derecho internacional cuando se hubiera violado una obligación de derecho internacional público y que el margen de maniobra para poder recurrir lícitamente a las contramedidas se había reducido con la aparición de métodos más idóneos y de procedimientos adaptados a las necesidades especiales de determinados grupos de Estados<sup>97</sup>. No se dieron detalles, sin embargo,

acerca de la naturaleza de esos «procedimientos adaptados» o de los pequeños grupos de Estados implicados en acuerdos verdaderamente eficaces de solución.

38. A pesar de esas incertidumbres, la mayoría de los representantes en la Sexta Comisión parecen haber estado de acuerdo con la mayoría de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional en que las contramedidas tenían cabida en cualquier régimen jurídico de la responsabilidad de los Estados<sup>98</sup>. Se reconoció que las medidas unilaterales reflejaban la estructura imperfecta de la sociedad internacional, que no había conseguido todavía establecer un sistema centralizado eficaz para hacer respetar el derecho<sup>99</sup>, con el resultado de que las contramedidas seguirían siendo necesarias durante mucho tiempo para hacer frente a los hechos internacionalmente ilícitos<sup>100</sup>. De ahí la necesidad, subrayada por casi todos los oradores en la Sexta Comisión, de estudiar cuidadosamente las condiciones y limitaciones que habían de imponerse al alcance de medidas coercitivas unilaterales<sup>101</sup>.

---

que quizás fuera posible ampliar los procedimientos existentes de solución de las controversias a fin de incluir procedimientos adicionales e innovadores con objeto de garantizar que un Estado que se creyera que había violado una obligación internacional no eludiese la solución de las controversias que hubieran surgido (Sri Lanka, *ibid.*, párr. 3); véanse también la Federación de Rusia (*ibid.*, 28.ª sesión, párr. 106) y Suiza (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 92). En relación con este punto, se hizo referencia a las convenciones vigentes en la esfera del medio ambiente y en otras esferas que incluían disposiciones sobre la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones convencionales por los Estados Partes. También podía desarrollarse el concepto de medidas cautelares a fin de velar por que un Estado pudiera preservar sus intereses frente a las consecuencias de un hecho ilícito de otro Estado hasta que se resolvieran las controversias que hubieran surgido (Sri Lanka, *ibid.*, 27.ª sesión, párr. 7). Se señalaron asimismo las posibilidades de protestas diplomáticas bilaterales o multilaterales eficaces, así como de medidas de retorsión que no entrañaban la violación de una obligación internacional, las cuales se afirmó que no eran insignificantes y de las que se dijo que, si se recurría a ellas, probablemente resultarían eficaces (Francia, *ibid.*, 26.ª sesión, párr. 7). Se hizo hincapié, además, en las oportunidades que ofrecían los mecanismos colectivos de prevención y reparación de los hechos internacionalmente ilícitos. Un representante dijo a este respecto que, en una época en que procesos de desintegración estaban impidiendo el desarrollo armonioso de la comunidad internacional, era importante abstenerse de otorgar un rango jurídicamente superior a las represalias, que eran decididas unilateralmente, y establecer en cambio un patrón legal común que sirviera de marco a las medidas colectivas adoptadas por la comunidad de naciones sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos jurídicos reconocidos universalmente con objeto de prevenir y eliminar las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos (Federación de Rusia, *ibid.*, 28.ª sesión, párr. 107).

<sup>98</sup> Véanse las intervenciones de Belarús (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 81), el Brasil (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 39), España (*ibid.*, 26.ª sesión, párr. 74) y la República Islámica del Irán (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 62).

<sup>99</sup> Véanse las intervenciones de Azerbaiyán (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 33), Belarús (*ibid.*, párr. 80), Checoslovaquia (*ibid.*, párr. 44), Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 32), el Ecuador (*ibid.*, 30.ª sesión, párr. 49), Egipto (*ibid.*, párr. 30), Italia (*ibid.*, 29.ª sesión, párr. 47), Polonia (*ibid.*, 28.ª sesión, párr. 78) y la República Islámica del Irán (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 62).

<sup>100</sup> Véanse las intervenciones de Austria (*ibid.*, 26.ª sesión, párr. 47), China (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 24), el Ecuador (*ibid.*, 30.ª sesión, párr. 49), España (*ibid.*, 26.ª sesión, párr. 75), Hungría (*ibid.*, 28.ª sesión, párr. 150), Italia (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 47), el Japón (*ibid.*, 26.ª sesión, párr. 31), Jordania (*ibid.*, 28.ª sesión, párr. 41), la República Islámica del Irán (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 62) y Tailandia (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 26).

<sup>101</sup> Con algunas diferencias de énfasis, este punto de vista fue compartido generalmente, salvo por quienes estimaban (como se ha seña-

<sup>93</sup> Sri Lanka (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 4).

<sup>94</sup> Sri Lanka (*ibid.*).

<sup>95</sup> Francia (*ibid.*, 26.ª sesión, párr. 5).

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> Uruguay (*ibid.*, 27.ª sesión, párr. 20). Entre esos métodos y procedimientos, algunos representantes destacaron los relativos al arreglo pacífico de las controversias. Un representante señaló a este respecto

### 3. LOS DEBATES DE 1984 Y 1985 SOBRE EL TEMA

39. Aunque menos explícitos que los de 1992, no hay que pasar por alto los comentarios formulados en la Sexta Comisión en 1984 y 1985 en el transcurso del trigésimo noveno y el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General. Según el «Resumen por temas» de 1984 (A/CN.4/L.382):

Algunos representantes opinaban que no debía utilizarse el concepto de represalia sino con un máximo de circunspección y de salvaguardias, en vista de los abusos que se habían cometido. Se expresó la opinión de que en los artículos no se debía hablar de represalias. La aplicación del proyecto de artículo 9 podía crear graves incertidumbres en las relaciones internacionales. Se dijo que había que *considerar la posibilidad de reemplazarlo por medios de arreglo pacífico*\*. Se expresó la opinión de que *el arreglo obligatorio de controversias mediante la intervención de terceros era una condición sine qua non de la aplicación de lo dispuesto en el proyecto de artículo 9*\*. De lo contrario, la aplicación del proyecto de artículo 9 podría producir *situaciones intolerables*\* de represalia que, hasta el momento, habían sido inadmisibles. (Párr. 520.)

[...]

A juicio de un representante, era necesario hacer algunas observaciones para precisar el proyecto de artículo 10, que parecía dar a entender que las represalias debían considerarse medidas extremas de coerción que no se podrían adoptar *mientras no se hubieran agotado los procedimientos internacionales de arreglo pacífico que estuvieran al alcance del Estado lesionado*\*. Al parecer era necesario precisar si el proyecto de artículo 10 se refería a situaciones tan urgentes que era imposible recurrir a ningún medio de arreglo pacífico de controversias y cómo se aplicaría el proyecto de artículo 10 en el caso de que algún Estado que presuntamente hubiera cometido un hecho internacionalmente ilícito negara que fuera ilícito y hasta negara que existiera controversia. (Párr. 526.)

[...]

Un representante preguntó por qué el apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de artículo 10 se refería excepcionalmente al Estado «que presuntamente ha cometido el hecho internacionalmente ilícito», cuando en otras partes del proyecto de artículo se hablaba del «Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito». El orador se preguntaba si la divergencia terminológica era intencional y señaló que *el arreglo obligatorio de controversias mediante la intervención de terceros era una condición sine qua non de la aplicación del proyecto de artículos*\*. (Párr. 529.)

40. En 1985, los representantes en la Sexta Comisión instaron nuevamente a que se abordase con suma prudencia el tratamiento de toda la cuestión de las contramedidas<sup>102</sup>. Las opiniones expresadas pueden resumirse así: *a*) la legitimación de las contramedidas puede dar lugar a abusos e injusticias; *b*) debería establecerse un régimen estricto y rígido para las contramedidas unilaterales (sólo

(Continuación de la nota 101.)

lado en el párrafo 34 *supra*) que no podía considerarse que el régimen de las contramedidas formara parte del tema de la responsabilidad de los Estados. Véanse, por ejemplo, las intervenciones de Argelia (ibid., 29.ª sesión, párrs. 70 y 71), Austria (ibid., 26.ª sesión, párr. 47), Bahrein (ibid., párr. 19), Belarús (ibid., 27.ª sesión, párr. 80), el Brasil (ibid., 25.ª sesión, párr. 35), China (ibid., 27.ª sesión, párr. 24), Chipre (ibid., 21.ª sesión, párr. 89), Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (ibid., 25.ª sesión, párr. 32), Egipto (ibid., 30.ª sesión, párr. 30), Eslovenia (ibid., 26.ª sesión, párr. 37), España (ibid., párrs. 75 y 76), los Estados Unidos de América (ibid., 27.ª sesión, párr. 37), la India (ibid., 25.ª sesión, párrs. 72, 73 y 76), Italia (ibid., 29.ª sesión, párr. 47), el Japón (ibid., 26.ª sesión, párrs. 31 y 32), Jordania (ibid., 25.ª sesión, párr. 41), el Pakistán (ibid., párr. 62), Suiza (ibid., párr. 93), Tailandia (ibid., 27.ª sesión, párrs. 27 y 28), Túnez (ibid., 30.ª sesión, párr. 45) y Venezuela (ibid., 27.ª sesión, párr. 89).

<sup>102</sup> Véase nota 3 *supra*.

algunos oradores sostuvieron que había que excluir totalmente esas medidas); *c*) unos procedimientos de solución de las controversias contribuirían considerablemente a aminorar el riesgo de abuso e injusticia (algunos oradores llegaron hasta proponer que tales procedimientos debían constituir una solución sustitutiva de las reacciones unilaterales). Al mismo tiempo, se expresó la preocupación de que una obligación de agotamiento previo de los procedimientos de solución de las controversias podría paralizar injustamente al presunto Estado lesionado y aventajar al presunto Estado infractor. En general, los debates de la Sexta Comisión en 1984 y 1985 ponen claramente de manifiesto la existencia de dudas con respecto a la legitimación de las contramedidas. Tales dudas, sin embargo, son mucho menos fuertes y sistemáticas y no son compartidas de una manera tan general.

### 4. CONCLUSIÓN

41. Volviendo a los debates de 1992, hay que tener en cuenta las diferencias que se manifestaron con respecto a la cuestión de si el régimen jurídico de las contramedidas debía considerarse como una cuestión de mera codificación o de desarrollo progresivo<sup>103</sup>. Esas diferencias tenían que ver menos con el fondo que con el punto de vista desde el cual se abordaba la cuestión. Desde el punto de vista del principio general de la admisibilidad pasada y presente de las reacciones multilaterales, no parecía haber ninguna duda de que las contramedidas estaban firmemente fundadas en el derecho internacional consuetudinario. Desde el punto de vista de la reglamentación de las reacciones unilaterales, se consideraba acertadamente que esta esfera exigía también un desarrollo progresivo. En palabras de un representante,

no cabe, en este dominio, contentarse con una... sistematización de las reglas existentes... con el riesgo de *perpetuar un orden desprestigiado*\*. Al contrario [habría que] alejarse de estos precedentes y lanzarse *más resueltamente por la vía de la renovación trabajando en el desarrollo progresivo del derecho internacional al objeto de limitar el recurso a las contramedidas*\*<sup>104</sup>.

42. Así, pues, la Sexta Comisión parece haber reconocido que:

*a*) al menos a largo plazo, las contramedidas deberían ser sustituidas por medios más en consonancia con un adecuado mantenimiento del imperio de la ley;

*b*) el recurso a las contramedidas debería ser limitado;

*c*) y, sobre todo, deberían reforzarse las salvaguardias contra el abuso de las reacciones unilaterales.

### C.—Las disposiciones de solución de las controversias como elemento del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados

<sup>103</sup> Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (ibid., 25.ª sesión, párr. 32).

<sup>104</sup> República Islámica del Irán (ibid., párr. 63). En el mismo sentido, Checoslovaquia (ibid., párr. 45), Chile (ibid., 24.ª sesión, párr. 42), China (ibid., 25.ª sesión, párr. 23), Tailandia (ibid., 27.ª sesión, párr. 29) y Sri Lanka (ibid., párr. 1).



1. UN SISTEMA IDONEO DE SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS COMO COMPLEMENTO INDISPENSABLE DE UN REGIMEN QUE RIJA LAS REACCIONES UNILATERALES

43. Los aspectos negativos de las contramedidas, denunciados casi unánimemente por los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y los representantes en la Sexta Comisión, no sólo son muy reales sino también extremadamente graves. Son lo suficientemente graves para justificar, hasta cierto punto, la actividad de quienes —funcionarios del Estado o eruditos— proponen que las contramedidas no deberían tener cabida en una actividad de codificación, ni siquiera a los efectos de sujetarlas a condiciones y limitaciones<sup>105</sup>. Ahora bien, es preciso tener presente que, entre los defectos señalados, no hay ninguno que no pueda ser corregido mediante un sistema idóneo de solución de las controversias.

<sup>105</sup> Esta comprensible actitud encuentra un precedente en la historia de la propia Comisión de Derecho Internacional. Cuando, en el decenio de 1960, la Comisión examinó el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, se planteó la cuestión de si la regla *inadimplenti non est adimplendum* debería hacerse o no extensiva a la violación, a modo de reacción frente a la violación de un tratado determinado, de tratados distintos del propio tratado conculcado (ha examinado esta cuestión, en especial, Forlani Picchio en *La sanzione nel diritto internazionale*, págs. 81 a 85 y ss.) En aquella ocasión la cuestión estribaba en determinar si las medidas de suspensión que habían de establecerse en lo que sería el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados debían hacerse extensivas en virtud de la Convención (mas allá de la regla estricta *inadimplenti non est adimplendum*) a las normas de otros tratados o a las normas de derecho internacional consuetudinario. El criterio que acertada o desafortunadamente prevaleció en la Comisión fue el de que el proyecto sobre el derecho de los tratados no debía prever la suspensión (a modo de reacción unilateral) de otros tratados ni del derecho consuetudinario. Sin embargo, esta conclusión no se basaba en la denegación de la facultad del Estado de reaccionar contra la violación de un tratado mediante el incumplimiento de una obligación derivada de un tratado diferente o de una norma de derecho consuetudinario, facultad cuya existencia en derecho internacional general nadie pareció poner en tela de juicio. Si prevaleció el criterio de que el proyecto sobre el derecho de los tratados debía limitarse a la hipótesis de una reacción consistente en una violación del mismo tratado (cuando no de la misma norma), ello fue causa de la renuencia de la Comisión a examinar la facultad de represalias o contramedidas, un derecho que la Comisión prefirió no examinar en relación con el artículo de que se trataba.

Como señaló el entonces Relator Especial, Sir Humphrey Waldock, en su segundo informe sobre el derecho de los tratados (*Anuario 1963*, vol. II, pag. 42, documento A/CN.4/156 y Add.1 a 3) en su comentario al que era entonces el artículo 20 (Extinción o suspensión de un tratado a raíz de su violación)

«En el párrafo 3 se enuncian los derechos de la parte inocente en caso de violación grave de un tratado bilateral. Puede abrogar el tratado en su totalidad o suspender su aplicación en su totalidad, o bien, dejar sin efecto o suspender únicamente la aplicación de la cláusula que ha sido violada por la parte culpable. Este último derecho, lo mismo que el primero, es una aplicación del principio *inadimplenti non est adimplendum*, suscrito por el Magistrado Anzilotti en el *Asunto de la desviación de las aguas del río Mosa*. Claro está que puede basarse también en un derecho a tomar represalias sin ejercicio de la fuerza y sobre esa base es discutible que la parte inocente pueda suspender la aplicación de una estipulación que no sea precisamente la que ha sido infringida sino otra de interés especial para la parte culpable. Las disposiciones del párrafo 2 no tienen por objeto excluir los demás derechos que puedan corresponder a la parte inocente a título de represalias, pero se considera preferible no introducir el derecho de las represalias como tales en el presente artículo.» (Ibid., págs. 88 y 89, párr. 14 del comentario.)

44. Es sin duda perfectamente cierto que las contramedidas no son «un medio apropiado de obligar a un Estado [...] a someterse al arreglo de controversias o reconocer su falta y ofrecerse a repararla»<sup>106</sup>. No obstante, las contramedidas son un medio, y el único modo de suplir sus carencias es precisamente persuadir a los gobiernos a aceptar someterse a la solución de controversias, más concretamente someterse a una forma o formas de solución con intervención de un tercero, bien en lugar de las contramedidas o, por lo menos, como método para evaluar la admisibilidad y la licitud de cualquier medida unilateral a que se recurra.

45. Las mismas consideraciones se aplican a los demás aspectos negativos de las contramedidas (véanse párrs. 32 a 37 *supra*). La inclusión en el proyecto de un sistema idóneo y razonablemente eficaz de solución de las controversias sería una ayuda decisiva para minimizar o eliminar:

a) El principal inconveniente representado por el hecho de que un régimen de reacción unilateral por el Estado lesionado «aventajaría a los países poderosos o ricos» en detrimento de los Estados más débiles (véase párr. 33 *supra*);

b) El peligro de que las contramedidas envenenen las relaciones entre las partes, haciéndolas así más intransigentes (véase párr. 34 *supra*).

Una mayor facilidad para recurrir a procedimientos de solución por intervención de un tercero no podría por menos de reducir, hasta donde fuera posible, el desequilibrio derivado de las desigualdades de hecho entre los Estados y proporcionar a las partes una oportunidad de apaciguar los ánimos.

46. No cabe ninguna duda de que unos procedimientos idóneos de solución de las controversias también contribuirían decisivamente a que la práctica de las contramedidas —que hay que reconocer que representa «un estadio inferior de la evolución de las técnicas jurídicas» e implica «el reconocimiento de la insuficiencia del orden jurídico internacional» (véase párr. 32 *supra*)— sea más compatible o menos incompatible con la primacía del derecho en las relaciones interestatales. El recurso por una parte a las contramedidas daría pie, si suscitara objeciones, a un procedimiento de solución por intervención de un tercero, lo que podría tener un efecto disuasorio sobre los Estados propensos a la reacción y contrarreacción. Esto, aunque no garantizaría el mantenimiento del imperio de la ley, por lo menos lo reforzaría.

47. Ni que decir tiene también que una mayor facilidad para recurrir a procedimientos de solución por intervención de un tercero haría que en gran parte dejase de tener sentido la cuestión de si las contramedidas constituirían en la práctica un procedimiento suficientemente comprendido y claro —teniendo en cuenta que están sujetas a intrincadas limitaciones y salvedades— para ser considerado como un método jurídico reconocido de coerción (véase párr. 33 *supra*). Las cuestiones que los Estados no

<sup>106</sup> Véase nota 81 *supra*

podieran dilucidar por sí mismos —unilateral o bilateralmente— serían resueltas por amigables componedores y árbitros.

48. La necesidad de reforzar los actuales procedimientos de solución de las controversias en relación con el régimen de las contramedidas fue subrayada por muchos oradores durante el debate de la Sexta Comisión sobre el informe de 1992 de la Comisión de Derecho Internacional<sup>107</sup>. Sólo una pequeña minoría expresó la opinión de que el proyecto no debía regular la solución de las controversias<sup>108</sup>.

49. Que una mayor posibilidad de recurrir a procedimientos idóneos de solución constituiría un medio esencial de aminorar los aspectos negativos de las medidas unilaterales obtuvo confirmación en los debates del pasado año —en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión— sobre el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 propuesto en el cuarto informe<sup>109</sup>. La mayoría de los miembros y representantes se manifestaron a favor de esa disposición. Son especialmente dignas de mención las reacciones positivas de Suiza, Chile, Venezuela, la República Islámica del Irán y Polonia. Los representantes que adoptaron el criterio opuesto expresaron su preocupación por el requisito del agotamiento de *todos* los procedimientos de solución —alguno de los cuales, como la negociación, podía prolongarse durante años y sería injusto obligar al Estado lesionado a abstenerse durante ese período de adoptar contramedidas— o por la multiplicidad de los procedimientos existentes —enumerados, por ejemplo, en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas— que, a falta de indicación de un orden de prioridad, daría lugar a que el proceso se alargara durante años.

50. Conviene señalar, sin embargo, que los peligros mencionados en el párrafo 49 *supra* serían precisamente la consecuencia de obligaciones inadecuadas de solución de las controversias. Es cierto que el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 produciría muy probablemente efectos criticables a causa de los abusos a que puede dar lugar el principio de la «libertad de elección» enunciado en el Artículo 33 de la Carta. Pero es precisamente para evitar ese escollo para lo que habría que establecer en la tercera parte del proyecto unos procedimientos eficaces de solución por intervención de un tercero. La aceptación de tales procedimientos —con la posibilidad de recurso unilateral a un tercero por el Es-

tado presunto autor de la violación después de la adopción de contramedidas por el Estado presuntamente lesionado— no permitiría aprovecharse del vago principio de la «libertad de elección» y dificultaría que un Estado infractor recalcitrante eludiera sus obligaciones mediante el recurso a negociaciones prolongadas y no concluyentes u otros procedimientos dilatorios. Esta solución, a la que se refiere la sección D del presente informe (en especial los párrafos 64 y ss.), atendería también a la preocupación expresada en la Sexta Comisión por varios representantes (entre otros, los de Austria, Jordania, Marruecos y Belarús) de que el agotamiento de los procedimientos de solución debería ser una obligación «paralela» en vez de una condición que hubiera de cumplirse *antes* de recurrir a las contramedidas. Como se verá en la sección D, esta es precisamente una de las características de la solución propuesta. Una vez aceptada esta solución en la tercera parte, habría que modificar en consecuencia el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12 de la segunda parte del proyecto.

51. De ello se deriva que uno de los elementos más esenciales de la reglamentación de las contramedidas es precisamente —como se señaló durante el debate del anterior período de sesiones<sup>110</sup>— la inclusión, en la tercera parte, de una serie de disposiciones eficaces sobre solución de controversias. Las normas relativas a las condiciones y limitaciones a que está sujeto el recurso a las contramedidas tienen claramente por objeto confirmar la licitud de una reacción unilateral, circunscribiendo al mismo tiempo esa facultad dentro de unos límites aceptables e indispensables. Una de las limitaciones es precisamente, de conformidad con el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12, tal como se propuso en el cuarto informe, la condición del agotamiento previo de los procedimientos de solución de las controversias «a disposición» de las partes en virtud de instrumentos distintos del proyecto mismo. La función de la tercera parte del proyecto debería ser precisamente velar por que unos procedimientos adecuados de solución de las controversias estén totalmente «a disposición» de los Estados —en una fase que se determinará con mayor precisión más adelante (sección D, párrs. 62 y ss., en especial párrs. 63 y 75 a 77)— incluso en los casos en que tales procedimientos no estén disponibles o no lo estén plenamente en virtud de cualquier acuerdo sobre la solución de controversias en vigor entre las partes. Un grado suficiente de disponibilidad de los procedimientos de solución de las controversias constituiría un contrapeso suficiente a la inclusión en el proyecto de un régimen jurídico de las medidas unilaterales. Serviría de complemento a la mera reglamentación del recurso a tales medidas al proporcionar otra posibilidad —y una opción más segura y eficaz— en sustitución del empleo de contramedidas o al actuar como elemento de disuasión contra el abuso de las contramedidas.

<sup>107</sup> Belarús (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 27.ª sesión, párr 80*), Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (*ibid.*, 25.ª sesión, párrs 32 y 33), Egipto (*ibid.*, 30.ª sesión, párr 92), Eslovenia (*ibid.*, 26.ª sesión, párr 38), la Federación de Rusia (*ibid.*, 28.ª sesión, párr 106), el Japón (*ibid.*, 26.ª sesión, párr 31), Jordania (*ibid.*, 28.ª sesión, párr 42), Sri Lanka (*ibid.*, 27.ª sesión, párr 7) y Suiza (*ibid.*, 25.ª sesión, párr 3)

<sup>108</sup> Estados Unidos de América (*ibid.*, 27.ª sesión, párr 37) e Italia (*ibid.*, 29.ª sesión, párr 46)

<sup>109</sup> Para el texto, vease *Anuario 1992*, vol II (segunda parte), pag 29, nota 61

<sup>110</sup> Vease Arango-Ruiz (*Anuario 1992*, vol I, 2267.ª y 2283.ª sesión)

2. OTRAS RAZONES PARA INCLUIR EN EL PROYECTO UN SISTEMA IDÓNEO DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

52. Unas disposiciones eficaces sobre solución de controversias serían útiles en muchos aspectos.

53. Ante todo, tales disposiciones aminorarían, en interés de la justicia, el riesgo de recurso a contramedidas injustificadas o ilícitas por otra causa por parte de los presuntos Estados lesionados. Ese resultado sería, por supuesto, una decepción para esa minoría de representantes que comprensiblemente (aunque pecando también, quizás, por exceso de «conservadurismo») se oponen a la idea de codificar el derecho de las contramedidas, no porque pongan en tela de juicio la legitimidad de las medidas unilaterales, sino porque se muestran reacios a aceptar que se impongan límites y condiciones a la facultad de los Estados de recurrir a las represalias. La inclusión de disposiciones sobre la solución de controversias, lejos de ir en la dirección preconizada por esa minoría, atendería, por el contrario, y del modo más leal, las preocupaciones de la gran mayoría de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y de los representantes en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Se hace referencia a quienes, como se recordará, pusieron en tela de juicio, cuando no la legitimidad de las medidas en el derecho internacional actual, por lo menos la conveniencia de elaborar —por medio de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho— un régimen jurídico de las contramedidas que, por estricto que fuera, pudiera entenderse que perpetuaba métodos incompatibles con la justicia y la igualdad soberana de los Estados. También se hace referencia, de modo principal, a todos los que denunciaron los aspectos negativos de un régimen de medidas unilaterales e instaron a minimizarlos por medios más compatibles con la primacía del derecho en el sistema de las relaciones entre los Estados. Como señalamos en el 44.º período de sesiones de la Comisión en respuesta a estas últimas objeciones, la reglamentación estricta de las contramedidas es en todo caso indispensable para la aplicación del derecho internacional, pero la inclusión en el proyecto de un sistema eficaz de solución de las controversias proporcionaría un medio igualmente indispensable de corregir las inevitables deficiencias de un sistema de aplicación que forzosamente tendrá que basarse, durante un tiempo todavía, en las reacciones unilaterales frente a la violación de las obligaciones internacionales.

54. En segundo lugar, un sistema eficaz de solución de las controversias no puede por menos de dar lugar, además de una disminución de las fricciones y conflictos entre presuntos Estados lesionados y presuntos Estados infractores, a unos métodos de composición más equilibrados y equitativos entre las partes implicadas. Las soluciones alcanzadas mediante la conciliación, la determinación de hechos, el arbitraje o el arreglo judicial serían con toda probabilidad más justas, o menos injustas, en general, que las alcanzadas por el mero recurso a medidas coercitivas unilaterales.

55. En tercer lugar, no hay que pasar por alto las mejoras que un sistema eficaz de la solución de las controver-

sias originaría tanto para las víctimas potenciales como para los autores potenciales de hechos ilícitos<sup>111</sup>.

56. Todo Estado respetuoso de las leyes, como víctima potencial de una violación del derecho, tiene interés en que el proyecto sobre la responsabilidad internacional contenga, junto a las normas relativas a su facultad de recurrir a contramedidas y como complemento de ellas, disposiciones sobre la solución de controversias que, por lo menos, disminuyan la necesidad que tiene de basarse exclusivamente —como *ultima ratio*— en su propia capacidad para recurrir a una reacción unilateral eficaz, línea de conducta que, aunque pueda valerse de ella, quizás resulte costosa y de incierta eficacia<sup>112</sup>.

57. Todo Estado, como autor potencial de un hecho ilícito, debería a su vez aplaudir la inclusión en el proyecto de disposiciones sobre la solución de controversias que le permitan defenderse mejor ante un órgano imparcial —impugnando la admisibilidad o la legalidad de una contramedida dirigida contra él— en vez de verse obligado a aceptar la determinación y las medidas unilaterales de uno o varios de los presuntos Estados lesionados y sujeto a recurrir a su propia capacidad, quizás limitada, de reacción.

58. Todo Estado observante de la ley, como víctima potencial y como autor potencial de un hecho ilícito, debería considerar también que, como las represalias armadas han sido justamente proscritas, las medidas aún permisibles son principalmente de carácter económico. Teniendo en cuenta el alto grado de interdependencia económica actual de los Estados y de los pueblos, la adopción de cualquier contramedida económica probablemente tenga repercusiones perjudiciales, no sólo para la economía del Estado autor del hecho ilícito —y su población— sino también para la economía del propio Estado lesionado y, asimismo, su población. Como consecuencia de ello, el Estado lesionado difícilmente podrá a menudo responder de manera adecuada a la vulneración de alguno de sus derechos recurriendo a una medida económica, para la que quizás no exista alternativa. Las situaciones de este género pueden llegar a ser extremadamente graves para un Estado lesionado en difícil situación económica. La posibilidad de que la dependencia económica —que no se limita necesariamente a partes desiguales— se convierta en un «elemento de disuasión» para la adopción de medidas contra los delitos internacionales ha sido puesta de relieve, en realidad, por la doctrina<sup>113</sup>. Un sistema de

<sup>111</sup> No es tan poco realista esperar que la adopción de procedimientos eficaces de solución por intervención de un tercero pueda llevar a la sustitución gradual de las represalias unilaterales —que siguen siendo la regla siempre que las cuestiones de responsabilidad de los Estados no se resuelven mediante un pronto acuerdo— por la conciliación o el arbitraje.

<sup>112</sup> Véase párr. 58 *infra*.

<sup>113</sup> Véase, por ejemplo, Hofmann, «Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit», pág. 229:

«No cabe ninguna duda de que el peligro de abuso está implícito en el derecho a adoptar unilateralmente represalias no violentas que, con arreglo a esto, corresponde a cada Estado; no obstante, ese peligro ya resulta muy aminorado por los requisitos estrictos que impone el derecho internacional general con respecto a la admisibilidad y el tipo de represalias. Por otra parte, el riesgo de represalias irreflexivas probablemente también resulte menor por el hecho de que las represalias adoptarán principalmente la forma de la ruptura o limitación de las relaciones comerciales y, por eso, llevarán aparejada también una pérdida para el Estado que las adopte.»

solución eficaz parece ser el único mecanismo razonable en interés, no sólo de los Estados, sino también —y primordialmente— de sus pueblos<sup>114</sup>.

59. Los argumentos arriba expuestos deben considerarse tanto más convincentes cuanto que los procedimientos que se adopten —es decir la conciliación, la determinación de hechos y el arbitraje, con el arreglo judicial como último recurso en caso de problemas especiales (véanse párrs. 69 a 71 *infra*)— serían de tal naturaleza que las dos partes en la controversia participarían en la designación de los miembros del órgano interviniente en calidad de «tercero». De ahí se sigue que el tercero sería indiscutiblemente menos parcial que el otro Estado parte en la controversia.

60. Es probable que un sistema eficaz de solución de las controversias produzca también los siguientes efectos beneficiosos:

a) en una situación de pluralidad de Estados lesionados:

- i) aminorar las dificultades inherentes a esa pluralidad y a la posible diversidad y naturaleza irreconciliable de las pretensiones sustantivas concurrentes de los distintos Estados lesionados;
- ii) aminorar las dificultades para reunir y quizás coordinar una respuesta colectiva (por medio de contramedidas o de otro modo) por parte de los distintos Estados igual o desigualmente perjudicados por la violación, en especial en caso de violación de obligaciones internacionales en el campo de los derechos humanos y la protección del medio ambiente;

b) en una situación de pluralidad de Estados infractores, aminorar las dificultades inherentes a la determinación de la responsabilidad de cada Estado;

c) por último, en caso de infracciones consistentes en la violación de un tratado multilateral, aminorar las dificultades para armonizar los intereses, actitudes y comportamientos de los distintos Estados participantes en el tratado.

Los puntos *a*, *b* y *c* se desarrollarán más adelante.

61. No menos importante es el hecho de que un sistema eficaz de solución de las controversias probablemente reduciría en el futuro, con respecto a las infracciones más graves —tanto si se denominan «crímenes» como si se califican sólo de «delitos» graves— la necesidad de basarse

<sup>114</sup> Merece señalarse a este respecto que, durante la Reunión de la CSCE sobre la solución de las controversias, celebrada en Montreux en 1978, uno de los principales argumentos que determinadas delegaciones opusieron a las propuestas relativas a procedimientos de solución por intervención de un tercero (distinguiéndolos de las formas más rudimentarias de consulta) entre Estados participantes en la CSCE fue que sólo los gobiernos de sus «pueblos» estaban debidamente legitimados para determinar y proteger —en caso de controversia internacional— los intereses de sus pueblos respectivos. Los amigables componedores o árbitros imparciales o «neutrales», aun elegidos por los Estados en litigio, no eran de fiar. Los Estados participantes en la CSCE parecen ahora haberlo pensado mejor.

exclusivamente, para hacer efectiva la responsabilidad del Estado infractor, en opciones que, a juicio del Relator Especial, no están plenamente en conformidad con las exigencias del desarrollo progresivo del derecho en esta delicada esfera. Una opción parece ser la de depender de la intervención de unos pocos Estados, generalmente occidentales, capaces de reaccionar ante la violación de una norma supuestamente de naturaleza *erga omnes*, y dispuestos a ello; reacción que no es menos unilateral ni menos «incontrolada» por el hecho de que sea «concertada» y pueda justificarse. La otra opción es la representada por los organismos políticos. La intervención de esos organismos ha demostrado ser hasta ahora no sólo indispensable, sino fundamentalmente beneficiosa y, en cualquier caso, más «controlada» gracias a la existencia de un instrumento constitutivo regional o universal. Sin embargo, los organismos políticos, en los casos en que la falta de la mayoría necesaria no imposibilita su actuación, probablemente están expuestos en mayor medida de lo que es conveniente a la influencia de la política de fuerza y, como tienen que hacer frente a cualquier tipo de situación, pueden verse inducidos a extender su intervención más allá de los límites del mandato que se les ha confiado. El reforzamiento de los procedimientos de solución por intervención de un tercero en la esfera de la responsabilidad de los Estados aliviaría a los órganos políticos de esa parte de la carga que se presta mejor a un tratamiento judicial. Ahora bien, esta cuestión se examinará más adelante, en el marco del análisis de las consecuencias de los «crímenes» internacionales de los Estados, a que se refiere el artículo 19 de la primera parte del proyecto (véase cap. II *infra*).

## D.—Solución recomendada

### 1. INTRODUCCIÓN

62. Por las razones imperiosas expuestas en las secciones precedentes parece que la Comisión debería ir más allá de las soluciones previstas hasta ahora. Para reducir en la medida necesaria los aspectos negativos de las contramedidas unilaterales, tal como se han examinado en la sección C, sería totalmente insuficiente limitarse a disponer que, en el caso de que el recurso a una contramedida dé lugar a una objeción, la cuestión se remitirá a una comisión de conciliación. Aunque el pronunciamiento de un órgano de esa naturaleza sin duda podría contribuir hasta cierto punto a lograr una solución pactada de la controversia entre un presunto Estado lesionado y un presunto Estado infractor, el carácter no vinculante del resultado de la conciliación hace que ese procedimiento no sea adecuado para corregir los aspectos negativos de las contramedidas unilaterales. La solución propuesta en 1986 por el Sr. Ripshagen en el apartado *c* del proyecto de artículo 4, prescindiendo por el momento de los apartados *a* y *b* de dicho artículo, resultaría indudablemente mejorada si se agregasen procedimientos más avanzados de solución por intervención de un tercero.

63. Es preciso, sin embargo, examinar una cuestión preliminar, a saber la de las diferentes maneras en que los procedimientos de solución (y las correspondientes obli-

gaciones de las partes contratantes) deberían entrar en juego a los efectos de la aplicación de una convención sobre la responsabilidad de los Estados. Se alude principalmente a la manera en que actualmente se contemplan las obligaciones de solución en el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12, propuesto en el cuarto informe, por una parte, y la manera en que esas obligaciones deberían tomarse en consideración en la tercera parte y, quizás, en el propio apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12, por otra. Se alude, en especial, a los diferentes efectos que podrían tener las obligaciones de solución sobre la facultad del Estado lesionado de recurrir a contramedidas.

64. Al exigirse al Estado lesionado que no recurra a las contramedidas antes de haber agotado los procedimientos de solución «a su disposición», el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 se refiere sólo a los procedimientos de solución a que puedan recurrir las partes en cumplimiento de normas internacionales *distintas* de las establecidas directamente en una convención sobre la responsabilidad de los Estados. En realidad, el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 no impone al Estado lesionado, como condición para recurrir a las contramedidas, ningún procedimiento *determinado* de solución. Dispone simplemente que se hayan agotado los procedimientos «a disposición» del Estado lesionado en virtud de obligaciones jurídicas existentes antes de la controversia o acordadas después. Por consiguiente, todo depende de cuál sea o pueda llegar a ser la situación entre un presunto Estado lesionado y un presunto Estado infractor con respecto a un medio de solución de controversias.

65. Es evidente que esos procedimientos de solución abarcan desde las formas más rudimentarias de negociación o consultas (quizás con la ayuda de los buenos oficios o la mediación) hasta la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, los acuerdos regionales y los procedimientos a que se refiere el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas. Está claro que la multiplicidad de los medios enumerados en el Artículo 33 de la Carta, combinada con la regla de la «libertad de elección», haría muy difícil determinar qué medios de solución —en especial, medios *eficaces* de solución— están concretamente a disposición de cualquier Estado lesionado frente a cualquier Estado infractor en un momento dado y con respecto a la infracción de obligaciones primarias o secundarias determinadas. Para hacerse una idea más clara habría, por supuesto, que salir del ámbito de los tratados o sistemas multilaterales para entrar en el de los instrumentos bilaterales más específicos —tratados de solución de las controversias y cláusulas compromisorias— en vigor entre Estados determinados. Sin embargo, incluso en ese campo, existe una gran variedad de grados de «disponibilidad». Los tratados o cláusulas de tratados establecen obligaciones de solución que difieren muy considerablemente (*ratione personarum, materiae y temporis*) según que contemplen procedimientos que pueden promoverse mediante una iniciativa unilateral (la posibilidad máxima en términos de «disponibilidad») o procedimientos cuya ejecución requeriría por el contrario en cada caso concreto un acuerdo especial (compromiso) que ha de concertarse después de haber nacido la controversia. Evaluar la

«disponibilidad» en este último caso no es simple, ni mucho menos, incluso con respecto a un determinado par de Estados lesionado e infractor. Mucho dependerá asimismo del grado de *inclinación* de cada Estado a recurrir, una vez surgida la cuestión concreta, a la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial, si no se ha previsto de antemano la posibilidad de una iniciativa unilateral automática. Teniendo en cuenta las variables implicadas (*ratione personarum, materiae y temporis*), sólo un matemático de mucho talento —cuando no un mago— se mostraría dispuesto a tratar de determinar con alguna aproximación el grado de «disponibilidad» de los procedimientos de solución entre cualquier par imaginable de Estados en un momento dado.

66. En otras palabras, al enunciar el indispensable requisito del «agotamiento», el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 sólo se refiere a los medios de solución en vez de prescribir directamente tales medios. Esto impide que el artículo determine cómo un Estado, en calidad de potencial Estado lesionado, debería cumplir el «requisito del agotamiento» en sus relaciones con otros Estados, como potenciales Estados autores del hecho lesivo. Sólo en cada caso particular se puede determinar si unos procedimientos más o menos eficaces de solución están o estaban «a disposición» del Estado lesionado para que éste se vea impedido por una disposición como la del apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 para recurrir a una contramedida. Incluso el tipo de contramedida de que se trate puede influir de modo importante en la cuestión. Así pues, sólo en cada caso particular, teniendo en cuenta los instrumentos bilaterales o multilaterales en vigor y la «inclinación» de hecho del presunto infractor —por no decir nada del presunto Estado lesionado mismo— es posible determinar si este último Estado ha cumplido o no el «requisito del agotamiento»<sup>115</sup>. Una situación bastante clara se da cuando el Estado lesionado puede hacer valer un vínculo jurisdiccional que establezca la posibilidad de presentar unilateralmente una solicitud a la Corte Internacional de Justicia. En tal supuesto, debería ser relativamente fácil comprender que el Estado lesionado no podría recurrir lícitamente a contramedidas, salvo que hubiese obtenido de la Corte una resolución sobre medidas provisionales o una decisión sobre el fondo que el Estado infractor hubiera incumplido. Sin embargo, incluso en ese caso, habría que prever excepciones si fuera indispensable adoptar una medida de protección urgente para salvar vidas humanas o evitar sufrimientos o daños de otra manera irreparables.

<sup>115</sup> Lo único que cabe decir en general es que, en la mayoría de los casos, el primer (y quizás el único) medio de solución a disposición será probablemente la negociación o las consultas. En algunos casos puede haber formas más o menos avanzadas de conciliación o arbitraje, que raramente podrán ser promovidas mediante iniciativa unilateral. Sólo en muy raros casos estará disponible el arreglo judicial obligatorio de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o instrumentos equivalentes que prevean la presentación unilateral de una solicitud a la Corte. Con excepción de los últimos supuestos, infrecuentes o raros, en la mayoría de los casos seguirá habiendo, al menos inicialmente, una apreciación unilateral de los requisitos de la «disponibilidad» y el «agotamiento».

67. Existe, por supuesto, una manera «legislativa» de reducir las variables, la libertad de elección, la consiguiente incertidumbre y los riesgos de abuso de las contramedidas, abuso cometido en especial, aunque no exclusivamente, en perjuicio de los débiles y en beneficio de los poderosos. El medio para alcanzar este objetivo sería sustituir, más o menos decididamente, disposiciones que sólo remiten a obligaciones de solución de las controversias dimanantes de fuentes *distintas* de una convención sobre la responsabilidad de los Estados —como en el caso del apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12— por disposiciones que enuncien *directamente* la obligación de agotar *determinados* procedimientos como condición para recurrir a las contramedidas<sup>116</sup>. Cuanto más avanzados sean los procedimientos aprobados por la Comisión tanto más considerable será el desarrollo progresivo en las esferas de la responsabilidad de los Estados y la solución de controversias. El «derecho» de apreciación unilateral del Estado lesionado se reduciría en proporción directa al grado de eficacia de los procedimientos expresamente establecidos en una convención sobre la responsabilidad de los Estados. La facultad de recurrir a contramedidas también quedaría reducida de manera directamente proporcional.

68. La opción propuesta en el párrafo precedente representa sin duda el método más realista de alcanzar hasta donde sea posible la *solución teóricamente ideal*. Esta solución sería evidentemente incluir en el proyecto de artículos —bien en la tercera parte, bien en la propia segunda parte— un sistema estructurado de procedimientos de solución de las controversias por intervención de un tercero que, a falta de acuerdo, conduzcan finalmente a una decisión obligatoria dictada por ese tercero; y *al mismo tiempo modificar* el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 de la segunda parte del proyecto de manera que *la licitud de cualquier recurso a las contramedidas* —salvo en el supuesto de las medidas provisionales, de protección o cautelares previstas en el párrafo 2 de dicho proyecto de artículo 12— *esté condicionada a la existencia de dicha decisión obligatoria dictada por un tercero*. En el marco de un sistema de esta índole, las contramedidas a que se refiere el artículo 11<sup>117</sup> del proyecto podrían ser utilizadas lícitamente por el Estado A contra el Estado B exclusiva o casi exclusivamente para compeler al Estado B supuestamente recalcitrante a cumplir el laudo arbitral o la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en los que se hubiera fallado que el Estado B había violado una o varias de las obligaciones primarias o secundarias que le incumbían para con el Estado A. Aunque, incluso en ese caso, las contramedidas seguirían siendo, a falta de disposiciones institucionales adecuadas, el principal instrumento para garantizar la ejecución, el recurso a las contramedidas se daría sólo *después* de la decisión obligatoria dictada por un tercero. Es indudable que la justicia y la igualdad quedarían mejor salvaguardadas. Por consiguiente, el Relator Especial está dispuesto, si la Comisión

lo desea, a presentar el texto de los proyectos de artículos que sean necesarios para lograr ese progreso en el desarrollo del derecho internacional<sup>118</sup>.

69. Al preparar el presente informe, se ha tenido en cuenta que la solución examinada en el párrafo precedente no sería acogida favorablemente por la mayoría de la Comisión. Por eso, aunque no excluye la posibilidad de avanzar en esa dirección de desarrollo progresivo, si la Comisión se sintiera inclinada a ello, se pensó en idear algo menos arriesgado aunque más audaz que la propuesta de 1986<sup>119</sup>, que consistiría, como se explica con más detalle en el párrafo 2 de la sección D, en:

a) dejar tal como está el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12, es decir como una disposición de *remisión* a obligaciones de solución y *no creadora de tales obligaciones*;

b) reforzar en la tercera parte el procedimiento propuesto de conciliación no obligatoria, presentado por el anterior Relator Especial en 1986, mediante la inclusión de procedimientos de arbitraje y arreglo judicial sin menoscabar directamente la prerrogativa del Estado lesionado de adoptar contramedidas. Esta prerrogativa resultaría menoscabada, como se explica en el párrafo 86 *infra*, sólo «en la mente», por decirlo así, del Estado lesionado, ya que el Estado lesionado *sabría* que el recurso a una contramedida lo expone al riesgo de verificación por un tercero de la licitud de su reacción.

Sin embargo, se acogerá con satisfacción cualquier medida que propongan los miembros de la Comisión encaminada a la adopción de las soluciones de índole más avanzada a que se refieren los dos párrafos anteriores.

## 2. EL SISTEMA PROPUESTO DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS EN TRES FASES

70. La solución que se recomienda que la Comisión examine consiste en un procedimiento de solución obligatoria de las controversias por intervención de un tercero que se aplicaría sólo después que se hubiera recurrido a una contramedida presuntamente de conformidad con los proyectos de artículos 11 y 12 de la segunda parte del proyecto y hubiera surgido una controversia con respecto a su justificación y legalidad. A continuación figura una descripción del sistema de solución de las controversias en tres fases tal como resulta de los seis proyectos de artículos propuestos para la tercera parte del proyecto y su anexo<sup>120</sup>.

### a) Primera fase: la conciliación

71. La primera fase debería ser un procedimiento de conciliación análogo al previsto en la propuesta de 1986. Cualquiera de las dos partes en la relación o presunta relación de responsabilidad estaría facultada para recurrir a ese procedimiento a raíz de la adopción de una contra-

<sup>116</sup> Cabía, por ejemplo, imponer al presunto Estado lesionado la obligación de proponer un procedimiento de solución por intervención dirimente de un tercero de carácter vinculante o no vinculante y también de someter su pretensión a ese tercero una vez ese procedimiento haya sido aceptado por el presunto Estado infractor.

<sup>117</sup> Véase nota 109 *supra*.

<sup>118</sup> El Relator Especial señala, con gran pesar suyo, que no es probable que las condiciones de ese desarrollo se den, no sólo durante el vigente Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, sino tampoco en ningún momento previsible del próximo futuro.

<sup>119</sup> Véase el séptimo informe del Sr. Riphagen (nota 38 *supra*).

<sup>120</sup> El texto de los proyectos de artículos figura en la sección F.

medida por parte de un presunto Estado lesionado siempre que se reunieran dos condiciones principales o dos condiciones secundarias. Las condiciones principales serían: *a*) que el presunto Estado lesionado haya recurrido a una contramedida y *b*) que una diferencia haya surgido a raíz de la protesta u otra reacción por parte del presunto Estado infractor. Las condiciones secundarias serían que la controversia no haya sido resuelta en un plazo de cuatro meses contados desde la fecha en que se adoptó la contramedida ni haya sido sometida dentro del mismo plazo a un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero<sup>121</sup>.

72. La comisión de conciliación se constituiría por iniciativa unilateral de cualquiera de las partes de conformidad con las disposiciones de un anexo, en parte semejante al propuesto en 1986 por el Sr. Riphagen<sup>122</sup>. Además de la función habitual de las comisiones de conciliación, y sin perjuicio del carácter meramente recomendatorio del informe final emitido, la comisión de conciliación desempeñaría, en particular, los siguientes cometidos, con arreglo al proyecto de artículo 2 de la tercera parte (véase secc. F *infra*, párr. 106):

*a*) establecer los hechos o las cuestiones de derecho que puedan ser pertinentes con arreglo a cualquiera de las disposiciones del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, en especial, de ser necesario, la determinación de hechos *in loco*;

*b*) decretar la suspensión de las contramedidas a que haya recurrido cualquiera de las partes;

*c*) decretar medidas cautelares.

*b*) *Segunda fase: el arbitraje*

73. El arbitraje tiene que tomarse en consideración, según el proyecto de artículo 3, en determinadas circunstancias, a saber:

*a*) Bien en el supuesto de que algún obstáculo impida la constitución o el funcionamiento de la comisión de conciliación en el plazo de tres meses contados desde la solicitud de conciliación presentada por cualquiera de las partes; o

*b*) Bien en el supuesto de que, después del informe de la comisión, no se haya llegado a una solución entre las partes en el plazo de cuatro meses contados desde el informe definitivo de la comisión de conciliación.

74. El nombramiento del tribunal arbitral se efectuaría de conformidad con el anexo. Tendría que resolver con fuerza de obligar las cuestiones de hecho o de derecho que fueran pertinentes con arreglo a cualquiera de las disposiciones del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en un plazo de 10 meses contados desde la fecha de su constitución o de seis meses contados desde la

terminación del informe oral o el escrito de conclusiones de las partes. El tribunal debería *a fortiori* estar facultado para ejercer las funciones expresamente atribuidas a la comisión de conciliación de conformidad con el proyecto de artículo 4 (véase párr. 72 *supra*).

*c*) *Tercera fase: el arreglo judicial*

75. Sin perjuicio de cualesquier otras posibilidades que se examinen en relación con el régimen de las infracciones penales definidas como «crímenes de los Estados» en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el arreglo judicial debería tomarse en consideración sólo en última instancia en casos especiales de conformidad con el proyecto de artículo 5. Dos de esos casos serían:

*a*) Que, por cualquier causa, no se haya podido constituir el tribunal arbitral, a menos que dentro de los seis meses siguientes se haya resuelto la controversia por otros medios;

*b*) Que el tribunal arbitral no haya dictado un laudo en el plazo prescrito de 10 o seis meses.

En esos casos, cualquiera de las partes podrá unilateralmente someter la cuestión a la Corte Internacional de Justicia.

76. La competencia de la CIJ tendría que preverse también en el supuesto de desviación de poder o violación de un principio fundamental del procedimiento de arbitraje por el tribunal arbitral. Cualquiera de las partes estaría facultada para someter tales casos a la Corte por solicitud unilateral de conformidad con el proyecto de artículo 6.

77. La CIJ, al igual que el tribunal arbitral, también debería tener potestad para ejercer, con respecto al caso, cualquiera de las funciones previstas para la comisión de conciliación en el párrafo 72 *supra* que no sean incompatibles con el Estatuto de la Corte, aunque no estén necesariamente reguladas en él.

78. Los plazos propuestos para cada una de las tres fases son sólo provisionales.

3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA: PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN POR INTERVENCIÓN DE UN TERCERO COMO MEDIO DE CORREGIR LOS ASPECTOS NEGATIVOS DEL SISTEMA DE REACCIÓN UNILATERAL ACTUALMENTE INEVITABLE

79. Tres rasgos fundamentales caracterizan el sistema propuesto de solución de las controversias.

80. La característica principal del sistema propuesto es la de que, a falta de una solución pactada en cualquier fase, conduce, sin obstaculizar considerablemente la libertad de elección de las partes con respecto a otros procedimientos posibles de solución, a una solución obligatoria de la controversia. En realidad, son dos las limitaciones impuestas a la libertad de elección de los procedimientos de solución por las partes. La primera limitación es la de que puede presentarse unilateralmente una solicitud de conciliación en las condiciones enuncia-

<sup>121</sup> Los procedimientos obligatorios de solución por intervención dirimente de un tercero comprenderían la sumisión del caso a un tribunal arbitral o a la Corte Internacional de Justicia.

<sup>122</sup> Véanse el séptimo informe del Sr. Riphagen (nota 38 *supra*) y nota 167 *infra*.

das *supra* (párr. 71) si la controversia surgida, a raíz del recurso a una contramedida, no ha sido resuelta ni ha sido sometida a un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero en un plazo de cuatro meses contados desde la fecha en que entró en vigor la contramedida. Este plazo puede ser más breve que cualquier período de tiempo más largo cuyo transcurso se haya previsto en un acuerdo o disposición en vigor entre las partes y, en ese sentido, estar en contradicción con él. Sin embargo, el Relator Especial opina que la inclusión en el proyecto de artículos de una regla más estricta, es decir prever un plazo más corto para la solución de la controversia o su sumisión a un procedimiento por intervención de un tercero constituye una limitación razonable, y por tanto aceptable, de la, en otro caso, excesivamente amplia regla de la «libertad de elección» del Artículo 33 de la Carta<sup>123</sup>.

81. Una segunda limitación de la libertad de elección de las partes estribaría, naturalmente, en el hecho mismo de que se prevea un procedimiento de conciliación determinado, es decir un procedimiento de conciliación que, como se propone, pueda iniciarse de conformidad con el artículo 1 de la tercera parte del proyecto y el anexo. Cabe que esto no esté necesariamente en conformidad con cualquier acuerdo permanente o especial entre las partes. En virtud de un acuerdo de esta índole, cualquier parte puede estar facultada, por ejemplo, para recurrir a una comisión de conciliación de naturaleza diferente, constituida de modo diferente o dotada de atribuciones diferentes. También en este caso el Relator Especial opina que la regla que propone para la tercera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debería prevalecer sobre cualquier regla menos estricta que esté en vigor entre las partes. De ese modo se velará mejor por la aplicación efectiva de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

82. La segunda característica esencial de la solución propuesta, y sin duda la más importante para evaluar su viabilidad, es el hecho de que los procedimientos de solución que han de ser incluidos en el proyecto de artículos no sean de tal naturaleza que menoscaben directamente, en una medida apreciable, la facultad del Estado lesionado de recurrir a contramedidas contra otro Estado que, en opinión del primero, haya vulnerado alguno de sus derechos. La licitud del recurso a las contramedidas sigue estando sujeta, por supuesto, a requisitos básicos como los constituidos por la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, la atribución del hecho a un Estado determinado y las demás condiciones y limitaciones enunciadas en los artículos 11 a 14 de la segunda parte del proyecto. La apreciación de la existencia de los requisitos necesarios y de la conformidad de una contramedida propuesta con las condiciones y limitaciones enunciadas en los proyectos de artículos 11 a 14 seguirán constituyendo en principio una prerrogativa que ha de ser ejercida por el propio Estado lesionado unilateralmente, aunque por su

cuenta y riesgo, sin perjuicio de cualquier acuerdo contrario en vigor entre las partes. La inclusión de las disposiciones propuestas de solución obligatoria en tres fases por intervención de un tercero como tercera parte del proyecto de artículos no menoscabará directamente la prerrogativa o facultad ejercida por el Estado lesionado cuando decidiese recurrir a las contramedidas. La función de los procedimientos de solución propuestos sólo se desencadenaría después de que el Estado lesionado hubiera tomado esa decisión. La finalidad del procedimiento sería resolver, en la forma oportuna y eficaz antes descrita, cualesquier diferencias entre las partes en la relación de responsabilidad, incluidas, por supuesto, las cuestiones de hecho o de derecho que puedan ser pertinentes en virtud de cualquiera de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

83. Convendría subrayar este último aspecto para que no quepa el menor equívoco. El «mecanismo de activación» de las obligaciones de solución a que estarían sujetas las partes de conformidad con la tercera parte propuesta no es la presunta violación de una norma primaria o secundaria de derecho consuetudinario o convencional ni la controversia que puede surgir de la impugnada acusación de tal violación. Es sólo la controversia nacida del recurso impugnado a una contramedida por parte del presunto Estado lesionado y, quizás, el recurso a una medida de contrarrepresalia de la parte contraria, lo que activa el sistema de solución de las controversias. La evaluación en primer lugar de la existencia de tal controversia y, por consiguiente, de los requisitos de activación corresponderá, por supuesto, a la comisión de conciliación.

84. No es necesario aclarar la evidente diferencia entre el «mecanismo de activación» representado por una controversia en la presente propuesta, por una parte, y el «mecanismo de activación» representado por una «objeción» en la propuesta de 1986, por otra. La «controversia» es, a juicio del Relator Especial, un elemento menos problemático y, en cierto sentido, más objetivo que ha sido estudiado de forma amplia y autorizada por la doctrina y la práctica del derecho internacional. No se habrá escapado que el sistema recomendado ofrece una ventaja si se compara con la propuesta de 1986. El recurso a un procedimiento de solución por un tercero imparcial por parte de un presunto Estado infractor que sea el destinatario de una contramedida no seguirá a la mera objeción a una contramedida prevista y notificada. El procedimiento de solución por intervención de un tercero sólo podrá ser promovido después de que la contramedida haya sido efectivamente aplicada. Los «conservadores» pueden estar convencidos de que la solución propuesta, aunque sin duda es más avanzada y más eficaz para luchar contra el abuso de las contramedidas, resultará en la práctica más respetuosa de las prácticas consuetudinarias que parecen ansiosos de preservar.

85. Otra característica notable es la función que el mecanismo de solución de controversias propuesto desempeñaría en el marco de la relación de responsabilidad del Estado. Aunque este mecanismo no impediría, como se ha dicho antes, que un Estado lesionado recurriese por su cuenta y riesgo a las contramedidas, la disponibilidad del

<sup>123</sup> Puede darse una diferencia de este tipo, por ejemplo, entre la disposición propuesta y el procedimiento de conciliación establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.



sistema debería producir un efecto moderador sobre la decisión del Estado lesionado de recurrir a las contramedidas. No sería, sin embargo, un sistema de la índole de los que producen la suspensión de las medidas unilaterales (*dispositif de freinage de l'action unilatérale*) que figura en otros proyectos de la Comisión<sup>124</sup>. Se hace referencia, por ejemplo, al proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en virtud del cual cabe que se suspenda la ejecución de un proyecto por parte de un Estado mientras que se sustancia un procedimiento determinado de consulta o conciliación<sup>125</sup>. En el marco del sistema de solución de las controversias propuesto para el proyecto de la responsabilidad de los Estados, la contramedida no sería suspendida en absoluto, salvo por resolución de un órgano imparcial después de la incoación de un procedimiento de solución. El único freno del recurso a una contramedida que originaría el sistema propuesto actuaría en la mente, por decirlo así, del Estado lesionado o presunto Estado lesionado, cuyas autoridades es de esperar que se vieran inducidas a comportarse con mayor circunspección al sopesar los requisitos y limitaciones de una posible contramedida.

### E.—El planteamiento adoptado por la Comisión en relación con la solución de las controversias

#### 1. LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS COMPROMISORIAS EN SUS PROYECTOS

86. La Comisión no ha contribuido de manera muy significativa al desarrollo del derecho de la solución de las controversias. Con pocas excepciones, la gran mayoría de los proyectos de codificación elaborados hasta ahora por la Comisión contienen cláusulas compromisorias imperfectas por las que se establece como máximo, además de la negociación y una referencia general al Artículo 33 de la Carta, el recurso obligatorio a la conciliación no vinculante. Obligaciones más estrictas y más avanzadas, que generalmente se relegan junto con las disposiciones sobre conciliación a un anexo o protocolo, quedan sujetas a la aceptación separada o a las reservas de los Estados contratantes<sup>126</sup>.

87. La excepción más significativa parece ser el proyecto de la Comisión sobre el derecho de los tratados<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Véase Sir Humphrey Waldock, segundo informe (nota 107 *supra*).

<sup>125</sup> *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 73, art. 17.

<sup>126</sup> Se ha señalado también que las cláusulas compromisorias de que se trata han proporcionado el fundamento para la competencia de la Corte Internacional de Justicia en sólo dos casos y no han servido de base a ningún procedimiento de arbitraje (véase Coussirat-Coustère, «Le règlement des différends dans l'oeuvre de la Commission du droit international: vers une codification progressive?»).

<sup>127</sup> El artículo 66 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece no sólo un recurso obligatorio no basado en un instrumento facultativo al arreglo judicial obligatorio ante la Corte Internacional de Justicia respecto de cualquier controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 que no haya sido resuelta por un arbitraje aceptado de común acuerdo, sino también el recurso obligatorio no basado en un instrumento facultativo

Las otras excepciones son la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal<sup>128</sup>, y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales<sup>129</sup>. También hay que mencionar el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación<sup>130</sup> y el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes<sup>131</sup>. Aunque en estos dos casos los Relatores Especiales propusieron una vía más progresista<sup>132</sup>, no fueron

o a un procedimiento de conciliación. Aunque el modo de aplicación de este último procedimiento figura en un anexo, el arreglo judicial y la conciliación están ambos considerados claramente en el artículo 66 como parte integrante, no facultativa y automáticamente operativa del sistema procesal de la Convención que ha de seguirse en materia de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado. No obstante, el campo de las controversias, a que se refiere el artículo 66 de la Convención de Viena, es bastante estrecho. Sobre la interesante génesis de esta disposición véanse, en especial, Kearney y Dalton, «The treaty on treaties», AJIL, 1970, en especial págs. 545 a 555, así como Dupuy, «Codification et règlement des différends.— Les débats de Vienne sur les procédures de règlement», AFDI, 1969, Deleau, «Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités», *ibid.*, en especial págs. 20 a 23, y Nahlik, «La Conférence de Vienne sur le droit des traités.— Une vue d'ensemble», *ibid.*, en especial págs. 42 y ss.

<sup>128</sup> El artículo 84 reza como sigue:

«Si entre dos o más Estados Partes se plantea una controversia relativa a la aplicación o a la interpretación de la presente Convención, se celebrarán consultas entre tales Partes a instancia de cualquiera de ellas. La Organización o la conferencia serán invitadas a asociarse a las consultas a instancia de cualquiera de las partes en la controversia.»

Y el párrafo 1 del artículo 85:

«Si no se logra poner término a la controversia como resultado de las consultas mencionadas en el artículo 84 en el plazo de un mes a partir de la fecha en que se hayan iniciado, cualquier Estado que participe en las consultas podrá someter la controversia a una comisión de conciliación constituida de conformidad con las disposiciones del presente artículo mediante comunicación escrita dirigida a la Organización y a cualquiera de los otros Estados que participen en las consultas.»

<sup>129</sup> Los artículos 65 y 66 de esta Convención son muy semejantes a los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. La principal característica original del sistema de solución de las controversias de dicha Convención es el procedimiento de petición de una opinión consultiva a que se refieren los apartados *b* y *e* del párrafo 2 del artículo 66.

<sup>130</sup> Los procedimientos examinados por los sucesivos Relatores Especiales eran una combinación de negociación, determinación de hechos y conciliación a instancia de una de las partes. En defecto de conciliación, se preveía el recurso no obligatorio al arbitraje o el arreglo judicial. Véanse Schwebel, tercer informe [*Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), págs. 79 y ss., documento A/CN.4/348, párrs. 472 a 498] y Evensen, primer informe [*Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), págs. 165 y ss., documento A/CN.4/367, párrs. 200 a 231].

<sup>131</sup> Sucharitkul, octavo informe [*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), págs. 23 y ss., documento A/CN.4/396, párrs. 43 a 48]. Además de la negociación, la consulta y el arreglo judicial o el arbitraje, el Relator Especial previó la posibilidad de solicitud unilateral de un procedimiento de conciliación (arts. 29 a 33). El artículo 31 enunciaba una cláusula facultativa en virtud de la cual todo Estado signatario podía declarar su aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en relación con cualquier controversia no resuelta en virtud de la aplicación de los medios indicados en los artículos 29 y 30.

<sup>132</sup> Otro ejemplo de esta tendencia, aunque no relacionado con la Comisión de Derecho Internacional, es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que en su parte XV establece un

seguidos por la Comisión, cuya actitud con respecto a las disposiciones sobre la solución de controversias sigue siendo muy precavida<sup>133</sup>.

88. La general renuencia de la Comisión a examinar disposiciones más audaces en la esfera de la solución de las controversias en sus proyectos anteriores se basa en gran parte, en opinión del Relator Especial, en los siguientes factores:

a) La opinión de muchos miembros de la Comisión de que los gobiernos no aceptarían obligaciones importantes en la esfera de la solución de controversias;

b) Una interpretación restrictiva del cometido de la Comisión en el sentido de que el mandato de realizar la codificación de un tema no va más allá de la elaboración de normas de fondo relativas a la materia, de suerte que las eventuales disposiciones sobre la solución de las controversias tienen que ser examinadas en la conferencia diplomática o, como máximo, en la última fase de la elaboración del proyecto en forma de un anexo a éste<sup>134</sup>;

c) La opinión de que, en cualquier caso, las normas sobre la solución de controversias pertenecen realmente a una esfera diferente y, en cierto modo, separada del derecho, esto es el derecho procesal, que debería ser regulada separadamente prescindiendo de toda consideración extrínseca;

d) La opinión de que la inclusión en un proyecto de normas especiales sobre la solución de controversias complicaría las cuestiones de fondo y reduciría las posibilidades de que los resultados del proceso de codificación obtuviesen la aprobación de un número suficiente de Estados;

e) Los escasos éxitos alcanzados por la Comisión entre 1949 y 1958 en sus trabajos sobre el tema del procedimiento arbitral<sup>135</sup>;

(Continuación de la nota 132)

complejo sistema de solución por intervención de un tercero de carácter no facultativo. Véanse, en especial, Richardson, «Dispute settlement under the Convention on the Law of the Sea: A flexible and comprehensive extension of the rule of law to ocean space», y Jacovides, «Peaceful settlement of disputes in ocean conflicts: Does UNCLOS III point the way?». Oda expresaba una opinión no muy optimista en su artículo titulado «Some reflections on the dispute settlement clauses in the United Nations Convention on the Law of the Sea». Véase asimismo *A Handbook on the New Law of the Sea*, publicado bajo la dirección de R. Dupuy y D. Vignes, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Lancaster, vol. 1, 1991, págs. 777 y ss. y vol. 2, 1991, págs. 1333 y ss.

<sup>133</sup> Véase en especial Coussirat-Coustère, *loc. cit.*

<sup>134</sup> Un ejemplo típico es la petición que la Comisión ha dirigido reiteradamente a la Asamblea General en los últimos años de que la autorice a estudiar y preparar, en relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, un proyecto de estatuto de un órgano jurisdiccional penal internacional. Aunque era evidente, como señalaron repetidamente algunos miembros, que un tribunal penal internacional sería un elemento esencial para la debida aplicación del código, se ha abordado el tema con bastante renuencia, como se desprende ahora del párrafo 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General.

<sup>135</sup> Aunque la Comisión había recomendado, en 1953, que se celebrase una convención basada en su proyecto de artículos sobre el tema

f) Con respecto al tema concreto de la responsabilidad de los Estados, la observación de que la inclusión en el proyecto de obligaciones avanzadas de solución de las controversias, en particular de procedimientos obligatorios de solución por intervención dirimente de un tercero, afectaría a la violación de casi todas las obligaciones internacionales primarias con independencia de su objeto. Se indicó que esto haría más difícil la aprobación de un proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

## 2. LA EVOLUCIÓN RECIENTE DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS COMO INDICIO DE UNA NUEVA TENDENCIA

89. Ninguno de esos factores generales o específicos debería desalentar a la Comisión. No cabe duda de que los Estados son reacios generalmente a aceptar compromisos avanzados de solución de las controversias, especialmente con respecto a procedimientos de solución por intervención dirimente de un tercero<sup>136</sup>. La historia del derecho de la solución de controversias registra un número considerable de fracasos, en especial el de no haber creado un verdadero tribunal permanente en 1907 y el de no haber establecido una competencia obligatoria general en el caso de las controversias jurídicas, estudiada durante la elaboración del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1919 y 1920. La aplicación de las disposiciones sobre la solución de controversias del Pacto de la Sociedad de las Naciones, es decir los artículos 12 a 15 de dicho instrumento, y del Acta General para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, aprobada en 1928 y revisada en 1949, se distinguió sólo por algunos éxitos.

90. La aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo Capítulo VI versa principalmente sobre las controversias políticas (y «peligrosas»), no representó un progreso significativo en la esfera de los procedimientos de solución de las controversias jurídicas. Mientras que el

(*Annuaire... 1953*, pág. 209, párr. 57), la Asamblea General invitó primero a la Comisión, teniendo en cuenta las observaciones que habían formulado los gobiernos, a que volviera a examinar el proyecto y presentara un nuevo informe [resolución 989 (X), párr. 2]. Cuando la Comisión recomendó que el resultante «Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral» (*Anuario... 1958*, vol. II, pág. 85, documento A/3859, cap. II, párr. 22) se aprobase, junto con su informe, mediante resolución, la Asamblea se negó a adoptar la decisión recomendada. Se limitó a tomar nota del informe de la Comisión y a señalar a la atención de los Estados Miembros los artículos del proyecto sobre procedimiento arbitral a fin de que, en la medida en que lo estimaran apropiado, los tomasen en consideración y los utilizaran al redactar tratados de arbitraje o compromisos [resolución 1262 (XIII), párr. 3]. Según Rosenne, en «The International Law Commission, 1949-59», pág. 151, eran tres las razones a que obedecía este resultado, a saber: a) la audacia del planteamiento de la Comisión al basar el proyecto en un concepto de arbitraje jurisdiccional en vez de arbitraje diplomático; b) el sentimiento de que el proyecto se inclinaba en exceso por el desarrollo progresivo; y c) el hecho de que el clima político de las Naciones Unidas no se prestaba a una nueva ampliación de la solución jurisdiccional de las controversias en lugar de la diplomacia. No se alcanza a comprender, sin embargo, el sentido de la expresión «arbitraje diplomático».

<sup>136</sup> Véanse, en especial, Franck en *The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a Fragmented World*, págs. 46 y *passim*; y Lee en «A case for facilitation in the settlement of disputes».

papel del Consejo de Seguridad y la Asamblea General sigue siendo de naturaleza política, incluso en el caso de controversias jurídicas<sup>137</sup>, los procedimientos principales para la solución de tales controversias (arbitraje, arreglo judicial y determinación de los hechos) parecen sepultados bajo el principio de «libre elección» del Artículo 33. Esta situación no ha mejorado, a pesar de los esfuerzos de algunas delegaciones en relación con la elaboración de las partes pertinentes de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>138</sup>, que se ocupa muy tímidamente de la solución pacífica<sup>139</sup>, y el principio V del Acta Final de la Conferencia sobre la Se-

<sup>137</sup> Véase, por ejemplo, Bowett en «Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes»

<sup>138</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General. Véase principalmente la propuesta presentada por Dahomey, Italia, el Japón, Madagascar y los Países Bajos, que en su párrafo 3 establece lo siguiente

«3 A fin de asegurar la aplicación más eficaz de este principio

»a) Por regla general, las controversias de orden jurídico deberían ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia y, en particular, los Estados deberían esforzarse por aceptar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia conforme al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte,

»b) En los acuerdos multilaterales generales concertados bajo los auspicios de las Naciones Unidas se debería estipular que las controversias relativas a la interpretación o aplicación del acuerdo, y que las partes no hayan podido arreglar mediante la negociación o cualquier otro medio pacífico, podrán someterse, a instancia de cualquiera de las partes, a la Corte Internacional de Justicia o a un tribunal de arbitraje, cuyos miembros serán nombrados por las partes o, si estas no lo hicieren, por un órgano pertinente de las Naciones Unidas,

»c) Los Estados Miembros de las Naciones Unidas y los órganos de las Naciones Unidas deberían proseguir sus esfuerzos en el campo de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional con miras a fortalecer la base jurídica del arreglo judicial de las controversias,

»d) Los órganos competentes de las Naciones Unidas deberían hacer uso más plenamente de los poderes y funciones que les confiere la Carta en el campo del arreglo pacífico, con miras a asegurar que todas las controversias se arreglen por medios pacíficos de tal manera que no solo se preserven la paz y la seguridad internacionales sino también la justicia »

[*Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.º 18 (A/8018), pag. 60*]

<sup>139</sup> Respecto a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, véase por ejemplo el documento presentado por el representante de Italia en el período de sesiones de 1970 del Comité Especial de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados. En opinión de dicho representante, la declaración que se estaba redactando resultaba seriamente debilitada al hacer la mayoría de los miembros del Comité caso omiso de los aspectos institucionales de los principios. El representante, en un documento que figura en el informe del Comité a la Asamblea General (*ibid.*, pag. 57), subraya

«Entre los siete principios, algunos tal vez sean, o parezcan ser, de carácter puramente normativo\*, en tanto que otros son evidentemente normativos e\* institucionales al mismo tiempo. En todo caso\*, este elemento institucional no puede ignorarse, en el último cuarto de nuestro siglo, sin poner en grave peligro el impacto del contenido normativo de los principios y tal vez su existencia misma

[ ]

» sería peligroso descuidar los aspectos institucionales esenciales de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, del principio de la no intervención o del principio del arreglo pacífico de las controversias internacionales\*. No solo la aplicación efectiva y el efecto general de tales principios, sino también su misma existencia y desarrollo, dependen en gran medida de los procedimientos, ins-

guridad y la Cooperación en Europa<sup>140</sup>, especialmente decepcionante habida cuenta de la bien formulada y muy meritoria propuesta presentada a la Conferencia por el Gobierno de Suiza<sup>141</sup>.

91. En los últimos años se han producido varios hechos alentadores, algunos de los cuales ya han sido señalados en los informes tercero<sup>142</sup> y cuarto<sup>143</sup>. La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales<sup>144</sup> representa una importante novedad en materia de política general. A pesar de su carácter de resolución y la función más bien programática que operativa de sus disposiciones, ese documento contiene dos elementos que la Comisión no debería pasar por alto en el presente contexto. El primer elemento es la recomendación contenida en el párrafo 9 de la sección I en el sentido de que

Los Estados deberían considerar la posibilidad de concertar entre ellos acuerdos sobre el arreglo pacífico de las controversias

y, más concretamente,

Deberían también incluir, según correspondiera, en los acuerdos bilaterales y las convenciones multilaterales que concertasen, disposiciones eficaces para el arreglo pacífico de las controversias a que pudiesen dar lugar la interpretación o la aplicación de tales instrumentos

Aunque esta disposición puede parecer evidente a cualquiera, representa una evolución considerable si se tiene en cuenta que no figura nada parecido en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>145</sup> ni en el principio V del Acta Final de la Confe-

trumentos y mecanismos que se utilicen para aplicar o exigir, en las relaciones entre Estados, las normas emanadas de tales principios e inspiradas en ellos »

Por lo que respecta, más concretamente, a la solución de las controversias, el representante de Italia dijo que había indicado frecuentemente las graves dificultades que, en su opinión, eran inherentes al enunciado de ese principio (véanse, por ejemplo, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 939.ª sesión*, par. 10, e *ibid.*, *vigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 1162.ª sesión*). Como se indica en el mencionado informe del Comité Especial, el representante de Italia sostuvo que

«la formulación actual “resta importancia al Capítulo VI de la Carta” y “sencillamente pasa por alto artículos o párrafos enteros del Capítulo VI, para no hablar del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, y de otros instrumentos internacionales» [*ibid.*, *vigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.º 18 (A/8018), pag. 60*]

y señaló nuevamente a la atención del Comité la propuesta que Italia había presentado junto con Dahomey, el Japón, Madagascar y los Países Bajos (véase nota 138 *supra*), añadiendo que, si no se aceptaba esa propuesta y

«[s]i en el proyecto de declaración se mantuviese tal laguna, el desarrollo progresivo del derecho del arreglo pacífico de las controversias podría sufrir graves perjuicios» (*ibid.*, pag. 61)

<sup>140</sup> Firmada en Helsinki el 1.º de agosto de 1975

<sup>141</sup> Véase, en particular, Bindschedler en «La Conférence sur la sécurité en Europe et le règlement pacifique des différends» Para la propuesta suiza, véase Cafilisch en «La pratique suisse en matière de droit international public 1972», *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIX, en particular págs. 373 a 377

<sup>142</sup> *Anuario 1991*, vol. II (primera parte) (véase nota 78 *supra*), párrs. 52 a 62

<sup>143</sup> *Anuario 1992*, vol. II (primera parte) (véase nota 79 *supra*), párrs. 35 a 40

<sup>144</sup> Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo

<sup>145</sup> Véase nota 139 *supra*

rencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa<sup>146</sup>. El segundo elemento, igualmente importante, es el que se refiere a la disposición contenida en el párrafo 11 de la sección I de la Declaración de Manila, que dispone que:

Los Estados, de conformidad con el derecho internacional, cumplan de buena fe todas las disposiciones de los acuerdos concertados por ellos para el arreglo de sus controversias

Ya era hora, a juicio del Relator Especial, de que un órgano internacional denunciara, por lo menos implícitamente, la casi total ineficacia de los múltiples tratados de arbitraje, conciliación o arreglo judicial, cuyos textos han sido recopilados junto a algunos instrumentos menos eficaces en tres conocidos volúmenes<sup>147</sup>. Otros elementos importantes son los que figuran en el apartado *b* del párrafo 5 de la sección II de la Declaración, según el cual:

es conveniente que [los Estados]

- i) Consideren la posibilidad de incluir en los tratados, cuando proceda, cláusulas en las que se disponga la presentación a la Corte Internacional de Justicia de las controversias que puedan surgir acerca de la interpretación o aplicación de tales tratados,
- ii) Estudien la posibilidad de optar, en el marco del libre ejercicio de su soberanía, por reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Artículo 36 de su Estatuto;
- iii) Estudien la posibilidad de determinar los casos en que se puede recurrir a la Corte Internacional de Justicia

Esta sección dispone asimismo:

El recurso al arreglo judicial de las controversias jurídicas, en particular su remisión a la Corte Internacional de Justicia, no debería ser considerado un acto enojoso entre los Estados

No es posible tampoco encontrar tales términos en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas ni en el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa.

92. Una tendencia análoga es la que se desprende de la Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera<sup>148</sup> y la Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales<sup>149</sup>.

93. Un elemento reciente digno de mención es el nuevo proyecto de la CSCE que ya ha alcanzado la fase de proyecto de convenio sobre conciliación y arbitraje. Aún más notables son las medidas concretas que han ido adoptando varios Estados de Europa Oriental para invertir radicalmente sus políticas antes menos progresivas en este cam-

po<sup>150</sup>. Se hace referencia, en particular, a la aceptación por la antigua Unión Soviética de la jurisdicción de la CIJ con respecto a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos y la aceptación por la antigua Checoslovaquia y por Hungría de los procedimientos judiciales y de conciliación establecidos en el artículo 66 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Otro signo importante de una nueva tendencia es la actitud cada vez más favorable a establecer la solución de controversias por la CIJ. Hechos como los indicados ponen de manifiesto, en opinión del Relator Especial, que no habría que exagerar la importancia del factor antes enunciado en el apartado *a* del párrafo 88.

94. Los factores a que se refieren los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 88 son muy discutibles. En lo que se refiere al factor mencionado en el apartado *b*, la Comisión debería recordar que la Asamblea General le ha encomendado la función técnica de elaborar los textos jurídicos necesarios para la aplicación del apartado *a* del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta. Una vez que el órgano principal ha adoptado su decisión política al confiar a la Comisión la elaboración de un proyecto, incumbe a la Comisión decidir, basándose en su competencia técnica, y, por supuesto, *ad referendum*, el alcance exacto de la tarea que ha de ejecutarse para servir debidamente a las Naciones Unidas y sus Estados Miembros. En el caso de la preparación de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, antes mencionado<sup>151</sup>, las vacilaciones de la Comisión acerca de su competencia originaron no sólo infortunados retrasos sino también un muy lamentable derroche de recursos. La Organización tuvo que dirigirse a los Estados Miembros para obtener información técnica que de otro modo hubiera recibido de la Comisión. Además, hubo que recurrir a una fórmula *ad hoc*, solución poco recomendable en la esfera del derecho penal.

95. Por lo que respecta a los factores enumerados en los apartados *c* y *d* del párrafo 88, no hay nada en la distinción entre sustancia y procedimiento que exija que sean objeto de un trato separado todos los casos, sea en derecho nacional o en derecho internacional. En lo que se refiere al derecho internacional, en realidad parece que lo que es verdad es lo opuesto. Los instrumentos generales de solución de las controversias, tanto bilaterales como multilaterales, no han demostrado ser, como se ha señalado, muy eficaces. Son textos interesantes para el estudio y la enseñanza de los diversos medios y procedimientos de solución de las controversias y sus combinaciones, pero no son los utilizados más frecuentemente en la práctica por los Estados litigantes. Lo mismo cabe decir del técnicamente loable modelo de reglas sobre procedimiento arbitral de la Comisión, que no es sino un modelo que los Estados pueden utilizar una vez que han decidido recurrir al arbitraje. Los mecanismos de solución de controversias más útiles son los denominados comúnmente por los juristas «cláusulas compromisorias», esto es las cláusulas sobre solución incorporadas a determinados tratados internacionales (incluido un número creciente de tratados multilaterales) y que establecen el medio de solución de

<sup>146</sup> Véase nota 140 *supra*

<sup>147</sup> Habicht, *Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes; Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928-1948* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949 V3) y *A Survey of Treaty Provisions for the Pacific Settlement of International Disputes, 1949-1962* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 66 V5)

<sup>148</sup> Resolución 43/51 de la Asamblea General, anexo

<sup>149</sup> Resolución 46/59 de la Asamblea General, anexo

<sup>150</sup> Véase nota 114 *supra*

<sup>151</sup> Véase nota 134 *supra*

cualquier controversia que surja en relación con la aplicación e interpretación del tratado. Integran precisamente la categoría de mecanismos de solución que la Asamblea General, en su Declaración de Manila<sup>152</sup>, alentó a los Estados que adoptaran y que a veces se incluyen, y convendría hacerlo más a menudo, en los proyectos de convenciones de codificación que la Comisión en el desempeño de su cometido ha de recomendar, por conducto de su órgano principal, a la comunidad de Estados.

### 3. LA TERCERA PARTE DEL PROYECTO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS COMO CUESTIÓN DE DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

96. Por lo que respecta a la renuencia que muestran los Estados en lo que concierne a esta cuestión en particular (véase apartado *f* del párrafo 88), el Relator Especial opina que la inclusión de disposiciones sobre la solución de controversias es especialmente apropiada en el caso del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. A diferencia de la mayoría de las convenciones de codificación, el presente proyecto incluye ya una serie de importantes artículos sobre cuestiones que no son de fondo, por ejemplo los proyectos de artículos presentados en el 44.º período de sesiones<sup>153</sup> sobre las condiciones y limitaciones del recurso lícito a las contramedidas como reacción contra un hecho internacionalmente ilícito y la falta de cooperación por parte del Estado infractor, textos que actualmente examina el Comité de Redacción. Estas disposiciones son, *mutatis mutandis*, de carácter adjetivo, de forma o procesal y desempeñan el tipo de función que se quiere que desempeñen las normas de la tercera parte que establecen procedimientos de solución de las controversias. La inclusión en el proyecto de una tercera parte, que incluye artículos específicamente dedicados a la solución de las controversias, parece, pues, perfectamente coherente con la naturaleza de algunas de las disposiciones esenciales de la segunda parte del proyecto de artículos.

97. Es cierto, desde luego, como señaló *inter plurimos* el Sr. Riphagen, que la inclusión de disposiciones sobre la solución de controversias en un proyecto relativo a las consecuencias de la violación de obligaciones internacionales abarcaría una amplia variedad de cuestiones al establecer el deber de someterse a procedimientos de solución por intervención dirimente de un tercero cuya incoación dependería de la decisión unilateral de cualquiera de las partes. Sin embargo, esto no constituye un obstáculo insuperable, como puede parecer a primera vista. Hay que tener presentes dos consideraciones principales.

98. En primer lugar, las controversias a que se referiría este procedimiento son:

a) Las controversias jurídicas que entrañan la interpretación o la aplicación de algunos de los artículos sobre la

responsabilidad de los Estados, un campo muy amplio pero no ilimitado;

b) Las controversias jurídicas, indicadas en el apartado *a*, nacidas como consecuencia de las contramedidas o contrarrepresalias a que recurran las partes en una relación de responsabilidad internacional.

99. En segundo lugar, aunque aun más importante, el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados implica ya, dado que los proyectos de artículos propuestos en el 44.º período de sesiones han sido remitidos al Comité de Redacción<sup>154</sup>, la sujeción de cualquier Estado, como posible parte infractora, a iniciativas unilaterales que son ciertamente menos agradables que la sujeción a la incoación unilateral de un procedimiento de conciliación, arbitraje o arreglo judicial por un tercero imparcial. Aun en el supuesto de que los Estados, en pleno Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, consideren que las obligaciones de solución por intervención de un tercero constituyen una carga intolerable, la Comisión debería por lo menos invitarlos a reflexionar más a fondo sobre si autorizar una prerrogativa general (facultad) de recurso a contramedidas sin un freno adecuado no sería aún más intolerable.

100. Hay todavía otra razón general por la que la Comisión debería incluir disposiciones más avanzadas sobre solución de las controversias en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. La vacilación de la Comisión en proponer medidas más decisivas encaminadas al establecimiento de un sistema de solución de las controversias por intervención de un tercero, independientemente de la posible renuencia de los Estados a aceptarlo, es sin duda comprensible en vista del amplio campo de aplicación del proyecto. No obstante, este factor mismo debería servir de estímulo a la Comisión para estudiar seriamente la inclusión de tal sistema en el presente proyecto. Ello por dos buenas razones. En primer lugar, la Comisión introduciría así un elemento correctivo esencial de los aspectos menos aceptables de las contramedidas, siendo tal elemento correctivo el único medio equitativo y eficaz para lograr que el Estado lesionado, sea cual sea su poder, cumpla todas las condiciones y limitaciones que el proyecto impone a su facultad de reacción unilateral. En segundo lugar, la inclusión en el proyecto de un sistema eficaz de solución de las controversias fomentaría necesariamente la observancia de cualquier norma de derecho internacional, incluida cualquier convención de codificación pasada o futura.

101. La experiencia demuestra que los documentos sobre solución de las controversias más comúnmente citados, como el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>155</sup> o incluso la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales<sup>156</sup>, así como la Carta de la Organización

<sup>152</sup> Véase nota 144 *supra*.

<sup>153</sup> Arts. 11 a 14. Para el texto, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), págs. 27 y ss., notas 56, 61, 67 y 69.

<sup>154</sup> *Ibid.*, párr. 119.

<sup>155</sup> Véase nota 138 *supra*.

<sup>156</sup> Véase nota 144 *supra*.

de los Estados Americanos<sup>157</sup>, el Pacto de Bogotá<sup>158</sup> y la Carta de la Organización de la Unidad Africana y su Protocolo<sup>159</sup>, son demasiado vagos para constituir una protección eficaz contra la violación de obligaciones internacionales. No tiene mucho sentido, por lo tanto, intentar de nuevo el desarrollo progresivo de procedimientos de solución de las controversias de carácter general, habida cuenta de los numerosos tratados generales sobre la solución de controversias que han resultado ineficaces. Sería más apropiado emprender, en relación con el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, un importante desarrollo progresivo de los procedimientos de solución de las controversias mediante el establecimiento de una cláusula compromisoria más eficaz. Sería muy difícil, en verdad, imaginar una mejor oportunidad para dar un paso adelante en forma de un desarrollo positivo del derecho de la solución de controversias que la que ofrece la aprobación de un proyecto de convención que, aunque regula el sistema vigente de reacción unilateral y, por tanto, sanciona expresamente una práctica de derecho consuetudinario que entraña muchos aspectos negativos, establecería al mismo tiempo controles adecuados de la facultad de recurrir a las contramedidas, facultad que, de otro modo, expondría a los débiles y vulnerables, es decir a la gran mayoría de los miembros del sistema interestatal, a los riesgos derivados de las desigualdades de hecho entre los Estados.

102. En conclusión, el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados proporciona a los Miembros de las Naciones Unidas una excelente oportunidad para aportar una importante contribución al desarrollo del derecho de la solución de controversias. El Relator Especial señala respetuosamente que sería un grave error que la CDI desperdiciase tal oportunidad. Hace votos además por que una mejora en la esfera de los procedimientos de solución de las controversias amplíe considerablemente las perspectivas de un progreso real en lo que concierne a la aplicación del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos.

103. Así pues, el Relator Especial se inclina a creer que la Comisión debería invertir su tendencia a interpretar estrictamente su competencia en lo que se refiere a los procedimientos de solución de las controversias y a hacer excesivo hincapié en la renuencia de los Estados a aceptar compromisos más avanzados en materia de solución de las controversias. Entiende el Relator Especial que la Comisión debería examinar la cuestión con el máximo espíritu innovador y abordarla con plena confianza en su competencia y conocimientos técnicos. A este respecto, convendría señalar a la atención de los gobiernos las ventajas que una serie bien concebida de artículos de la tercera parte del proyecto tendría para el desarrollo de la primacía del derecho en el sistema interestatal.

<sup>157</sup> Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol. 119, pag. 3); enmendada por el Protocolo de Buenos Aires de 27 de febrero de 1967 (*ibid.*, vol. 721, pag. 266)

<sup>158</sup> Tratado americano de soluciones pacíficas (*ibid.*, vol. 30, pag. 55)

<sup>159</sup> *Ibid.*, vol. 479, pag. 39

104. Naturalmente, el esfuerzo de la Comisión con respecto a la solución de las controversias debe ir más lejos que su función de codificación, que se entiende generalmente que consiste en

la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya existan amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas<sup>160</sup>

Por el contrario, el cometido que ha de desempeñar es una tarea de desarrollo progresivo, a tenor de lo prevenido en el apartado a del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta y en los artículos 1 y 15 a 24 del estatuto de la Comisión de Derecho Internacional. De conformidad con la disposición correspondiente del estatuto, esta tarea entraña la elaboración de

proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas<sup>161</sup>

Por supuesto, la Comisión estimó acertadamente que el desarrollo progresivo, distinguido originalmente en el estatuto (y sus trabajos preparatorios) de la codificación estricta, era sólo uno de los dos aspectos inseparables de la codificación en sentido amplio. Pero el «temprano abandono»<sup>162</sup> de la distinción y la idea de que los dos aspectos del cometido de la Comisión se funden, por decirlo así, en el concepto de codificación *lato sensu* no significa que la función de la Comisión en el campo del desarrollo progresivo sea menor. Por el contrario, esta función es mucho más importante, a juicio del Relator Especial, que la mera «formulación y sistematización» de normas existentes<sup>163</sup>. El «temprano abandono» de la distinción entre las dos funciones fue simplemente impulsado por el hecho de que, en muchos campos, es difícil —y además no es indispensable— distinguir entre esos dos aspectos de la labor de la Comisión. Por otra parte, aunque ciertas esferas requieren exclusivamente la codificación propiamente dicha en sentido estricto, es decir procurar la certidumbre del derecho precisándolo y poniéndolo por escrito, otras esferas de las relaciones internacionales exigen la elaboración de nuevas normas por medio del desarrollo progre-

<sup>160</sup> Artículo 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> Sinclair, *The International Law Commission—Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, págs. 46 y *passim*

<sup>163</sup> El Relator Especial tal vez estaría dispuesto a convenir con Briery, como cita Briggs en *The International Law Commission* (págs. 131 y 132), en que

«la codificación [en sentido estricto] es, o debiera ser, una tarea científica [consistente en] determinar y declarar el derecho que ya existe, y que obliga a los Estados, hayan estos aprobado su contenido hasta el último detalle o no. Es cierto que debe entrañar necesariamente la corrección de las pequeñas [?] incoherencias de las normas existentes y llenar las lagunas, por lo que la distinción entre legislación y codificación [en sentido estricto] no puede ser estrictamente científica. No obstante, la distinción es correcta en sentido general, la principal finalidad de la codificación [en sentido estricto] no es descubrir normas que sean aceptables para las partes, que inevitablemente es la primera preocupación en una convención, sino enunciar lo que ya son las normas.»

Así pues, la parte más importante del cometido de la Comisión es el desarrollo progresivo. La preeminencia del desarrollo del derecho parece haber sido reconocida también por Jennings en «The progressive development of international law and its codification»

sivo. Es evidente que la solución de las controversias es precisamente una de estas últimas esferas en que es imperioso que la Comisión lleve a cabo su labor creativa con la necesaria determinación<sup>164</sup>.

105. El Relator Especial insta respetuosamente a la Comisión a que, al someter a la Asamblea General el resultado de sus trabajos, no vacile en señalar a los Miembros de las Naciones Unidas el hecho indiscutible de que

[e]l fracaso de la comunidad internacional en crear un órgano normativo independiente [es decir, a los presentes efectos, un órgano jurisdiccional] comparable al de la comunidad nacional puede muy bien resultar ser el error fatal de nuestra civilización<sup>165</sup>.

Las propuestas contenidas en la sección precedente del informe son mucho menos ambiciosas y no tienden ni siquiera a llenar ese vacío. No proponen el establecimiento de un mecanismo para la creación de nuevas normas. Sólo se preconiza el establecimiento del mecanismo estrictamente indispensable para corregir, por la mera aplicación del derecho existente, los aspectos más preocupantes del actual sistema de contramedidas unilaterales. Los internacionalistas, en especial, deberían desempeñar un papel más activo en el fomento de esa evolución. No pueden eludir esa responsabilidad recurriendo al anticuado argumento de que los gobiernos no aceptarán obligaciones de solución más adecuadas. Déjese que sean los gobiernos quienes asuman la responsabilidad de aceptarlas o rechazarlas<sup>166</sup>.

#### F.—Proyectos de artículos y anexo

106. El Relator Especial propone los proyectos de artículos y el anexo siguientes:

#### TERCERA PARTE

##### *Artículo 1.—Conciliación*

**Si una controversia suscitada tras la adopción por el Estado pretendidamente lesionado de cualquier con-**

**tramedida respecto del Estado pretendidamente infractor no se ha solucionado por uno de los medios indicados en el apartado a del párrafo 1 del artículo 12 o no se ha sometido a un procedimiento vinculante de solución por un tercero dentro de los [cuatro] [seis] meses siguientes a la fecha en que se hayan puesto en práctica las medidas, cualquiera de las partes [en la controversia] tendrá derecho a someter ésta a una Comisión de Conciliación de conformidad con el procedimiento previsto en el Anexo a los presentes artículos.**

##### *Artículo 2.—Tarea de la Comisión de Conciliación*

ón

**1. En el cumplimiento de su tarea de conducir a las partes a una solución convenida, la Comisión de Conciliación:**

**a) examinará cualquier cuestión de hecho o de derecho que pueda ser pertinente para la solución de la controversia con arreglo a cualquier parte de los presentes artículos;**

**b) ordenará, cuando proceda, con efecto vinculante:**

**i) la cesación de cualquier medida adoptada por cualquiera de las partes contra la otra;**

**ii) cualquier medida cautelar provisional que estime necesaria;**

**c) procederá a las investigaciones que estime necesarias para la determinación de los hechos del caso, incluida la investigación en el territorio de cualquiera de las partes.**

**2. Si la Comisión no puede conciliar la controversia, presentará a las partes un informe con su evaluación de ésta y sus recomendaciones para su solución.**

##### *Artículo 3.—Arbitraje*

**Si no se estableciera la Comisión de Conciliación prevista en el artículo 1 o no se llegara a una solución convenida dentro de los tres meses siguientes al informe de la Comisión de Conciliación, cualquiera de las partes tendrá derecho, sin necesidad de un acuerdo especial, a someter la controversia a la decisión de un Tribunal Arbitral, que se establecerá de conformidad con las disposiciones del Anexo a los presentes artículos.**

##### *Artículo 4.—Atribuciones del Tribunal Arbitral*

**1. El Tribunal Arbitral, que resolverá con fuerza de obligar las cuestiones de hecho o de derecho que sean pertinentes con arreglo a cualquiera de las disposiciones de los presentes artículos, actuará conforme a las normas establecidas o mencionadas en el Anexo a los presentes artículos y presentará su decisión a las partes dentro de los [seis] [diez] [doce] meses siguientes a la fecha de la [conclusión por las partes de**

<sup>164</sup> Sobre la función de la Comisión de Derecho Internacional con respecto al desarrollo progresivo, especialmente desde el punto de vista de las exigencias del «tercer mundo», cabe señalar «The International Law Commission: the need for a new direction», UNITAR, *Policy and Efficacy Studies N.º 1*, 1981, y Franck y El Baradei en «The codification and progressive development of international law: A UNITAR study of the role and use of the International Law Commission», AJIL, vol. 76.

<sup>165</sup> Franck (véase nota 136 *supra*). Las reflexiones del autor sobre el derramamiento de sangre causado por las guerras del siglo XX se aplican con igual fuerza a las consecuencias negativas de la aplicación de cualquier tipo de medidas coercitivas unilaterales.

<sup>166</sup> Es, quizás, oportuno señalar que las críticas más enérgicas (y justificadas) de las contramedidas mencionadas en las secciones precedentes del presente informe emanaron de los participantes en el debate de la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, en 1992. Su voz es especialmente autorizada, en primer lugar, por su función política como representantes de los gobiernos y, en segundo lugar, por su competencia en materia de derecho internacional. Esos representantes expresaban las opiniones de los gobiernos, a los que se dirige la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, y que son las mismas entidades que redactaron y adoptaron esa Declaración. Hay que insistir en que los aspectos negativos de las contramedidas denunciados son argumentos adicionales en favor de la aplicación de la Declaración de Manila.

sus alegatos y exposiciones, escritas y verbales] [su nombramiento].

2. El Tribunal Arbitral tendrá derecho a proceder a cualquier investigación que estime necesaria para la determinación de los hechos del caso, incluida la investigación en el territorio de cualquiera de las partes.

#### *Artículo 5.—Solución judicial*

La controversia podrá ser sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia:

- a) por cualquiera de las partes:
  - i) cuando, por cualquier razón no se hubiera constituido el Tribunal Arbitral previsto en el artículo 4, si la controversia no se resolviera por negociación dentro de los seis meses siguientes a esa falta de constitución;
  - ii) cuando el referido Tribunal Arbitral no emitiera un laudo dentro del plazo estipulado en el artículo 4;
- b) por la parte contra la que se hubieran adoptado medidas en violación de una decisión arbitral.

#### *Artículo 6.—Exceso de poder o violación de principios fundamentales del procedimiento arbitral*

Cualquiera de las partes tendrá derecho a someter a la Corte Internacional de Justicia cualquier decisión del Tribunal Arbitral que adolezca de exceso de poder o que se desvíe de los principios fundamentales del procedimiento arbitral.

### ANEXO

#### *Artículo 1.—Composición de la Comisión de Conciliación<sup>167</sup>*

Salvo que las partes interesadas convengan en otra cosa, la Comisión de Conciliación estará constituida de la manera siguiente:

<sup>167</sup> Las disposiciones del proyecto de anexo propuesto por el Sr. Riphagen en relación con los artículos 1 y 2 *supra* dicen lo siguiente:

«1. El Secretario General 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:

La Comisión estará integrada por cinco miembros. Cada una de las partes nombrará un comisionado, que podrá ser elegido de entre los nacionales de sus respectivos países. Los otros tres comisionados serán nombrados por acuerdo de entre los nacionales de terceros Estados. Esos tres comisionados deberán tener nacionalidades diferentes y no habrán de residir habitualmente en el territorio de las partes ni estar al servicio de éstas. Las partes nombrarán al Presidente de la Comisión de entre ellas.

Las vacantes que puedan producirse como resultado de fallecimiento, dimisión o cualquier otra causa se cubrirán dentro del plazo más breve posible en la forma prevista para los nombramientos.

»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 60 días siguientes a la fecha en que el Secretario General haya recibido la solicitud.

»Los cuatro amigables componedores, dentro de los 60 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 60 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.»



Si el nombramiento de los comisionados que han de designarse conjuntamente no se efectúa dentro del plazo estipulado para proceder a los nombramientos necesarios, se confiará tal nombramiento a un tercer Estado elegido por acuerdo entre las partes o, a petición de ellas, al Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas o, si esta última no estuviera reunida, al Presidente de su último período de sesiones.

Si no se llega a un acuerdo en cualquiera de esos procedimientos, cada parte designará a un Estado diferente y los Estados elegidos de este modo procederán de concierto al nombramiento.

Si, en el plazo de tres meses, esos dos Estados no han podido llegar a un acuerdo, cada uno de ellos presentará un número de candidatos igual al número de miembros que hayan de nombrarse. Seguidamente, se decidirá por sorteo cuál de los candidatos designados de este modo será nombrado.

A falta de acuerdo en contrario entre las partes, la Comisión de Conciliación se reunirá en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar elegido por su Presidente.

La Comisión podrá pedir, en todos los casos, al Secretario General de las Naciones Unidas que le preste asistencia.

Los trabajos de la Comisión de Conciliación no serán públicos salvo que la Comisión adopte una decisión a tal efecto con el consentimiento de las partes.

A falta de acuerdo en contrario entre las partes, la Comisión de Conciliación establecerá su propio procedimiento, en el que, en cualquier caso, deberá preverse la audiencia de ambas partes. En lo que respecta a las investigaciones, la Comisión, salvo que decida otra cosa por unanimidad, actuará de conformidad con las disposiciones de la Parte III de la Convención de La Haya para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales.

A falta de acuerdo en contrario entre las partes, las decisiones de la Comisión de Conciliación se adoptarán por mayoría de votos, y la Comisión sólo podrá adoptar decisiones sobre el fondo de la controversia si todos los miembros están presentes.

#### *Artículo 2.—Tarea de la Comisión de Conciliación*

1. Las tareas de la Comisión de Conciliación consistirán en elucidar la cuestión objeto de controversia, reunir a tal efecto toda la información necesaria mediante investigación o de otro modo, y esforzarse por conducir a las partes a un acuerdo. La Comisión podrá, después de haber examinado el caso, informar a las partes de las condiciones de la solución que estime adecuada y fijar el plazo dentro del cual las partes han de adoptar su decisión.

2. Al concluir el procedimiento, la Comisión levantará un acta para hacer constar, según sea el caso, bien que las partes han llegado a un acuerdo y, de ser necesario, las condiciones de ese acuerdo, o que ha sido imposible concertar una solución. No se indicará en el acta si la Comisión ha adoptado sus decisiones por unanimidad o por mayoría de votos.

3. Salvo que las partes convengan en otra cosa, el procedimiento de la Comisión deberá quedar concluido dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se haya puesto la controversia en conocimiento de la Comisión.

4. El acta levantada por la Comisión será comunicada sin demora a las partes. Las partes decidirán si ha de ser publicada.

#### *Artículo 3.—Composición del Tribunal Arbitral*

1. El Tribunal Arbitral estará integrado por cinco miembros. Cada una de las partes nombrará un miembro, que podrá ser elegido de entre los nacionales de sus respectivos países. Los otros dos árbitros y el Presidente serán elegidos de común acuerdo de entre los nacionales de terceros Estados. Deberán tener nacionalidades diferentes y no habrán de residir habitualmente en el territorio de las partes ni estar al servicio de éstas.

2. Si no se efectúa el nombramiento de los miembros del Tribunal Arbitral dentro de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que una de las partes hubiese solicitado a la otra la constitución de un tribunal arbitral, se pedirá a un tercer Estado elegido por acuerdo entre las partes que proceda a los nombramientos necesarios.

3. Si no se llega a un acuerdo sobre esta cuestión, cada parte designará a un Estado diferente y los Estados elegidos de este modo procederán de concierto a los nombramientos.

4. Si, en el plazo de tres meses, los dos Estados elegidos de este modo no han podido llegar a un acuerdo, los nombramientos necesarios serán hechos por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Si este último no pudiera actuar o fuera nacional de una de las partes, los nombramientos serán hechos por el Vicepresidente. Si este último no pudiera actuar o fuera nacional de una de las partes, los nombramientos serán hechos por el miembro más antiguo de la Corte que no sea nacional de ninguna de las partes.

5. Las vacantes que puedan producirse como resultado de fallecimiento, dimisión o cualquier otra causa se cubrirán dentro del plazo más breve posible en la forma prevista para los nombramientos.

6. Las partes establecerán un acuerdo especial en el que se determine el objeto de las controversias y los particulares del procedimiento.

7. Si el acuerdo especial no incluyera suficientes particulares sobre las cuestiones mencionadas en el artículo anterior, se aplicarán en la medida necesaria

las disposiciones de la Convención de La Haya de 1907 para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales.

8. Si no se concluyese un acuerdo especial en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que se hubiera constituido el Tribunal, la controversia podrá ser sometida al Tribunal a solicitud de cualquiera de las partes.

9. Si no se hubiera estipulado nada en el acuerdo especial o no se hubiera concertado tal acuerdo, el Tribunal aplicará, con sujeción a los presentes artículos, las normas relativas al fondo de la controversia que se enumeran en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte

Internacional de Justicia. Cuando no haya normas aplicables a la controversia, el Tribunal decidirá *ex aequo et bono*.

107. El contenido de los artículos y el anexo se explica en los párrafos 62 a 85 *supra*.

108. Tal vez deban añadirse ulteriores artículos para completar la tercera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados a fin de ocuparse de los procedimientos que cabría prever con respecto a las consecuencias instrumentales (procesales) de los tipos de acto internacionalmente ilícito calificados de «crímenes» en el artículo 19 de la primera parte, según fue adoptado en primera lectura.

## CAPÍTULO II

### Las consecuencias de los llamados «crímenes internacionales de los Estados» (artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos)

#### OBSERVACIONES PRELIMINARES

109. El Relator Especial, aun reconociendo que las consecuencias de los hechos ilícitos calificados de crímenes de los Estados en virtud del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos<sup>168</sup> no son ya para él la *terra incognita* que ciertamente eran al comienzo, sigue sin poder llegar a ninguna conclusión sobre cualquiera de los difíciles aspectos de la cuestión. Esto se aplica a la determinación de la situación jurídica existente y a las posibles vías de desarrollo progresivo del derecho. El mejor servicio que nos sentimos capaces de prestar a la Comisión, por el momento, es tratar de determinar y estudiar las cuestiones para su ulterior examen. Sólo sobre la base de la orientación que ofrece un debate significativo y adecuado—en la Comisión y en la Sexta Comisión—podríamos estar en condiciones de presentar para el próximo período de sesiones, tras nueva reflexión, sugerencias provisionales y posiblemente proyectos de disposiciones.

110. Nos referimos naturalmente a la determinación de las consecuencias, *de lege lata* o *ferenda*, de los hechos ilícitos de que se trata, diferenciados con arreglo a la dicotomía meramente terminológica adoptada en 1976 entre crímenes internacionales y otros delitos internacionales. Aunque la cuestión concreta de las consecuencias propias de los «crímenes» se ha estudiado a menudo desde 1976 en la Comisión y en la Sexta Comisión, en particular en el marco del debate de los textos propuestos por el Sr. Riphagen para los proyectos de artículos 14 y 15 de la segunda parte y el apartado *b* del proyecto de artículo 4 de la tercera parte, no ha sido tratada de manera concluyente por ninguno de los dos órganos. En particular, la Comisión no ha ido más allá de la mera remisión de dichos proyectos de artículos al Comité de Redacción, que no ha tomado ninguna decisión sobre ellos. Pese a los va-

liosos debates y propuestas de 1985 y 1986, las consecuencias jurídicas de los «crímenes» internacionales de los Estados—deliberadamente apartadas para ser examinadas posteriormente, quizás sin la debida prudencia, cuando se aprobó el artículo 19 de la primera parte—han sido analizadas principalmente en la notable aunque no muy patente doctrina sobre el tema.

111. Habida cuenta del propósito indicado, el presente capítulo contiene primero, en la sección A, un examen de las opiniones que se han expresado hasta ahora sobre las consecuencias de los «crímenes» internacionales de los Estados en la Comisión, en la Sexta Comisión y en la doctrina. La sección B está dedicada a la delimitación provisional de las principales cuestiones sustantivas y de procedimiento con que se enfrenta la Comisión al determinar las consecuencias de esas violaciones desde el punto de vista de la *lex lata* y la *lex ferenda*. La sección C contiene, a modo de conclusiones, consideraciones igualmente provisionales sobre las ventajas de las soluciones alternativas teóricamente concebibles para aquellas de las cuestiones determinadas que nos parece más importante que la Comisión considere. Huelga decir que incluso la lista de cuestiones dista de ser exhaustiva. El Relator Especial espera con interés las adiciones que los miembros de la CDI y de la Sexta Comisión deseen hacer para darle toda la orientación que necesita.

#### A.—Problemas que plantea el «régimen especial» de los crímenes en la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados, determinados en la Comisión de Derecho Internacional, en la Sexta Comisión y en la doctrina

##### 1. INTRODUCCIÓN

112. En su 28.º período de sesiones (1976), la Comisión de Derecho Internacional, acogiendo con satisfacción las propuestas del Relator Especial, Sr. Roberto Ago, aprobó

<sup>168</sup> Véase nota 1 *supra*.

en primera lectura una disposición —el artículo 19<sup>169</sup> de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados— cuyo objeto era singularizar entre los hechos internacionalmente ilícitos una clase «especial» de violaciones denominada «crímenes internacionales».

113. Las razones y consideraciones prácticas que llevaron al Relator Especial y a la Comisión a hacer una distinción entre «crímenes» y simples «delitos» quedan ampliamente expuestas en los documentos relativos a la labor de aquel período de sesiones de la Comisión, y por consiguiente podemos simplemente remitir al lector a esos documentos<sup>170</sup>. En todo caso, cabe señalar que por «crímenes», tal como se utiliza el término en el proyecto de artículo 19, la Comisión entendía aquellos hechos que la «comunidad internacional en su conjunto» considera violaciones graves de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de esa comunidad. La Comisión siguió enumerando —de manera no exhaustiva— como ejemplos de hechos ilícitos que en el actual estado (1976) del derecho internacional constituirían «crímenes» en el sentido indicado: la agresión, como violación grave de una obligación de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (párr. 3, ap. a); el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial, como violación grave de una obligación de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos (párr. 3, ap. b); la esclavitud, el genocidio y el apartheid, como violaciones graves en gran escala de obligaciones de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano (párr. 3, ap. c); y la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, como violación grave de una obligación de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano (párr. 3, ap. d).

114. Como señaló la Comisión desde el principio, la distinción entre «delitos» y «crímenes» tendría no sólo un valor descriptivo sino también, y en especial, un valor normativo. En otros términos, esta distinción se incluyó en el proyecto porque implicaba una diferenciación de «régimen de responsabilidad». La responsabilidad por los «crímenes» entrañaría consecuencias jurídicas diferentes (al menos en parte) de las que entrañaría la responsabilidad por los «delitos» y más graves que éstas<sup>171</sup>.

115. En las páginas que siguen trataremos de analizar: a) cómo fue construido gradualmente por la Comisión este régimen «especial» de responsabilidad «por los crímenes» en el curso de sus trabajos; b) las reacciones de la Sexta Comisión a las opiniones expresadas en la Comisión de Derecho Internacional; y c) las opiniones de la

doctrina acerca del contenido que se ha de dar a cualesquiera disposiciones del proyecto relativas a las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados.

## 2. LAS CONSECUENCIAS «ESPECIALES» DE LOS CRÍMENES EN LA LABOR DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

### a) Las primeras referencias a la cuestión

116. La idea de diferenciar entre regímenes de responsabilidad según el tipo de hecho ilícito cometido se introdujo muy pronto en la labor de la Comisión. Su principal protagonista fue el Sr. Ago, quien ya en los debates del 21.º período de sesiones, en 1969, insistió en la necesidad de tener en cuenta la diferencia existente entre dos clases de hechos ilícitos. En una primera clase incluía las violaciones menos graves, que darían lugar primordialmente a la obligación del Estado responsable de prestar reparación *lato sensu* y sólo en ciertos casos —como el del incumplimiento de esa obligación— a la aplicabilidad de «sanciones» contra ese Estado. En la segunda clase incluía las violaciones más graves con respecto a las cuales sería admisible la amenaza de «sanciones» desde el principio, amenaza, no obstante, que en esos casos sería independiente del resultado del procedimiento contencioso sobre reparación<sup>172</sup>. La propuesta fue recibida favorablemente por la Comisión de Derecho Internacional y algunos de sus miembros incluso contribuyeron a su formulación más precisa. Por ejemplo, el Sr. Oushakov, además de advertir que las «sanciones» de carácter militar sólo podían admitirse en el caso de hechos ilícitos que violaran o amenazaran la paz y la seguridad internacionales, subrayó sobre todo el aspecto de la facultad de reacción al hecho ilícito, señalando que en el caso de violaciones de intereses fundamentales de la comunidad internacional esa facultad afectaría también a sujetos distintos de la «víctima principal» del hecho ilícito<sup>173</sup>. Con respecto a este último punto, otros miembros de la Comisión adoptaron una actitud positiva haciendo observar, no obstante, que los Estados «no especialmente afectados» por la violación tendrían derecho a reaccionar no *ut singuli* sino *ut universi* o, en otros términos, en aplicación de una decisión adoptada colectivamente por autoridades que representasen a la comunidad internacional en su conjunto<sup>174</sup>.

117. Como se puede apreciar, desde el principio empezaron a tomar forma dos líneas a lo largo de las cuales iba a desarrollarse el tema de la responsabilidad por hechos ilícitos especialmente graves: a) la «esencia» de las consecuencias, que serían más graves que en el caso de otras violaciones; y b) el tipo de reacción que, en el caso de hechos ilícitos que afectasen a intereses fundamentales de la

<sup>169</sup> Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 94.

<sup>170</sup> Véanse el quinto informe del Sr. Ago [ibid., vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párrs. 79 a 154] y el comentario de la Comisión al artículo 19 [ibid., vol. II (segunda parte), págs. 94 a 121]. Véase un valiosísimo análisis del concepto de crimen y sus consecuencias examinados y desarrollados por la Comisión en Spinedi «International crimes of State: The legislative history».

<sup>171</sup> Véase, a este respecto, el comentario de la Comisión al artículo 19 [*Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 115 y 116], en particular los párrafos 51 a 54.

<sup>172</sup> *Anuario... 1969*, vol. I, 1036.ª sesión, y *Anuario... 1970*, vol. I, 1074.ª sesión.

<sup>173</sup> *Anuario... 1969*, vol. I, 1012.ª sesión.

<sup>174</sup> Sr. Sette Cámara (*Anuario... 1970*, vol. I, 1075.ª sesión); Sr. Yassen, (ibid., 1076.ª sesión); Sr. Ustor (ibid., 1079.ª sesión) y Sr. Ago (ibid., 1074.ª sesión). Véase también *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 196 y ss., documento A/CN.4/233, párrs. 22 a 25.

comunidad internacional, sería por así decir «difusa» o categóricamente universal.

118. Sobre la base de las respuestas positivas obtenidas en dicho debate preliminar, el Relator Especial propuso formalmente singularizar en el proyecto de artículos una categoría de hechos ilícitos más graves —que podían calificarse de «crímenes»— a los que se atribuiría un régimen de responsabilidad «especial»<sup>175</sup>. Esta propuesta obtuvo la aprobación de la gran mayoría de los miembros de la Comisión<sup>176</sup>; tanto es así que en 1976, tras el examen del quinto informe del Sr. Ago (dedicado precisamente a la diferenciación entre hechos ilícitos por razón del objeto de la obligación violada y el concepto de «crimen internacional» del Estado<sup>177</sup>), el proyecto de artículo 19 fue aprobado en primera lectura<sup>178</sup>.

#### b) El comentario al artículo 19

119. El comentario de la Comisión al artículo 19<sup>179</sup>, en consonancia con el quinto informe del Sr. Ago, se refiere fundamentalmente a las razones de la división de los hechos internacionalmente ilícitos en dos categorías conceptuales distintas («delitos» y «crímenes»), dejando el problema de las consecuencias especiales de estos últimos para la segunda parte del proyecto. Sin embargo, en ese comentario se pueden encontrar también huellas de al menos tres indicaciones generales relativas al régimen de responsabilidad «especial» que caracteriza a los «crímenes» según la Comisión:

a) Ante todo, se afirma que la distinción entre diferentes regímenes de responsabilidad es una distinción que actualmente se halla en vigor en el derecho internacional general. El esfuerzo que ha de hacer la Comisión debe consistir pues en la codificación de *lex lata* y no en una elaboración de *lege ferenda*<sup>180</sup>;

b) En segundo lugar, aunque se han insertado en la misma disposición varias hipótesis diferentes a modo de ejemplo —como la agresión, la dominación colonial o la contaminación masiva— ello no significa que todas entrañen las mismas consecuencias: más bien el régimen de responsabilidad «agravada» variaría según el crimen<sup>181</sup>,

c) En tercer lugar, la Comisión advirtió que la codificación del régimen de responsabilidad «especial» no podía suponer en modo alguno una excepción a las disposiciones de la Carta relativas a

ciertos hechos cuya prevención y sanción le interesan muy especialmente. En la medida en que determinadas disposiciones de la Carta forman actualmente parte integrante del derecho internacional general en la materia en que se ocupa la Comisión, aparecerán lógicamente y fielmente reflejadas en su obra. En caso contrario, las disposiciones de la Carta, habida cuenta de su carácter «especial» y por añadidura de lo prescrito en el Artículo 103, siempre prevalecerán sobre las de una convención general de codificación<sup>182</sup>.

#### c) El debate sobre el artículo 19

120. Del debate celebrado entre los miembros de la Comisión también en relación con el quinto informe del Sr. Ago, pueden deducirse otros elementos relativos a la esencia de las consecuencias «especiales» de los crímenes.

121. Por ejemplo, el Relator Especial declaró que, a su juicio, en el caso de un crimen el Estado víctima de la violación podía, además de exigir reparación *lato sensu*, aplicar también «sanciones» contra el Estado autor de la violación. Esto supondría recurrir a represalias no sólo funcionalmente relacionadas con el cumplimiento de la obligación primaria violada o con la reparación sino también con una finalidad meramente «punitiva», aunque esta última pudiera implicar el uso de la fuerza sólo en casos concretos<sup>183</sup>. Otros miembros de la Comisión se refirieron también a la posibilidad de aplicar «sanciones» (además, evidentemente, de exigir reparación) en el caso de los crímenes, aunque no aclararon más qué entendían exactamente por «sanciones»<sup>184</sup>. A este respecto la única observación ampliamente compartida parece haber sido que sólo en el caso de agresión, y por consiguiente en legítima defensa, se considerarían admisibles las medidas armadas decididas unilateralmente<sup>185</sup>. No obstante, se ha de tener presente que incluso antes, en el comentario al artículo 1 de la primera parte, la Comisión en su conjunto se había expresado como sigue con respecto al significado que se había de atribuir al término «sanciones»:

Y por sanción se entiende, en este caso, toda medida que, sin implicar necesariamente el uso de la fuerza, se caracteriza —parcialmente al menos— por el hecho de tener como finalidad infligir un castigo. Tal finalidad no se identifica, por tanto, con la acción coercitiva encaminada a lograr la ejecución de la obligación, la reintegración del lesionado o la reparación de los daños<sup>186</sup>.

<sup>175</sup> *Anuario* 1973, vol II, pag 174, parr 51

<sup>176</sup> La única voz decididamente en contra fue la del Sr Reuter (ibid, vol I, 1202.ª sesión)

<sup>177</sup> *Anuario* 1976, vol II (primera parte), documento A/CN.4291 y Add 1 y 2, especialmente párrs 79 a 155

<sup>178</sup> Ibid, vol II (segunda parte), págs 94 a 121. Solo expresaron reservas con respecto a este artículo los Sres Kearney, Tsumoka y Reuter (*Anuario* 1976, vol I, 1362.ª, 1363.ª, 1375.ª y 1402.ª sesión). No obstante, como señala Spinedi, «no discutieron el hecho de que el derecho internacional contemporáneo atribuye a ciertos hechos ilícitos particularmente graves consecuencias diferentes de las derivadas de todos los demás hechos ilícitos. Solo dudaban de la utilidad de tratar estas normas de responsabilidad especial en el proyecto de artículos que la Comisión estaba dedicada a redactar» (*loc cit*, pag 22)

<sup>179</sup> *Anuario* 1976, vol II (segunda parte), págs 94 a 118

<sup>180</sup> Ibid, comentario al artículo 19, parr 54

<sup>181</sup> Ibid, párrafo 53. A este respecto cabe señalar sin embargo que la Comisión considero oportuno retocar la propuesta del Relator Especial, que había hecho una distinción entre violaciones de obligaciones

esenciales para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y otros crímenes, siendo estas violaciones las únicas que entrañaban el recurso a «medidas extremas de coerción y de sanción» (ibid, vol II (primera parte) (vease nota 177 *supra*), parr 150)

<sup>182</sup> Ibid, vol II (segunda parte), comentario al artículo 19, parr 55

<sup>183</sup> Ibid, vol II (primera parte) (vease nota 177 *supra*), párrs 80 y ss. Sin embargo, a este respecto, vease la posición expresada por el Sr Ago en su tercer informe [*Anuario* 1971, vol II (primera parte), págs 219 y ss, documento A/CN.4/246 y Add 1 a 3, párrs 32 y ss]

<sup>184</sup> El Sr Bedjaoui (*Anuario* 1976, vol I, 1362.ª sesión), el Sr Yasseen (ibid, 1372.ª sesión), el Sr Hambro (ibid), el Sr Sette Câmara (ibid, 1373.ª sesión), el Sr Martínez Moreno (ibid), el Sr Ramangasoavina (ibid, 1374.ª sesión), el Sr Bilge (ibid, 1376.ª sesión) y el Sr Castañeda (ibid, 1402.ª sesión)

<sup>185</sup> A este respecto fueron significativas las observaciones del Sr Kearney (ibid, 1374.ª sesión) y del Sr Castañeda (ibid, 1402.ª sesión)

<sup>186</sup> *Anuario* 1973, vol II, pag 178, comentario al artículo 1, parr 5

122. En cuanto al alcance del derecho a reaccionar (con medidas que no impliquen la fuerza armada), algunos miembros lo consideraron suficientemente amplio para permitir, en el caso de los crímenes, la adopción de medidas por todos y cada uno de los Estados, aun en el caso de que no hubiera una decisión adoptada por un órgano internacional<sup>187</sup>, mientras que otros mantuvieron que las medidas colectivas o generalizadas, aun cuando no implicasen el uso de la fuerza armada, sólo eran admisibles cuando fuesen autorizadas previamente y supervisadas por un órgano internacional competente, y más concretamente por el Consejo de Seguridad<sup>188</sup>. Cabe señalar también que muchos miembros de la Comisión no vacilaron en considerar algunas de las medidas previstas en la Carta de las Naciones Unidas como incluidas precisamente entre las sanciones «generalizadas y multilaterales» más típicas que podían adoptarse en el caso de los crímenes, o medidas «sociales» como la expulsión de Miembros de la Organización o la suspensión de sus derechos y privilegios, o, en el caso de la agresión, medidas previstas en el Capítulo VII<sup>189</sup>.

d) *El comentario a los artículos 30 y 34*

123. Sobre los dos principales aspectos del régimen «especial» de responsabilidad por los «crímenes» (mayor gravedad de las consecuencias y difusión de la facultad de reacción), la Comisión de Derecho Internacional también se expresó con ocasión de la aprobación, en primera lectura, de los proyectos de artículos 30 y 34, relativos respectivamente a contramedidas y legítima defensa como circunstancias que excluyen la ilicitud.

124. En el comentario al artículo 30 se afirma, por ejemplo, que las contramedidas tienen una finalidad no sólo de «ejecución», sino también de «represión»<sup>190</sup>. En respuesta a ciertos hechos ilícitos o en presencia de determinadas circunstancias —que sin embargo no se especifican en el comentario— las contramedidas no tendrían simplemente la función de obtener la cesación o la reparación *lato sensu*. También podrían tener una finalidad independiente, y por consiguiente, adoptarse al mismo tiempo que se presentaran las reclamaciones para la cesación o reparación o incluso después del cierre del procedimiento contencioso sobre reparación. Por lo que respecta al fondo de

<sup>187</sup> El Sr Oushakov (*Anuario 1969*, vol I, 1012<sup>a</sup> sesión), el Sr Ago (*Anuario 1976*, vol I, 1363<sup>a</sup> sesión), el Sr Quentin-Baxter (*ibid.*, 1375<sup>a</sup> sesión), el Sr Bedjaoui (*ibid.*) y el Sr Castañeda (*ibid.*, 1402<sup>a</sup> sesión)

<sup>188</sup> Así, de manera explícita, el Sr Sette Câmara (*Anuario 1976*, vol I, 1373<sup>a</sup> sesión) e implícitamente el Sr Kearney, quien destacó el contraste entre esas medidas unilaterales y el sistema establecido en la Carta para la salvaguardia de la paz y la seguridad internacionales (*ibid.*, 1374<sup>a</sup> sesión)

<sup>189</sup> El Sr Ago (*ibid.*, 1371<sup>a</sup> y 1376<sup>a</sup> sesión), el Sr Yasseen (*ibid.*, 1372<sup>a</sup> sesión), el Sr Sette Câmara (*ibid.*, 1373<sup>a</sup> sesión), el Sr Vallat (*ibid.*); el Sr Martínez Moreno (*ibid.*), el Sr Ramangasoavina (*ibid.*, 1374<sup>a</sup> sesión), el Sr Kearney (*ibid.*), el Sr Tsuruoka (*ibid.*, 1375<sup>a</sup> sesión); el Sr Rossides (*ibid.*); el Sr Ustor (*ibid.*), el Sr El-Erian (*ibid.*, 1376<sup>a</sup> sesión) y el Sr Bilge (*ibid.*) Solo los Sres Reuter y Castañeda expresaron dudas en cuanto al acierto de considerar las medidas previstas en el Capítulo VII como formas de responsabilidad internacional (*ibid.*, 1402<sup>a</sup> sesión)

<sup>190</sup> *Anuario 1979*, vol II (segunda parte), pag 138, comentario al artículo 30, parr 3

las contramedidas, se señaló que, aparte del caso de legítima defensa, ningún hecho ilícito podía justificar el recurso a medidas unilaterales que implicasen el uso de la fuerza armada.

125. En el párrafo 22 del mismo comentario se señala que por virtud de una decisión de un órgano internacional competente que se pronuncie contra una violación grave de una obligación fundamental, sería posible también que recurrieran a contramedidas los Estados «no directamente» lesionados. También podría producirse una excepción a normas o principios generales como la demanda previa de reparación, la proporcionalidad y la prohibición de las represalias armadas. Sin embargo, nada se dice de la posibilidad de las contramedidas adoptadas por Estados «indirectamente» lesionados *ut singuli*.

126. Con respecto al proyecto de artículo 34 algunos miembros de la Comisión señalaron que el recurso a medidas que impliquen la fuerza armada en legítima defensa podría estar justificado no sólo en caso de un ataque armado, sino también en respuesta a otros hechos ilícitos consistentes en violaciones menos graves que el uso ilícito de la fuerza<sup>191</sup>. Como se ha señalado<sup>192</sup>, esto indicaría que en la Comisión se compartía ampliamente la idea de que un determinado tipo de hecho ilícito (la agresión y, según las opiniones menos «restrictivas», toda violación grave de la prohibición del uso de la fuerza) podría tener una consecuencia (recurso a la fuerza armada en legítima defensa) distinta de las consecuencias comunes a otros hechos ilícitos internacionales y «agravada» en comparación con ellas.

e) *Recapitulación*

127. Las deducciones de los trabajos de la Comisión sobre la primera parte del proyecto pueden resumirse así:

a) Según la Comisión, el derecho internacional general ofrece ya un régimen de responsabilidad diferente para el tipo de hechos ilícitos indicados en el proyecto de artículo 19;

b) Este régimen no es siempre el mismo sino que varía según el crimen, aunque se distingue por ciertas características generales del régimen de los delitos;

c) Entre los crímenes, solamente la agresión armada (o, según algunos, la grave violación de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza), justifica las reacciones armadas unilaterales en legítima defensa individual o colectiva, como se prevé en el derecho internacional general y se reconoce en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas;

d) Un crimen justifica la adopción de contramedidas (incluso con otros fines que los de pura «ejecución-reparación», aunque esto no se indica de manera explícita como un rasgo característico de la responsabilidad «por los crímenes» solamente) por parte no sólo del Estado (en

<sup>191</sup> El Sr Reuter (*Anuario 1980*, vol I, 1620<sup>a</sup> sesión); el Sr Díaz González (*ibid.*, 1627<sup>a</sup> sesión), el Sr Pinto (*ibid.*) y el Sr Tabibi (*ibid.*, 1628<sup>a</sup> sesión)

<sup>192</sup> Spinedi (*loc cit.*, págs 42 y ss, especialmente pag 43)

su caso) primordialmente lesionado por la violación, sino también de cualquier otro Estado lesionado de alguna manera por el hecho ilícito;

e) Si bien no existe unanimidad con respecto a la posibilidad de que los Estados «no directamente» lesionados reaccionen *ut singuli* a un crimen por medio de medidas unilaterales, parece haber acuerdo en el seno de la Comisión en que la reacción de esos Estados puede ser muy grave (como excepción, por ejemplo, a los principios de demanda previa de reparación y proporcionalidad y a la prohibición de las contramedidas armadas) si es resultado de la decisión de un órgano colectivo competente para ocuparse de la situación creada por el crimen;

f) Las medidas derivadas de una «fuente colectiva» que puedan adoptarse para sancionar un crimen, a diferencia de un delito, incluyen, según la mayoría de los miembros de la Comisión, la suspensión de la condición de Miembro de las Naciones Unidas o la expulsión de la Organización en virtud de los Artículos 5 y 6 de la Carta. así como las medidas que el Consejo de Seguridad pueda determinar en virtud del Capítulo VII.

f) *Las propuestas de 1984 y 1985*

128. En sus informes sobre la segunda parte, el Sr. Riphagen expresa opiniones que en muchos aspectos concuerdan con las conclusiones que se acaban de resumir. Tal es el caso especialmente de la propuesta de que

cada uno de los crímenes internacionales enumerados en el párrafo 3 del artículo [19] (como ejemplos posibles) no puede dar lugar a las mismas relaciones jurídicas nuevas<sup>193</sup>

Aun reconociendo esta diversidad en las consecuencias de diferentes crímenes, el Sr. Riphagen trata de determinar los «elementos de consecuencias jurídicas especiales comunes a todos los delitos internacionales»<sup>194</sup> y de distinguir en general el régimen de los crímenes del de los delitos.

129. En lo que respecta a las obligaciones del Estado autor del hecho ilícito (que podrían identificarse de manera aproximada, en la terminología que utilizamos, con las consecuencias «sustantivas»), el Sr. Riphagen no parece considerar el régimen de responsabilidad derivado de los crímenes como diferente del de los delitos. Las obligaciones de poner fin a la violación, aportar *restitutio in integrum* o indemnización y dar las garantías apropiadas contra la repetición recaen en el Estado autor, según el Sr. Riphagen, como resultado de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, sea «delito» o «crimen»<sup>195</sup>. Además, otros miembros de la Comisión parecen haber estado de acuerdo con esta opinión<sup>196</sup>.

<sup>193</sup> Informe preliminar [*Anuario 1980*, vol II (primera parte), pag 113, documento A/CN.4/330], párr 98 *in fine*

<sup>194</sup> Cuarto informe [*Anuario 1983*, vol II (primera parte), pag 3, documento A/CN.4/366 y Add 1], párr 58

<sup>195</sup> Informe preliminar [*Anuario 1980*, vol II (primera parte) (vease nota 193 *supra*), documento A/CN.4/330], párrs 30 a 40, y segundo informe [*Anuario 1981*, vol II (primera parte), párrs 96 y ss], párrs 99 a 104

<sup>196</sup> Como señala Spinedi, «al considerar las formas especiales de responsabilidad por los crímenes internacionales [los miembros de la Comisión] no se refieren a las nuevas obligaciones del Estado autor del hecho ilícito» (*loc cit*, pag 93)

130. Por otra parte, en lo que respecta a las consecuencias «adjetivas» para el llamado Estado «directamente» lesionado, sólo difieren en el caso de la agresión, según el Sr. Riphagen, de las legalmente derivadas de los hechos ilícitos «ordinarios». En ese caso, además de que el recurso a la fuerza armada en legítima defensa es justificable, las contramedidas que pueda adoptar el Estado «directamente» lesionado están limitadas de hecho únicamente por el principio de proporcionalidad y respeto del *jus cogens*, «con sujeción», evidentemente, «a la aplicación del mecanismo de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»<sup>197</sup>. En cambio, en el caso de crímenes distintos de la agresión, el régimen de las contramedidas que pueda adoptar el Estado lesionado no difiere, según el Sr. Riphagen, del régimen de cualquier otro hecho internacionalmente ilícito<sup>198</sup>. En cuanto a los demás miembros de la Comisión, convinieron en que la reacción armada por parte del Estado directamente «lesionado» sólo era admisible en legítima defensa en caso de agresión<sup>199</sup>. Sin embargo no nos parece que se pronunciasen en sentido alguno sobre la diferencia entre el régimen de contramedidas de que dispone ese Estado en el caso de otros crímenes y el régimen de contramedidas en el caso de los delitos.

131. El Sr. Riphagen prestó especial atención a las características de la responsabilidad por «crimen» desde el punto de vista de los Estados «no directamente» lesionados. En consonancia con la posición adoptada por la Comisión durante sus trabajos sobre la primera parte del proyecto, el Sr. Riphagen afirma en particular que todo crimen determina una responsabilidad *erga omnes*, es decir con respecto a todos los Estados distintos del autor del hecho ilícito<sup>200</sup>. Sin embargo, la posición de esta pluralidad de Estados en la relación de responsabilidad no sería la misma que la del Estado que es la «víctima principal» de un crimen: la situación jurídica de los Estados «no directamente» lesionados, incluiría, según el Sr. Riphagen: a) el derecho a demandar la cesación, la reparación y garantías contra la repetición; b) la obligación de no ayudar al autor de la violación a mantener la situación creada por el crimen; c) el derecho a adoptar con respecto al autor del crimen un comportamiento en otro caso condenable o en violación del principio de no intervención en los asuntos internos, en la inteligencia, sin embargo, de que este derecho no sería incondicional y persistiría hasta que el órgano competente de las Naciones Unidas tomara una decisión con respecto a la «sanción» del crimen; y d) la obligación de ejecutar las medidas decididas como sanciones por el crimen por los órganos de las Naciones Unidas, siendo ciertamente estos últimos la «autoridad competente» para ocuparse de las consecuencias de un

<sup>197</sup> Cuarto informe [*Anuario 1983*, vol II (primera parte) (vease nota 194 *supra*)], párr 55

<sup>198</sup> *Ibid.*, párrs 53 y 54

<sup>199</sup> Según Spinedi, «así se desprende del hecho de que solo en relación con las consecuencias de la agresión estudiaron los miembros de la Comisión de Derecho Internacional, en 1982 y 1983, si tenían que tratar de la legítima defensa en el proyecto de artículos» (*loc cit*, pag 94, nota 312)

<sup>200</sup> Cuarto informe [*Anuario 1983*, vol II (primera parte) (vease nota 194 *supra*)]

crimen, aunque no implique amenaza a la paz o a la seguridad internacionales<sup>201</sup>.

132. El régimen que acabamos de describir sufriría un cambio —en el sentido de una mayor gravedad— en presencia de un crimen de agresión. En este caso, todo Estado (distinto del autor del hecho ilícito) tiene los mismos derechos que la «víctima principal» del crimen. En particular podría recurrirse a la fuerza en legítima defensa individual o colectiva. Lo que es más, la referencia al sistema de las Naciones Unidas sería más concreta: todo Estado estaría de hecho obligado a ejecutar las «sanciones» que decidiera el Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII de la Carta<sup>202</sup>.

133. Sin embargo, hay que añadir que la posición del Sr. Riphagen sobre la condición jurídica del régimen de «responsabilidad por los crímenes» descrito (o de cualquier otro) difiere considerablemente de la adoptada por la Comisión en su comentario al artículo 19. Según el Sr. Riphagen, el régimen descrito no correspondería, excepto por lo que respecta a las consecuencias especiales de la agresión, al estado actual del derecho internacional (*lex lata*). Su adopción correspondería al desarrollo progresivo<sup>203</sup>.

134. El Sr. Riphagen incorporó sus propuestas en los proyectos de artículos 5, apartado e, 14 y 15, presentados a la Comisión en 1984<sup>204</sup>. Esas disposiciones decían así:

#### Artículo 5

Para los efectos de los presentes artículos, por «Estado lesionado» se entenderá:

[...]

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> Ibid.

<sup>203</sup> Ibid.

<sup>204</sup> El Sr. Riphagen había presentado inicialmente una disposición muy parecida en el proyecto de artículo 6 que figura en su tercer informe [*Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 56, documento A/CN.4/354 y Add.1 y 2, párr. 150]. El texto del proyecto de artículo rezaba como sigue:

#### «Artículo 6

»1. El hecho internacionalmente ilícito de un Estado, que constituya un crimen internacional, crea para los demás Estados la obligación:

»a) de no reconocer la legalidad de la situación originada por ese hecho;

»b) de no prestar ayuda ni asistencia al Estado autor para mantener la situación originada por ese hecho; y

»c) de asociarse a otros Estados para prestarse asistencia mutua en la ejecución de las obligaciones establecidas en los apartados a y b.

»2. Salvo que una norma aplicable de derecho internacional disponga otra cosa, el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el párrafo 1 estará sujeto, *mutatis mutandis*, a los procedimientos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

»3. Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por un Estado en virtud de los párrafos 1 y 2 de este artículo y los derechos y obligaciones que le correspondan en virtud de cualquier norma de derecho internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por este artículo.»

e) Si el hecho internacionalmente ilícito constituye un delito internacional [y en el contexto de los derechos y obligaciones de los Estados en virtud de los artículos 14 y 15], todos los demás Estados.

#### Artículo 14

1. Un delito internacional creará todas las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito y, además, los derechos y obligaciones que determinen las normas aplicables aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto.

2. Un delito internacional cometido por un Estado creará para todos los demás Estados la obligación:

a) de no reconocer la legalidad de la situación originada por ese delito; y

b) de no prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido ese delito para mantener la situación originada por ese delito; y

c) de asociarse a otros Estados para prestarle asistencia mutua en la ejecución de las obligaciones con arreglo a lo previsto en los apartados a y b.

3. Salvo que una norma aplicable de derecho internacional general disponga otra cosa, el ejercicio de los derechos derivados del párrafo 1 del presente artículo y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los párrafos 1 y 2 del presente artículo estarán sujetos, *mutatis mutandis*, a los procedimientos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

4. Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por un Estado en virtud de los párrafos 1 y 2 de este artículo y los derechos y obligaciones que le correspondan en virtud de cualquier otra norma de derecho internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por este artículo.

#### Artículo 15

Un acto de agresión creará todas las consecuencias jurídicas de un delito internacional y, además, los derechos y obligaciones previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en su virtud<sup>205</sup>.

g) *El debate de la Comisión de Derecho Internacional sobre las propuestas de 1984 y 1985*

135. Aunque fueron remitidas al Comité de Redacción, las propuestas del Sr. Riphagen no han sido objeto, como se ha señalado, de un debate especialmente minucioso. Del tono general de las observaciones de los miembros se desprende en particular que esas propuestas, por más que hayan sido consideradas como un buen punto de partida para la elaboración del régimen de los crímenes, necesitaban todavía importantes modificaciones y un desarrollo más detallado<sup>206</sup>. Sin embargo, con respecto a algunos de los puntos se pueden deducir quizás algunas indicaciones más concretas.

<sup>205</sup> *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 2, documento A/CN.4/380, secc. II.

<sup>206</sup> Véanse las intervenciones del Sr. Malek (*Anuario... 1982*, vol. I, 1732.<sup>a</sup> sesión); Sir Ian Sinclair (ibid., 1733.<sup>a</sup> sesión); el Sr. Ni (ibid.); el Sr. Jagota (ibid.); el Sr. Barboza (ibid., 1734.<sup>a</sup> sesión); el Sr. Laclata Muñoz (ibid.) y el Sr. Razafindralambo (ibid.). El Sr. Riphagen había admitido además que no había sido su propósito insertar en sus disposiciones una lista exhaustiva de las consecuencias de los crímenes, sino sólo proporcionar una base para que la Comisión siguiera trabajando. El carácter «mínimo» y «abierto» del régimen esbozado por el Sr. Riphagen se refleja claramente en el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 14, donde se prevé que en todo caso la comunidad internacional en su conjunto podría establecer cualquier otra consecuencia «especial» de un crimen.

136. Por ejemplo, una objeción compartida por varios miembros era que la propuesta del Sr. Riphagen no diferenciaba suficientemente entre la posición de los Estados «no directamente» lesionados y la del Estado que era «la víctima principal» de la violación. Si en el caso de un crimen todo Estado tenía automáticamente los mismos derechos que el Estado «directamente» lesionado por un simple delito (como parece implicar el párrafo I del artículo 14), en el caso de un crimen todo Estado tendría derecho no sólo a recibir una indemnización pecuniaria sino a adoptar las mismas contramedidas que el Estado «directamente lesionado». Esto les parecía pernicioso a varios miembros de la Comisión en lo que respecta al desarrollo justo, pacífico y ordenado de las relaciones internacionales<sup>207</sup>. A esta objeción el Sr. Riphagen respondió que la situación «activa» de un Estado «no directamente» lesionado por un crimen dependería del tipo de lesión realmente sufrida. Por ejemplo, sólo podría reclamarse indemnización pecuniaria si el Estado en cuestión había sufrido realmente daños materiales a consecuencia del crimen internacional<sup>208</sup>. Lo mismo podría decirse de las contramedidas, en el sentido de que

un Estado individual considerado como un Estado lesionado disfruta de esa condición como miembro de la comunidad internacional en su conjunto solo en virtud del apartado e del artículo 5 y debe ejercer sus nuevos derechos y cumplir sus nuevas obligaciones dentro del marco de la comunidad organizada de Estados<sup>209</sup>

Por consiguiente, si no se ha tomado y antes de que se haya tomado una decisión colectiva «dentro del marco de la comunidad organizada de Estados», un Estado lesionado sólo con arreglo al significado del apartado e del artículo 5 podría recurrir *ut singuli*, según el Sr. Riphagen, únicamente a las medidas de no reconocimiento y solidaridad previstas en el párrafo 2 del artículo 14<sup>210</sup>.

137. Conviene hacer aquí una observación más. Sin objeciones por parte de otros miembros de la Comisión y compartiendo de hecho la opinión que había sido expresada por algunos de ellos<sup>211</sup>, el Sr. Riphagen tendió a eliminar del concepto de responsabilidad internacional, y especialmente de los fines legítimamente perseguibles mediante las contramedidas, todo aspecto punitivo o, si se prefiere, todo aspecto distinto de los relativos al cumplimiento de la obligación violada y la reparación del daño<sup>212</sup>. Esto se aplicaría incluso en el caso de los crímenes, al menos en lo que respecta a las contramedidas que pu-

dieran adoptar los Estados *ut singuli*<sup>213</sup>. Por otra parte, el aspecto punitivo no es negado expresamente por el Sr. Riphagen para las posibles «sanciones» aplicadas en cumplimiento de decisiones colectivas adoptadas por órganos internacionales competentes.

138. Cabe hacer una observación final con respecto a la función que se ha de asignar a los procedimientos y medidas ya previstos en la Carta de las Naciones Unidas. La opinión predominante entre los miembros de la Comisión parece favorecer expresamente la inclusión, en el régimen aplicable a los crímenes, la aplicación de las medidas que la Carta, basada en las características específicas del caso, admite o impone de hecho, a saber esencialmente las medidas de legítima defensa en el caso de la agresión y a los procedimientos previstos en la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales<sup>214</sup>.

#### h) *Recapitulación de las posiciones de la Comisión*

139. Tratemos ahora de recapitular las conclusiones sobre las cuales la Comisión, después de sus trabajos sobre la primera parte del proyecto y del examen de las propuestas del Sr. Riphagen, parece haber llegado a un cierto grado de acuerdo con respecto al régimen «especial» de los crímenes internacionales de los Estados:

a) De la posición expresamente adoptada por el Relator Especial, a la que otros miembros de la Comisión no pusieron objeciones, parece deducirse que la tarea por realizar sería no tanto codificar la posible (y confusa) *lex lata* sobre la materia como especificar, por medio del desarrollo progresivo, el mínimo común por el que sería apropiado «agrar» las consecuencias de los crímenes con respecto a las de los delitos;

b) Ese mínimo no se encuentra en la situación jurídica del Estado que es la «víctima principal» de la violación (en su caso) los derechos y facultades de ese Estado no son diferentes —al menos cuantitativamente, en relación con la gravedad de la lesión— de los que le corresponderían como parte principalmente lesionada respecto de cualquier hecho internacionalmente ilícito,

c) Por otra parte, tiene un «carácter especial» la situación jurídica de los Estados «indirectamente» lesionados, considerada desde el punto de vista de su reacción *ut singuli*. A diferencia de la situación de los Estados que son «indirectamente» lesionados por un delito, la situación de los Estados «indirectamente» lesionados por un crimen se caracterizaría por un umbral mínimo necesario. Ese umbral implicaría sin duda las obligaciones de «no reconocimiento» y «no colaboración con el autor del cri-

<sup>207</sup> Véanse a este respecto las declaraciones de Sir Ian Sinclair (*Anuario 1984*, vol I, 1865<sup>a</sup> sesión), el Sr. Quentin-Baxter (*ibid*) y el Sr. McCaffrey (*ibid*, 1866<sup>a</sup> sesión)

<sup>208</sup> *Ibid*, 1867<sup>a</sup> sesión

<sup>209</sup> Sexto informe [*Anuario 1985*, vol II (primera parte) (véase nota 2 *supra*)], comentario al artículo 14, párr 10

<sup>210</sup> *Ibid*, párr 6 Esta posición del Sr. Riphagen se había puesto de manifiesto ya con toda claridad en su tercer informe [*Anuario 1982*, vol II (primera parte) (véase nota 204 *supra*)], párrs 95 y 96 y 136 a 143 A este respecto véase también Spinedi (*loc cit*, pag 124)

<sup>211</sup> Sr. Reuter (*Anuario 1976*, vol I, 1402<sup>a</sup> sesión, *Anuario 1981*, vol I, 1666<sup>a</sup> sesión y *Anuario 1982*, vol I, 1731<sup>a</sup> sesión) y Sr. Schwebel (*Anuario 1980*, vol I, 1601<sup>a</sup> sesión)

<sup>212</sup> Segundo informe [*Anuario 1981*, vol II (primera parte) (véase nota 195 *supra*)], párr 35 Véase también la declaración del Sr. Riphagen en la 1759<sup>a</sup> sesión de la Comisión (*Anuario 1983*, vol I)

<sup>213</sup> Tercer informe [*Anuario 1982*, vol II (primera parte) (véase nota 204 *supra*)], párr 140

<sup>214</sup> Véanse las declaraciones realizadas por el Sr. Evensen (*Anuario 1982*, vol I, 1733<sup>a</sup> sesión), el Sr. Oushakov (*ibid*, 1736<sup>a</sup> sesión), el Sr. Yankov (*ibid*), el Sr. Flitan (*Anuario 1983*, vol I, 1773<sup>a</sup> sesión), el Sr. Al-Qaysi (*ibid*, 1775<sup>a</sup> sesión), el Sr. Balanda (*ibid*, 1776<sup>a</sup> sesión), el Sr. Jagota (*ibid*, 1777<sup>a</sup> sesión); el Sr. Koroma (*ibid*), el Sr. Barboza (*ibid*) y el Sr. McCaffrey (*ibid*, 1779<sup>a</sup> sesión) Expresaron dudas con respecto a la exactitud jurídica y la idoneidad política de referirse al mecanismo previsto en la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad el Sr. Reuter (*Anuario 1984*, vol I, 1861<sup>a</sup> sesión) y el Sr. Malek (*ibid*, 1866<sup>a</sup> sesión)



men» indicadas por el Sr. Riphagen; pero es de suponer que implicaría también, habida cuenta de la insatisfacción generalizada en el seno de la Comisión por la «levedad» de esta indicación, otras obligaciones. Parece haber acuerdo asimismo en que la participación jurídica de los Estados en cuestión no debe ir tan lejos como para justificar la adopción unilateral por uno o más de ellos de medidas destinadas a imponer un castigo al autor del hecho ilícito;

d) Las restricciones a la posibilidad de «sanción» individual de un crimen por parte de los Estados *ut singuli* se reducirían en el caso de una decisión colectiva adoptada por una autoridad representativa de «la comunidad internacional en su conjunto». En ese caso cualquier Estado «no directamente» lesionado podría ser autorizado o realmente obligado a adoptar, con respecto al autor del hecho ilícito, las medidas decididas por la «comunidad internacional organizada», medidas que serían posiblemente más duras que las permitidas en otro caso;

e) La hipótesis en que podría muy bien ocurrir el fenómeno mencionado en el apartado d, hipótesis considerada de capital importancia por la mayoría de los miembros de la Comisión, sería la de las medidas decididas colectivamente por los órganos competentes de las Naciones Unidas con ocasión de violaciones que exijan la aplicación de los procedimientos específicos previstos en la Carta;

f) Diferenciado de este régimen general «mínimo» quedaría el caso de la agresión, el único crimen que justifica una reacción armada unilateral, en legítima defensa colectiva, por parte de cualquier Estado que no sea el agresor. El crimen en cuestión autoriza además a todo Estado a recurrir a contramedidas no armadas con sujeción a limitaciones menos estrictas (sustantivas o de procedimiento) que las vinculadas a otros hechos ilícitos. Las únicas restricciones aplicables serían la proporcionalidad y la prohibición de violaciones de obligaciones de *jus cogens*. Todo ello (la legítima defensa y las contramedidas «agravadas») quedaría sujeto a los procedimientos del Capítulo VII de la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

### 3. REACCIONES DE LOS ESTADOS EN LA SEXTA COMISIÓN

#### a) El problema de la responsabilidad penal

140. Pasando a las reacciones en la Sexta Comisión cuando se aprobó el artículo 19 de la primera parte del proyecto, la mayoría de los Estados, especialmente los de la «zona socialista» y el «mundo en desarrollo», se mostraron de acuerdo con la opción de la Comisión. Sólo algunos Estados occidentales, entre ellos Australia<sup>215</sup>, Francia<sup>216</sup>, Grecia<sup>217</sup>,

<sup>215</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 27.ª sesión, párrs. 17 a 20, y posteriormente ibid., trigésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 50.ª sesión, párrs. 53 a 55.*

<sup>216</sup> *Ibid., trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 26.ª sesión, párr. 4, y posteriormente ibid., trigésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 41.ª sesión, párr. 26.*

<sup>217</sup> *Ibid., trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 23.ª sesión, párrs. 11 y 12.*

Portugal<sup>218</sup>, Suecia<sup>219</sup> y los Estados Unidos de América<sup>220</sup> se opusieron resueltamente. La crítica recurrente en sus posiciones se refería esencialmente al riesgo de una «criminalización» del comportamiento del Estado, que consideraban inherente a la distinción propuesta por la Comisión. Según dichos Estados, el derecho internacional no conocía en su presente etapa ninguna forma de responsabilidad análoga a las previstas por el derecho penal de los Estados. No existía en la actualidad, al nivel interestatal, un órgano internacional generalmente aceptado que pudiera considerarse suficientemente representativo e imparcial para confiarle la función de decidir «sanciones» de tipo penal. Además, «criminalizar» el comportamiento del Estado significaría incrementar la posibilidad de una responsabilidad penal colectiva al nivel del régimen de derecho, hecho que sería incompatible con la civilización jurídica. El proyecto de la Comisión debería haber tratado solamente de los aspectos de la responsabilidad del Estado relativos a la reparación y no de sanciones. Estas, en su caso, habrían de ser decididas a nivel político y no en relación con la determinación de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos<sup>221</sup>.

141. Un grupo de Estados europeos expresaron también su oposición a las medidas punitivas, entendidas como medidas correspondientes a las formas de responsabilidad penal previstas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Aun aceptando en principio la distinción propuesta, esos Estados se reservaron su opinión para el momento en que la Comisión definiera las consecuencias de los crímenes<sup>222</sup>. Se ha de subrayar, no obstante, que esas reservas fueron formuladas por Estados que sin embargo se pronunciaron en favor de un «régimen especial» de responsabilidad «por los crímenes». Para esos Estados las consecuencias de los crímenes no debían incluir en modo alguno formas de responsabilidad penal o punitiva que, además de ser contrarias al principio de la igualdad soberana de las personas internacionales, favorecerían las reivindicaciones imperialistas de Estados capaces de imponer «sanciones punitivas»<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>219</sup> La posición de Suecia se expuso esencialmente en observaciones por escrito sobre el proyecto de la Comisión [*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 78 y ss., documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4, en especial pág. 79].

<sup>220</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 17.ª sesión, párrs. 8 a 12; ibid., trigésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 40.ª sesión, párr. 2, y posteriormente ibid., trigésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 47.ª sesión, párr. 67.*

<sup>221</sup> Esta última observación fue formulada únicamente por Grecia (véase nota 217 *supra*).

<sup>222</sup> Austria (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 20.ª sesión, párr. 2, e ibid., trigésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 41.ª sesión, párr. 41*), Dinamarca (*ibid., trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 19.ª sesión, párr. 5*), España (*ibid., trigésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 54.ª sesión, párr. 35*), el Japón (*ibid., trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión, párr. 8*) y la República Federal de Alemania (*ibid., 24.ª sesión, párr. 73, y Anuario... 1981*, vol. II (primera parte) (véase nota 219 *supra*), pág. 81].

<sup>223</sup> Bulgaria (*ibid., trigésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 52.ª sesión, párr. 57*), Hungría (*ibid., 53.ª sesión, párr. 22*), Polonia (*ibid., párr. 33*), la República Democrática Alemana (*ibid., trigésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión, 49.ª sesión, párr. 15, e ibid., trigésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 36.ª sesión, párr. 67*), la República Socialista Soviética de Ucrania (*ibid., 50.ª sesión, párr. 24*) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (*ibid., 53.ª sesión, párr. 43*).

142. Para finalizar el análisis de este punto se ha de señalar que algunos de los Estados que inicialmente se habían opuesto a la idea de la responsabilidad «por los crímenes» o la habían cuestionado seriamente, al comentar las propuestas posteriormente expuestas por el Sr. Riphagen, mostraron una actitud menos hostil hacia la posibilidad de determinar un régimen «especial» para las consecuencias de hechos ilícitos de especial gravedad. Es de suponer que esto se debió al carácter moderado, no penal de esas propuestas<sup>224</sup>

b) *Las consecuencias «sustantivas» de los crímenes*

143. Dejando aparte el debate sobre la admisibilidad de una responsabilidad «penal» de los Estados, no es mucho lo que se dijo en la Sexta Comisión con respecto a las «características especiales» que tipifican —*de lege lata o ferenda*— el régimen del tipo de hechos ilícitos previsto en el artículo 19<sup>225</sup>.

c) *Facultad de reacción*

144. En lo que respecta a la facultad de reacción, sólo dos Estados dudaron de que la comisión de un crimen —o en todo caso de una grave violación de las normas que protegen los intereses de toda la comunidad internacional— generara una responsabilidad *erga omnes*. Sin embargo, pocos Estados se pronunciaron sobre la cuestión de si esa responsabilidad implicaba la posibilidad de que un Estado, aunque solo fuese «indirectamente» lesionado, recurriera unilateralmente a contramedidas<sup>226</sup>. No se hicieron observaciones significativas con respecto a la propuesta del Sr. Riphagen acerca de las obligaciones «mínimas» del derecho general («no reconocimiento» y «solidaridad») que incumbirían a todos los Estados distintos del Estado autor del hecho ilícito en el caso de un

crimen internacional<sup>227</sup>. Sin embargo, se expresó una insatisfacción generalizada, también en la Sexta Comisión, respecto de la idea de reducir la «especificidad» de los crímenes a esas obligaciones «mínimas» sin desarrollar debidamente el régimen de las obligaciones del Estado autor del hecho ilícito y los derechos del Estado «directamente» lesionado.

d) *La función de la «comunidad internacional organizada»*

145. Por otra parte, también sobre el tema de la «facultad de reacción», algunos Estados no vacilaron en asumir la posición de la Comisión de que una consecuencia típica de un crimen sería la adopción de medidas por todos los Estados *ut universi*, a saber en el marco de la «comunidad internacional organizada». Esta posición se apoyaba, como se ha señalado, en la obvia referencia subyacente a los casos que exigen la aplicación de las medidas previstas en la Carta de las Naciones Unidas, en particular las del Capítulo VII. Sin embargo, algunos Estados consideraron que sería inapropiado mencionar esas medidas en el proyecto. Y lo sería, bien porque su aplicación ya estaba regida por la Carta y, lo que es más, desde una perspectiva diferente de la de las consecuencias de los hechos ilícitos<sup>228</sup>, bien debido al riesgo de ampliar la «facultad sancionadora» de los órganos de las Naciones Unidas, en particular del Consejo de Seguridad, más allá de los límites establecidos para ellos en la Carta. Ese riesgo se consideraba muy grave, especialmente habida cuenta del hecho de que los órganos de las Naciones Unidas de que se trata serían los órganos políticos, constitucionalmente no adecuados para una evaluación jurídica imparcial de los casos en cuestión<sup>229</sup>.

146. Finalmente se pudo discernir un amplio acuerdo en la Sexta Comisión en cuanto a la consideración de la legítima defensa, individual y colectiva, en respuesta a la agresión como consecuencia «especial» de un hecho ilícito que permitiría el recurso unilateral a la fuerza armada, incluso por Estados «no directamente» lesionados. Sin embargo, algunas delegaciones dudaron de la conveniencia de regular esta hipótesis en el proyecto, en la medida en que ya estaba prevista y regida por la Carta de las Naciones Unidas<sup>230</sup>.

<sup>224</sup> Véase por ejemplo la posición adoptada por Australia (*ibid*, *trigesimo septimo periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 48.ª sesión, párr 9), los Estados Unidos de América (*ibid*, 52.ª sesión, párrs 22 y 23), Grecia (*ibid*, 40.ª sesión, párr 47), el Japón (*ibid*, 40.ª sesión, párr 19) y Suecia (*ibid*, 41.ª sesión, párr 12).

<sup>225</sup> Puede ser útil sin embargo recordar las posiciones tomadas sobre este punto por Bulgaria, la República Federal de Alemania y los Estados Unidos de América. En opinión de la primera, por ejemplo en el caso de un crimen, el Estado lesionado podría adoptar inmediatamente contramedidas sin esperar el resultado negativo de una demanda previa de reparación (*ibid*, *trigesimo sexto periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 51.ª sesión, párr 6). Según la República Federal de Alemania, por el contrario, sería necesario, incluso en el caso de un crimen, agotar los medios disponibles de hallar una solución pacífica antes de poder recurrir legítimamente a una medida unilateral (*ibid*, *trigesimo octavo periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 39.ª sesión, párr 7). En cuanto a los Estados Unidos (que, como se recordara, se opusieron a la distinción), sugirieron que si era necesario incluir en el proyecto una disposición, por vía de desarrollo progresivo, sobre las consecuencias «especiales» en el caso de hechos ilícitos de particular gravedad, debería haberse hecho mención de la obligación del Estado responsable de pagar indemnización «ejemplar» o «punitiva» por daños y perjuicios (*ibid*, *trigesimo primer periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión, párr 12).

<sup>226</sup> Algunos se manifestaron en términos favorables, aunque algo generales: Indonesia (*ibid*, 30.ª sesión, párr 33), la República Federal de Alemania [*Anuario 1981*, vol II (primera parte) (véase nota 219 *supra*), pag. 80] y Sri Lanka (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigesimo primer periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 31.ª sesión, párr 15).

<sup>227</sup> Solo Argelia y Rumania (*ibid*, *trigesimo septimo periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 48.ª sesión, párr 35, e *ibid*, 49.ª sesión, párr 9, respectivamente) se mostraron decididamente a favor, aunque mas bien subrayaron la necesidad de desarrollar y especificar el alcance de esas obligaciones.

<sup>228</sup> Francia (*ibid*, *trigesimo sexto periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 26.ª sesión, párr 5) y Grecia (*ibid*, 23.ª sesión, párrs 11 y 12).

<sup>229</sup> Australia (*ibid*, 27.ª sesión, párr 20), España [*Anuario 1982*, vol II (primera parte), págs 19 y ss, documento A/CN.4/351 y Add.1 a 3] y el Japón (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigesimo primer periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión, párr 8).

<sup>230</sup> Australia (*ibid*, *trigesimo octavo periodo de sesiones, Sexta Comisión*, 50.ª sesión, párr 42), los Estados Unidos de América (*ibid*, 41.ª sesión, párr 4) y la República Federal de Alemania (*ibid*, 39.ª sesión, párr 3).

e) *Recapitulación de las posiciones de la Sexta Comisión*

147. Las escasas directrices que surgen de los debates de la Sexta Comisión pueden resumirse como sigue:

a) Parece haber un amplio consenso en el sentido de que la responsabilidad por las violaciones graves de obligaciones de importancia esencial para la comunidad internacional deben distinguirse de alguna manera de las consecuencias de cualquier hecho internacionalmente ilícito «ordinario». Sin embargo, una parte considerable de la comunidad internacional muestra una cierta vacilación cuando se trata de utilizar el concepto de «responsabilidad por los crímenes» para caracterizar ese régimen;

b) También se acepta en general que todo régimen «especial» de crímenes debe estar desprovisto de toda connotación «penal» en el sentido de que ni siquiera en el caso del crimen se debe admitir que las partes lesionadas tengan discrecionalidad unilateral para adoptar medidas «punitivas», especialmente en lo que respecta a los Estados «no directamente» lesionados;

c) Sin embargo, existe una vaga tendencia a considerar que la «especificidad» de las consecuencias de los crímenes no reside en la existencia de obligaciones generalizadas de «no reconocimiento» y «solidaridad» que incumben a todos los Estados sino también en una mayor severidad de las obligaciones «sustantivas» del Estado autor del hecho ilícito y de los derechos «adjetivos» del Estado (en su caso) «directamente» lesionado por la violación;

d) Predomina la convicción de que, en el caso de los crímenes, la responsabilidad *erga omnes* equivale esencialmente a la posibilidad de que la «comunidad internacional organizada» autorice o incluso obligue a cualquier Estado, en virtud de decisiones tomadas por órganos «competentes», a adoptar «sanciones» —incluso graves— contra el autor del hecho ilícito. Ejemplos de ello son los procedimientos y medidas previstos para ciertas situaciones en la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, no existe unanimidad entre los miembros de la Sexta Comisión con respecto a la conveniencia de hacer referencia «explícita» a esos procedimientos o medidas en el proyecto;

e) La agresión se distingue de todos los demás crímenes. Se considera que es el único hecho ilícito que permitiría una reacción armada unilateral, en legítima defensa, por parte de los Estados «no directamente» lesionados, así como del Estado o Estados víctimas.

#### 4. OPINIONES DE LA DOCTRINA

##### a) *Introducción*

148. Aunque las propuestas de la CDI acerca del régimen de los crímenes no han alcanzado una etapa avanzada de elaboración, han suscitado comentarios de numerosos estudiosos. En las páginas que siguen trataremos de presentar las tendencias doctrinales relativas al presente estado del derecho internacional con respecto a las consecuencias «especiales» de los crímenes y sus posibles lí-

neas de desarrollo en el futuro<sup>231</sup>. Comenzamos por la relación entre el Estado que es la «víctima principal» del crimen y el Estado autor del hecho ilícito, para ver si, según los autores, es diferente en algún sentido de la relación entre un Estado lesionado y un Estado autor como resultado de un hecho ilícito «ordinario».

##### b) *La relación Estado autor—Estado víctima*

149. No son muchos los autores que consideran que la «especificidad» del régimen de los crímenes se manifiesta en el marco de dicha relación. Entre quienes se expresan sobre este punto, sólo algunos tratan de las obligaciones «sustantivas» que incumben al Estado autor con respecto al Estado «directamente» lesionado. Como hemos visto, este aspecto tampoco ha sido objeto de gran atención en los trabajos de la Comisión. Por lo que respecta a la reparación (*lato sensu*) un autor subraya, por ejemplo, que en el caso de un crimen, a diferencia del de un delito, no debe ser admisible ninguna excepción (entre el Estado lesionado y el Estado autor) a la obligación de restitución en especie en la medida en que se trata de intereses «inalienables» regidos por normas bien fundadas<sup>232</sup>. Otro autor subraya que en el caso de un crimen el Estado autor seguiría estando obligado, incluso después de prestar reparación, a dar las garantías necesarias contra la repetición<sup>233</sup>.

150. Por lo que respecta a las consecuencias «adjetivas», la doctrina está dividida acerca de las condiciones del recurso legítimo a contramedidas por el Estado «directamente» lesionado. Según algunos autores, el derecho del Estado lesionado a recurrir a contramedidas sólo surge, aun en el caso de los crímenes, tras el fracaso de las demandas de cesación o reparación y de los medios disponibles de solución<sup>234</sup>, mientras que otros creen que el Estado lesionado puede recurrir inmediatamente<sup>235</sup> al menos

<sup>231</sup> Deseamos que quede claro que el siguiente análisis se refiere a las observaciones de estudiosos acerca de la forma en que deben tratarse las consecuencias de los crímenes en el proyecto de la Comisión. Por el contrario, no se examinan las publicaciones sobre casos concretos de crímenes (como la agresión, el genocidio o el apartheid) o las consecuencias típicas y posiblemente «especiales» de sus crímenes que cabe deducir de la práctica de los Estados o de las organizaciones internacionales o de los instrumentos conexos.

<sup>232</sup> Graefrath, «International crimes—A specific regime of international responsibility of States and its legal consequences», en especial pág. 165. Sobre el punto mencionado por Graefrath, subrayemos que la prohibición de «sustituir» mediante pacto la *restitutio* por una indemnización pecuniaria cuando ello ponga en peligro intereses legalmente inalienables ha sido ya destacada por el Relator Especial incluso con respecto a las consecuencias de los «delitos»; ciertamente la posibilidad de que el no hacer la *restitutio* pueda violar esos intereses puede darse incluso como consecuencia de hechos ilícitos «*minoris generis*» en comparación con un crimen. La única cuestión por resolver podría relacionarse en tal caso con la excepción de la excesiva carga prevista en el apartado c del párrafo 1 del proyecto de artículo 7 de la segunda parte [véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 77, párr. 230].

<sup>233</sup> Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, págs. 530 y 531.

<sup>234</sup> Dupuy, «Implications of the institutionalization of international crimes of States», en especial pág. 180; Carella, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, págs. 134 y 143.

<sup>235</sup> Lattanzi, *op. cit.*, pág. 530; Hofmann, *loc. cit.*, págs. 221 y 222.

a las contramedidas que parecen razonablemente necesarias para obtener la cesación de una conducta ilícita ya iniciada<sup>236</sup>.

151. Existe un acuerdo más amplio con respecto a los límites del ejercicio de contramedidas por parte del Estado lesionado. La mayoría de los comentaristas opinan que la limitación de la proporcionalidad<sup>237</sup> o la limitación de *jus cogens*<sup>238</sup> se aplican también en el caso de los crímenes.

152. También existe un amplio consenso sobre la función de las contramedidas tomadas por el Estado lesionado. En realidad, si bien nadie cuestiona que puedan adoptarse para lograr la cesación de la conducta «criminal» o, como *extrema ratio*, para garantizar la reparación *lato sensu*, casi todos excluyen la posibilidad de que se utilicen con fines puramente punitivos<sup>239</sup>.

153. Finalmente, casi es innecesario recordar que la gran mayoría de los autores consideran que el crimen de agresión es una excepción al régimen general, al menos al efecto de que el Estado «directamente» lesionado tiene derecho a adoptar medidas que impliquen el uso de la fuerza en legítima defensa<sup>240</sup>. Cabe señalar no obstante que un importante número de autores hacen extensiva la legitimidad del uso de la fuerza por la «víctima de una violación» incluso a los casos de reacción a la imposición coercitiva de la dominación colonial (o «dominación extranjera»), a saber en favor del pueblo sometido a esa imposición<sup>241</sup>.

<sup>236</sup> Graefrath, *loc cit*

<sup>237</sup> Carella, *op cit*, pags 143 y 144, Hailbronner, «Sanctions and third parties and the concept of international public order», en particular pag 4, Dinsteim, «The *erga omnes* applicability of human rights», en particular pag 19, Graefrath y Mohr, «Legal consequences of an act of aggression The case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait», en particular pags 133 a 136. En contra, Lattanzi, según el cual, en caso de reacción a un crimen no puede plantearse ningún problema de proporcionalidad (*op cit*, pag 531)

<sup>238</sup> Dinsteim, *loc cit*, en particular pags 19 y 20, Graefrath y Mohr, *loc cit*, en particular pag 136, Oellers-Frahm, «The *erga omnes* applicability of human rights», en particular pag 36, de Hoogh, «The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes Peremptory norms in perspective», en particular pag 201. Véase también Cardona Llorens, «La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el «crimen internacional»)», pag 326

<sup>239</sup> Son muy claras a este respecto las posiciones adoptadas en especial por Cardona Llorens, *loc cit*, pags 325 a 332, Graefrath, *loc cit*, y Dupuy, *loc cit*, pag 180. Totalmente diferente es la opinión de Spinedi («Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux», en particular pags 35 a 42), según el cual en derecho internacional se reconoce siempre que las contramedidas-represalias tienen una función que es fundamentalmente punitiva, es decir no se ajustan estrictamente a una función ejecutiva-reparadora, y evidentemente esto no puede dejar de aplicarse a las medidas que pueda tomar un Estado contra el cual se ha cometido un crimen internacional

<sup>240</sup> Por lo que respecta a la bibliografía sobre esta consecuencia «especial» de la agresión y sobre las diversas formas en que se interpreta, véanse el tercer informe [*Anuario 1991*, vol II (primera parte) (nota 78 *supra*), parr 9, nota 7 y parrs 97 a 102], y el cuarto informe [*Anuario 1992*, vol II (primera parte) (nota 79 *supra*), parrs 58 a 69]

<sup>241</sup> Las publicaciones sobre la materia son abundantes. Véanse en especial Higgins, *The Development of International Law through the*

### c) La relación Estado autor— Estados «no directamente» lesionados

154. En cuanto a la relación entre el autor de un crimen (una violación *erga omnes* por definición), por una parte, y los Estados «no directamente lesionados» —*ut singuli*—, por otra, tanto la Comisión como los autores que se han ocupado de la cuestión sostienen con unanimidad que es fundamentalmente en el régimen de esta relación donde se halla el aspecto más «especial» de las consecuencias de los crímenes a diferencia de los hechos ilícitos «ordinarios».

155. Por lo que respecta a las consecuencias «sustantivas», no se hallan en la doctrina objeciones apreciables a la idea de que, en el caso de los crímenes, cualquier Estado distinto del Estado autor del hecho ilícito tendría derecho a reclamar la cesación y la reparación *lato sensu*<sup>242</sup>. Este derecho parece existir incluso cuando no hay una intervención previa de órganos internacionales más o menos representativos.

156. Más variadas son las posiciones de los autores sobre la facultad de los Estados «no directamente» lesionados de recurrir unilateralmente a contramedidas. Según algunos autores, este derecho o facultad puede considerarse admitido *de lege lata* en el derecho internacional general y ciertamente constituye el más seguro entre los rasgos característicos del régimen de los crímenes internacionales de los Estados<sup>243</sup>. Otros autores adoptan una posición más prudente subrayando que la facultad de todos los Estados y de cada Estado *ut singuli* no se deriva automáticamente de la comisión de un crimen. Sólo surge subsidiariamente, por así decirlo, es decir cuando no hay posibilidad de intervención por parte de la «comunidad internacional organizada» o esa «comunidad» queda fuera de escena debido a una paralización de sus mecanismos de adopción de decisiones<sup>244</sup>, o por «solidaridad» con la víctima principal del crimen (en su caso), que debe solici-

*Political Organs of the United Nations*, pags 103 y ss., Cassese, «Political self-determination — Old concepts and new developments», pag 119, Ronzitti, *Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale*, pags 98 y ss., Ben Salah, «Autodetermination des peuples les deux niveaux», y White, «Self-determination Time for a re-assessment», en particular pag 151. También hay que hacer referencia a los trabajos preparatorios de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (véase nota 138 *supra*) y a los comentarios sobre la parte pertinente de esa Declaración

<sup>242</sup> En especial, Graefrath, *loc cit*, Abi Saab, «The concept of “international crimes” and its place in contemporary international law», en especial pag 149, Jiménez de Arechaga, «Crimes of States, *jus standi*, and third States», en particular pag 255, y Hutchinson, «Solidarity and breaches of multilateral treaties», en particular pag 197

<sup>243</sup> Aunque hay diversos matices, parece que es esta la posición, por ejemplo, de Lattanzi, *op cit*, pag 533, Dominice, «Legal questions relating to the consequences of international crimes», en particular pag 262, y Dinsteim, *loc cit*, en particular pag 19

<sup>244</sup> Abi-Saab, *loc cit*, en particular pag 150, Sinclair, «State crimes implementation problems Who reacts?», en particular pag 257, Spinedi, *loc cit* (nota 170 *supra*), en particular pag 133, Hutchinson, *loc cit*, en particular pags 212 y 213, y Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite — Des contre-mesures à la légitime défense*, pags 171, 202 y 206

las  
 de  
 a los  
 re  
 paa  
 tres  
 cell-  
 f  
 lates  
 por  
 s. p.

tar previamente la ayuda de otros Estados<sup>245</sup>. Algunos autores, especialmente italianos, opinan que son admisibles las contramedidas unilaterales adoptadas por cualquier Estado «no directamente» lesionado con respecto a ciertos hechos ilícitos pero no con respecto a toda la categoría de violaciones previstas en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de la Comisión. Según esos autores, las únicas contramedidas admisibles *de lege lata* serían, en la situación que estamos examinando, la legítima defensa colectiva contra la agresión y las intervenciones no armadas en favor de un pueblo bajo «dominación extranjera» cuyas aspiraciones a la independencia sean reprimidas por la fuerza<sup>246</sup>. Algunos autores consideran, por el contrario, que el recurso «generalizado» a contramedidas unilaterales es inadmisibles (o debe prohibirse), salvo en el caso de la agresión, incluso en respuesta a un crimen internacional: de lo contrario se correría el riesgo de justificar todos y cada uno de los abusos y llegar a una situación de anarquía y de *bellum omnium contra omnes*<sup>247</sup>. La única excepción a esta prohibición sería precisamente el caso de la agresión, en reacción a la cual no sólo sería permisible el uso de la fuerza en legítima defensa sino que también lo serían las medidas unilaterales particularmente graves e inmediatas por parte de todos los Estados<sup>248</sup>.

157. Los autores que admiten que el Estado «no directamente» lesionado recurra a contramedidas unilaterales no van mucho más allá de esa admisión general. No hacen aportaciones más significativas con respecto al régimen jurídico que podría aplicarse a esas contramedidas (posiblemente diferente del régimen de las contramedidas que puede adoptarse por un simple delito)<sup>249</sup>. El único punto en que insiste la mayoría de los autores de que se trata es que no sería lícito que los Estados «no directamente» lesionados trataran de lograr con sus medidas fines punitivos,

es decir fines distintos de la cesación del hecho ilícito o la reparación *latu senso*<sup>250</sup>.

158. Pasando del área de los derechos o facultades a la de las posibles obligaciones de los Estados «no directamente» lesionados en virtud del derecho general, parece existir un alto grado de consenso doctrinal en el sentido de que esas obligaciones se han de considerar como una consecuencia típica y «especial» de los crímenes internacionales<sup>251</sup>. Nos referimos en particular a las obligaciones de «no reconocimiento» y «solidaridad» mencionadas por el Sr. Riphagen en el párrafo 2 del artículo 14 de la segunda parte del proyecto. De los dos tipos de obligación es especialmente la obligación de no reconocer como «legales» (es decir que es de suponer que surten efectos legales en el plano internacional y en los respectivos sistemas nacionales) cualesquiera actos realizados por el Estado infractor con respecto al «dominio de la situación» producida por el crimen que la mayoría de los autores consideran que es *de lege lata* una consecuencia «especial» de los crímenes por oposición a los delitos<sup>252</sup>. Es menos fácil, por el contrario, hallar autores que de manera expresa se adhieran a la conclusión de que el derecho internacional general prevé realmente «obligaciones positivas de solidaridad» que incumban a todos los Estados «no directa-

(*op. cit.*, pág. 206). En cuanto a los límites, Mohr considera que los Estados «no directamente» lesionados pueden reaccionar, en virtud del «principio de proporcionalidad-reciprocidad», sólo con contramedidas proporcionales al daño sufrido a consecuencia del crimen (*loc. cit.*, en particular pág. 137). Finalmente, según Lattanzi, el régimen de las contramedidas en cuestión no difiere sustancialmente del que rige las medidas que puede adoptar un Estado «directamente lesionado» por un crimen (*op. cit.*, pág. 533).

<sup>250</sup> Son explícitos a este respecto Mohr, *loc. cit.*, en particular pág. 139; Dominicé, «The need to abolish the concept of punishment», págs. 257 y 258; Sicilianos, *op. cit.*, págs. 52 a 54; Graefrath y Mohr, *loc. cit.*, en particular págs. 133 y 139; y, entre los que niegan totalmente la admisibilidad de las contramedidas en cuestión, Marek, *loc. cit.*, en particular pág. 463. Menos «radicales», por otra parte, son las posiciones de Spinedi, *loc. cit.* (nota 239 *supra*), en particular págs. 28 y ss., y Zemanek, «The unilateral enforcement of international obligations», en particular págs. 37 y 38. Por su parte, Lattanzi, *op. cit.*, pág. 533, admite una función que sea punitiva y no sólo ejecutiva-reparadora en las contramedidas de los Estados «indirectamente lesionados» por un crimen.

<sup>251</sup> Simma señala de hecho que «la mayoría de los observadores, siguiendo la línea de pensamiento bilateralista, probablemente convendrían en que la idea misma de obligaciones por parte de «terceros» Estados en caso de violación del derecho internacional es una innovación notable, por no hablar de la esencia de esa solidaridad» («International crimes: Injury and countermeasures. Comments on Part 2 of the ILC Work on State responsibility», en particular pág. 305).

<sup>252</sup> Así, entre otros, Cardona Lloréns, *loc. cit.*, en particular págs. 312 y ss.; Abi Saab, *loc. cit.*, en particular pág. 149; Graefrath, *loc. cit.*, en particular pág. 168, que señala a la atención diversos signos que apuntan en ese sentido [el texto de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (véase nota 138 *supra*), el texto de la Definición de la agresión (resolución 3314 [XXIX] de la Asamblea General), las resoluciones de la Asamblea General en los casos de Rhodesia del Sur, la presencia sudafricana en Namibia, la creación de bantustanes por Sudáfrica y los territorios ocupados por Israel]; Dupuy, *loc. cit.* (nota 234 *supra*), en particular pág. 181; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*; Conforti, *loc. cit.*, en particular págs. 108 y 109, que no obstante limita esta consecuencia jurídica «especial» únicamente a las hipótesis de agresión y violación de la libre determinación «externa»; Frowein, «Collective enforcement of international obligations», en particular pág. 77; y Graefrath y Mohr, *loc. cit.*, en particular págs. 110 y 114.

<sup>245</sup> Cardona Lloréns, *loc. cit.*, en particular pág. 322; Mohr, «The ILC's distinction between "international crimes" and "international delicts" and its implications», en particular págs. 131 y 132; Hofmann, *loc. cit.*, en particular págs. 226 a 228; Hailbronner, *loc. cit.*, en particular pág. 9, y de Hoog, *loc. cit.*, en particular pág. 213.

<sup>246</sup> Así, por ejemplo, Cassese («Remarks on the present legal regulation of crimes of States», en particular págs. 49 a 54); y Conforti («Il tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali», en particular págs. 108 a 110).

<sup>247</sup> Marek, «Criminalizing State responsibility», en particular pág. 481; Graefrath, *loc. cit.*, en particular pág. 167; Dupuy, *loc. cit.*, en particular págs. 177 a 179, y «Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite», en particular págs. 483 y 484; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*; Elias, «Introduction to the debate», en particular pág. 193; Elegab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law*, pág. 59; Sachariew, «State responsibility for multilateral treaty violations: Identifying the "injured State" and its legal status», en particular pág. 280; y Ten Napel, «The concept of international crimes of States: Walking the thin line between progressive development and disintegration of the international legal order», en particular págs. 165 y 166.

<sup>248</sup> A este respecto véanse, por ejemplo, R. Hofmann, *loc. cit.*, en particular pág. 229, y Graefrath, *loc. cit.*, en particular pág. 166, donde se hace referencia al «secuestro o confiscación de bienes del agresor o de sus nacionales situados en el extranjero, la suspensión de todos los tratados bilaterales con el Estado agresor, el castigo de sus dirigentes por el crimen contra la paz».

<sup>249</sup> Con respecto a las llamadas «condiciones previas», Sicilianos afirma que pueden adoptarse contramedidas inmediatas siempre que el comportamiento criminal persista y haya una situación de emergencia

mente lesionados» por un crimen, exigiendo que cada uno de esos Estados participe en la adopción de medidas (posiblemente decididas por un órgano internacional) destinadas a ayudar al Estado «más directamente» lesionado o a restablecer la legalidad<sup>253</sup>.

d) *La función de la «comunidad internacional organizada»*

159. Finalmente, parece indispensable una buena ojeada a las posiciones tomadas por los autores con respecto a la situación jurídica de los Estados distintos del autor del crimen, considerados *ut universi*. Nos referimos a la posibilidad de que la «comunidad internacional organizada» aborde las diversas cuestiones y consecuencias de la responsabilidad internacional «por los crímenes». También aquí se halla una variedad de posiciones bastante amplia.

160. En un extremo están los autores que estiman que la competencia corresponde exclusivamente, *de lege lata*, a los órganos de las Naciones Unidas. Evidentemente piensan en particular en el Consejo de Seguridad, el órgano que ha de adoptar medidas coercitivas, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para aplicar las medidas que requiera un crimen internacional de un Estado<sup>254</sup>. En opinión de esos autores, la hipótesis de la «amenaza a la paz» prevista en el Artículo 39 de la Carta es susceptible de hecho de una interpretación suficientemente amplia para que el Consejo pueda abarcar los hechos definidos como «crímenes internacionales»<sup>255</sup>. Claro está, una vez que se acepte que la «especificidad» del régimen de los crímenes consiste en dicha competencia del Consejo de Seguridad en virtud de la Carta, la obligación de todo Estado de hacer efectivas cualesquiera «sanciones» decididas por ese órgano vendría dada como cosa normal<sup>256</sup>.

161. No lejos de esa posición están los autores que, aunque —a diferencia de los que acabamos de mencionar— no consideran que el Capítulo VII de la Carta es actualmente adecuado para la aplicación del régimen «especial» de responsabilidad por todos los crímenes (sino que más bien lo consideran aplicable únicamente a la agresión y a los crímenes que constituyen un quebrantamiento de la paz o una amenaza a la paz), desean no obstante análogamente que esa aplicación se prevea dentro del sistema de seguridad de las Naciones Unidas. A su jui-

<sup>253</sup> Veanse, por ejemplo, las reservas de Sicilianos, *op cit*, pág. 171, y Hallbröner, *loc cit*, en particular págs. 11 a 15, según las cuales, *de lege lata*, no existe ninguna obligación de «solidaridad activa» sino solo, a lo sumo, la obligación de no obstaculizar ninguna acción emprendida por la «comunidad internacional organizada»

<sup>254</sup> Graefrath, *loc cit*, en particular págs. 164 a 168

<sup>255</sup> *Ibid*, pág. 164. Según este autor, «un crimen internacional, siendo una violación grave de una obligación internacional esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, es por definición un asunto internacional que determina la jurisdicción de las Naciones Unidas» (*ibid*). Y más adelante «Los Estados han autorizado al Consejo de Seguridad para determinar la existencia de un crimen internacional, decidir sobre las medidas necesarias para poner fin a la persistencia de la conducta ilícita e imponer el respeto universal de la observancia de aquellas obligaciones internacionales que son fundamentales para el mantenimiento de la paz internacional» (*ibid*, pág. 167)

<sup>256</sup> *Ibid*, pág. 167

cio, esto debe lograrse mediante el desarrollo progresivo (*lex ferenda*). Ese sistema es el único que en su opinión podría «garantizar esas mínimas garantías de objetividad que deben inspirar un régimen de responsabilidad por los crímenes de carácter general»<sup>257</sup>.

162. Otros autores, partiendo de una lectura análoga (desde la perspectiva de la responsabilidad) del Capítulo VII de la Carta, llegan a una conclusión diferente, más «restrictiva», por la cual la categoría de crímenes debe limitarse a aquellos hechos ilícitos que constituyen un quebrantamiento de la paz o una amenaza a la paz, con el fin de situar el concepto de responsabilidad por los crímenes sobre una base jurídica más firme, sin ampliar al mismo tiempo indebidamente el alcance del sistema de seguridad de la Carta<sup>258</sup>.

163. Según otra opinión, cercana a la precedente pero definida con mayor claridad, la competencia para «sancionar» los crímenes, al menos los que impliquen una amenaza a la paz, corresponde realmente a la comunidad internacional «organizada» dentro de las Naciones Unidas, y concretamente al Consejo de Seguridad. Sin embargo, correspondería a las Naciones Unidas «fundamentalmente» y no «exclusivamente». Seguiría abierta la posibilidad de que los Estados *ut singuli* recurrieran legítimamente a contramedidas pacíficas contra el autor de un crimen si la reacción de las Naciones Unidas resultara bloqueada o carente de efectos<sup>259</sup>. El paso a esta competencia unilateral «secundaria» sería considerado en cierto modo favorablemente, según algunos autores, si los órganos competentes de las Naciones Unidas —aunque «incapaces» de actuar— emitieran siquiera una simple condena «verbal» del crimen, como garantía de la legiti-

<sup>257</sup> Conforti, *loc cit*, en particular pág. 107. En el mismo sentido, Jiménez de Arechaga, *loc cit*

<sup>258</sup> Starace, «La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale», págs. 294 y ss. En el mismo sentido, véase Quigley, «The International Law Commission's crime-delict distinction: A toothless tiger?», págs. 137 y 133 y ss. Según Dupuy, «Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite», no sería apropiado en particular prevenir en el proyecto de la Comisión un régimen de responsabilidad por el crimen de agresión que fuese diferente —alternativo o subsidiario— del mecanismo establecido en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y la competencia correspondiente del Consejo de Seguridad, tanto más cuanto que sobre la base de ese régimen diferente se admitiría el recurso a las contramedidas unilaterales. A juicio de este autor, es de temer que esta sustitución de las medidas conduzca a una disminución del prestigio y autoridad de la organización mundial, cuya incapacidad para mantener la paz se vería así subrayada por las medidas no supervisadas, aunque generosas de algunos Estados. La base misma del concepto de crimen, cuyo objeto es sobre todo asegurar el respeto de las obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, entraña el riesgo demasiado frecuente de convertirse en una excusa adecuada para las iniciativas de Estados que busquen en el concepto de «carta blanca para el orden público» una justificación de las medidas tomadas para fomentar sus propios fines de política exterior. Después de todo, sea cual fuere la buena fe de los Estados que apliquen las sanciones, los Estados contra los que se dirigen podrán oponerse más fácilmente a ellas por no estar bajo la égida de las Naciones Unidas. Y aquí se plantea la cuestión de si la institucionalización misma del crimen no podría encerrar las semillas de la anarquía internacional.

<sup>259</sup> Hofmann, *loc cit* (en particular pág. 226); Mohr, *loc cit* (en particular págs. 131 y 132 y 138); Sinclair, *loc cit* (en particular pág. 257); Dominice, *loc cit* (en particular págs. 262 y 263) y Sicilianos, *op cit* (págs. 171 y 206 a 213)

midad de las medidas que los Estados *ut singuli* pudieran desear adoptar<sup>260</sup>.

164. La tendencia a desvincular, siempre que sea posible, la «sanción» de los crímenes del sistema de seguridad del Capítulo VII y de una «competencia exclusiva» del Consejo de Seguridad, que a menudo se considera que entraña riesgos no sólo de inmovilización<sup>261</sup> sino también de «manipulación política»<sup>262</sup>, se manifiesta también en las sugerencias de aquellos autores que tienden a apoyar alguna función de la Corte Internacional de Justicia en la materia. Esa función se concibe en forma de una competencia de la Corte respecto de las controversias relativas a un crimen internacional<sup>263</sup> o de una verificación *ex post facto* de la «legitimidad» de las sanciones previstas<sup>264</sup>.

<sup>260</sup> Hutchinson, *loc cit* (en particular pag 203), Sicilianos, *op cit*, (pag 213), Qungley, *loc cit* (en particular pags 144 y 150) Oellers-Frahm apunta también a una competencia «fundamental» y no «exclusiva» de las Naciones Unidas, según este autor, no sería legítimo que los Estados *ut singuli* intervinieran «de modo auxiliar» sino más bien que lo hicieran las «organizaciones regionales» como la OEA o la CEE si incluso estos órganos regionales resultaran incapaces de decidir sobre la aplicación de «sanciones colectivas», eso significaría que *a fortiori* no existía tampoco ningún acuerdo en el seno de la comunidad internacional para la adopción de medidas unilaterales por parte de Estados individuales y, por lo tanto, esas medidas no podrían considerarse admisibles (*loc cit*, en particular pags 34 y 35)

<sup>261</sup> A este respecto, veanse, por ejemplo, las dudas expresadas por Simma, *loc cit*, en particular pags 312 y 313

<sup>262</sup> Así, entre otros, Domince, *loc cit* (en particular pags 262 y 263), Hutchinson, *loc cit* (en particular pags 210 y 211) y también Leben, «Les contre-mesures étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale» (pag 28)

<sup>263</sup> Torres Bernardez, «Problems and issues raised by crimes of States. An overview» (en particular pags 278 y 279) y Qungley, *loc cit* (en particular pags 128 y 129)

<sup>264</sup> Hutchinson, *loc cit*, en particular pag 211, y Dupuy, *loc cit* (nota 234 *supra*), en particular pags 182 y 183, quien propugna un mecanismo en el que la Asamblea General decide sobre la base de una mayoría cualificada si se ha de pedir al Consejo de Seguridad que intervenga para «sancionar» un crimen, el Consejo decide, también por mayoría cualificada y con la exclusión del derecho de veto, las medidas que se habían de adoptar, finalmente, para completar el conjunto, sería indispensable un procedimiento para resolver las controversias. Aquí se podrían tomar como base el artículo IX de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y el artículo XII de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. No obstante, la comparación de estas dos disposiciones muestra que la primera permite el recurso unilateral a la Corte Internacional de Justicia mientras que la segunda parece mantener el requisito de un enfoque consensuado. El autor subraya la importancia de las opciones que se ofrecen (*ibid*, en particular pag 183). Sin referirse expresamente a la Corte Internacional de Justicia, Elias subraya también la conveniencia de ofrecer «cauces judiciales» en el régimen de responsabilidad que se proponga para los crímenes, en los siguientes términos

«no cabe olvidar que una solución judicial tiene en la práctica un ámbito limitado en el que operar y que los procedimientos judiciales internacionales siguen siendo en principio de carácter voluntario. Pero es en este contexto en el que se destaca la importancia del desarrollo, en el derecho internacional contemporáneo, de procedimientos por los cuales se confía la aplicación del derecho a terceros y no solo al Estado o a los Estados inmediatamente interesados. Ese desarrollo no es más que el vehículo para hacer manifiestamente patentes las exigencias de la comunidad internacional, las preocupaciones e intereses generales de esa entidad colectiva e independiente que es la comunidad internacional de hoy» (*Loc cit*, en particular pag 193)

Simma se muestra más esceptico cuando, al comentar las propuestas del Sr Riphagen, hace las siguientes observaciones

165. Finalmente, y en una posición diametralmente opuesta (o casi) a la de la doctrina mencionada en el párrafo 160 *supra*, hay que hacer mención de los autores para los cuales ni las Naciones Unidas (y en particular el Consejo de Seguridad) ni ninguna otra organización internacional tienen —*de lege lata* y en la esfera del derecho general— competencia alguna, ni exclusiva ni fundamental, para la regulación de las reacciones de los Estados «no directamente» lesionados por un crimen. Según esta opinión, esos Estados conservan así plena posesión *ut singuli* del derecho a reaccionar, si fuere necesario, por medio de contramedidas, contra un Estado que ha cometido una grave violación de las obligaciones destinadas a salvaguardar los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Sin embargo, hay que añadir, los mismos autores suelen expresar también el deseo de que la cuestión se aborde por medio del desarrollo progresivo, a saber atribuyendo las funciones y facultades necesarias a las instituciones internacionales apropiadas no forzosamente identificables con un determinado órgano de las Naciones Unidas<sup>265</sup>.

166. Son muy escasas las publicaciones acerca de la posible delimitación del alcance de las «sanciones» aplicables en el caso de un crimen por la «comunidad internacional organizada». Por ejemplo, algunos autores subrayan que las medidas decididas por los órganos de las Naciones Unidas no pueden tener en ningún caso fines punitivos<sup>266</sup>. A otros les preocupa la posibilidad de la aplicación de medidas colectivas que, en definitiva, pueda ser perjudicial para los intereses de los Estados «inocentes», en cuyo caso habría que establecer una obligación de «solidaridad». Se debe prever una distribución equitativa, por medio de mecanismos de compensación, de las cargas que soportan los Estados como resultado de las operaciones «de sanción»<sup>267</sup>. Finalmente, a veces se recuerda que la

«el nexo entre el artículo 14 y la garantía procesal de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia propuesta en 1986 no soportara la prueba de las realidades políticas. Esa decisión a cargo de tercero ciertamente ha de ser bien acogida, algunos incluso dirían que ha de ser considerada como un corolario indispensable de la aceptación de los «crímenes internacionales». Pero seamos realistas: la idea de que una parte importante de los Estados Miembros de las Naciones Unidas estén dispuestos a implicar a la Corte en las cuestiones enumeradas en el artículo 19 es simplemente utópica» (*Loc cit*, en particular pag 307)

Finalmente, Graefrath se opone decididamente a reconocer que un tribunal internacional es el órgano apropiado para ocuparse de los crímenes (*loc cit*, en particular pags 168 y 169)

<sup>265</sup> Abi-Saab, *loc cit*, en particular pags 148 y 149, Hailbronner, *loc cit*, en particular pags 9 y 10, Klein, «Sanctions by international organizations and economic communities»; de Hoog, *loc cit*, en particular pags 207 a 211, y análogamente Simma, «Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission», en especial pag 402. A estos hay que añadir, evidentemente, los autores que se pronuncian aun más resueltamente en favor de la posibilidad de que los Estados «no directamente» lesionados recurran *ut singuli* a contramedidas contra un Estado culpable de un crimen internacional (vease nota 238 *supra*)

<sup>266</sup> Dupuy, *loc cit* (nota 234 *supra*), en particular pag 184, y Cardona Llorens, *loc cit*, en particular pags 331 a 333, que se refiere sobre todo, sin embargo, a la posibilidad de aplicar, como consecuencia de un crimen, «sanciones» como la expulsión o la suspensión de la condición de miembro de una organización internacional

<sup>267</sup> K. Hailbronner, *loc cit*, en particular pags 12 a 15, Doehring, «Die Selbstdurchsetzung volkerrechtlicher Verpflichtungen», en parti-

severidad de la reacción de la «comunidad internacional organizada» debe ser proporcionada a la gravedad del crimen, en particular en el caso de la agresión<sup>268</sup>.

## B.—La problemática de un posible «régimen especial» de la responsabilidad derivada de los crímenes internacionales

### 1. INTRODUCCIÓN

167. Después de haber resumido las principales opiniones manifestadas en la Comisión de Derecho Internacional, en la Sexta Comisión y en la doctrina pertinente acerca de las normas que deberían promulgarse para regular las consecuencias de los crímenes, trataremos ahora de concretar, en la presente sección, las principales cuestiones que habría que resolver para una codificación de esta materia. Sólo cuando la Comisión le haya orientado sobre estos problemas, podrá el Relator Especial, sobre la base de un examen más detenido tanto de la práctica como de la doctrina en esta esfera, proponer para la reglamentación de los crímenes una solución que pueda a su vez ser considerada por la Comisión.

168. Como se dice en el artículo 19 de la primera parte y en el párrafo 3 del artículo 5 de la segunda parte del proyecto aprobados en primera lectura, así como en los comentarios pertinentes<sup>269</sup>, los crímenes consisten en violaciones graves de obligaciones *erga omnes* destinadas a

(Continuación de la nota 267.)

cular pág. 50, y Delbrück, «International economic sanctions and third States», en particular págs. 92 y 93 y 96 a 98. Según estos autores, las medidas en cuestión están totalmente prohibidas, aun cuando sean decididas por la «comunidad internacional organizada», si son perjudiciales para los intereses «vitales» o «esenciales» de los Estados «inocentes».

<sup>268</sup> Nos referimos no tanto a las medidas colectivas que implican el uso de la fuerza armada, previstas en el Capítulo VII de la Carta (y más concretamente en el Artículo 42), cuya aplicación contra un Estado agresor es generalmente admitida, como a otro tipo particularmente severo de «sanción» (o más bien, quizás, «garantías de no repetición») que, según algunos autores, si nuestra interpretación es correcta, la «comunidad internacional organizada» podría ciertamente aplicar en caso de agresión, pero no siempre en el caso de otros crímenes internacionales. Según Graefrath y Mohr, por ejemplo,

«otra consecuencia jurídica específica en el caso de los crímenes internacionales es la de las posibles limitaciones del ejercicio de los derechos soberanos para asegurar la no repetición del crimen. Tras la segunda guerra mundial estas limitaciones tomaron la forma de disposiciones sobre desmilitarización, establecimiento de zonas desmilitarizadas, prohibición de determinadas armas, en particular armas de destrucción en masa y ciertos tipos de misiles. Disposiciones muy similares, o por lo menos con el mismo enfoque, pueden hallarse en la resolución 687 (1991) [del Consejo de Seguridad].»

En particular, los procedimientos de verificación creados en virtud de esa resolución

«van más allá de lo que hasta ahora ha aplicado el OIEA o de lo que se preveía en el proyecto de Convención contra las armas químicas. El control y los procedimientos de verificación forman parte claramente de las sanciones y las consecuencias jurídicas aplicadas por el Consejo de Seguridad para asegurar la no repetición de la agresión\*. Pueden entenderse como limitación del ejercicio de los derechos soberanos y justificarse como consecuencia jurídica en el caso de un crimen de agresión\*» (Loc. cit., en particular pág. 128.)

<sup>269</sup> Quinto informe del Sr. Ago [Anuario... 1976, vol. II (primera parte) (véase nota 177 supra), párrs. 75 a 154]; informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28.º período de

salvaguardar intereses fundamentales de toda la comunidad internacional. El problema básico reside, pues, en estimar hasta qué punto el hecho de que la violación de que se trate perjudique gravemente un interés común de todos los Estados afecta a la compleja relación de responsabilidades que, como explicamos en nuestro informe anterior<sup>270</sup>, se plantea incluso en el caso de violaciones *erga omnes* de carácter «ordinario».

169. Para enfocar esta cuestión sería conveniente distinguir entre el punto de vista «objetivo» y el punto de vista «subjetivo». Tenemos, en efecto, que preguntarnos:

a) Desde el punto de vista objetivo, si, y de qué forma, la gravedad de las violaciones de que se trata agrava el contenido y reduce los límites de las consecuencias, tanto sustantivas como adjetivas, que caracterizan a las violaciones *erga omnes* «ordinarias»; y

b) Desde el punto de vista subjetivo, si la importancia fundamental de la norma violada implica o no cambios en las relaciones multilaterales, por lo demás inorgánicas y no institucionalmente coordinadas, que, ya sea entre el Estado autor de la violación y todos los demás Estados, ya entre los distintos Estados lesionados, se plantean normalmente con arreglo al derecho general, en el caso de la violación ordinaria de una obligación *erga omnes*.

170. En estas dos series de cuestiones fundamentales vamos a basarnos para exponer cada uno de los problemas concretos planteados por las consecuencias de los crímenes. Siguiendo el mismo orden que hasta ahora, empezaremos por lo que hemos llamados las consecuencias sustantivas.

### 2. LAS CONSECUENCIAS SUSTANTIVAS

171. Por lo que a la cesación de la violación se refiere, no parece que los crímenes presenten ninguna característica especial en comparación con los hechos ilícitos «ordinarios» (sean o no *erga omnes*)<sup>271</sup>. Esto es comprensible si se considera, primero, que el contenido de la obligación de cesación no admite agravación, atenuación o modificación «cualitativas» (aspecto objetivo); y, segundo, que lo que está en juego, incluso en el caso de los delitos, es una obligación que incumbe al Estado responsable incluso cuando no exista demanda alguna del Estado o los Estados lesionados (aspecto subjetivo).

172. La práctica no sólo pone de relieve que un Estado que esté perpetrando un crimen tiene la obligación de poner inmediatamente fin a su conducta «criminal», sino

sesiones [ibid., vol. II (segunda parte), págs. 94 y ss.]; sexto informe del Sr. Riphagen [Anuario... 1985, vol. II (primera parte) (véase nota 2 supra), págs. 5 a 9, artículo 5 y su comentario]; informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37.º período de sesiones [ibid., vol. II (primera parte), págs. 26 y ss.].

<sup>270</sup> Cuarto informe del Relator Especial [Anuario... 1992, vol. II (primera parte) (véase nota 79 supra), párrs. 128 a 153].

<sup>271</sup> Véanse el informe preliminar del Relator Especial [Anuario... 1988, vol. II (primera parte), págs. 13 y ss., documento A/CN.4/416 y Add.1, párrs. 29 a 63] y su cuarto informe [Anuario... 1992, vol. II (primera parte) (nota 79 supra), párrs. 127 a 151].



que además nos indica toda una serie de formas en las que una o varias de las partes lesionadas pueden exigir la cesación de esa violación sin que ello dé pie para oposición alguna —excepto, evidentemente, por parte del Estado autor de la violación— en cuanto a la legalidad de esa exigencia.

173. Recordemos, a título de ejemplo, lo que sucedió en dos casos bien claros de crímenes internacionales de Estados, a saber el del régimen de apartheid aplicado en Sudáfrica y el de la invasión de Kuwait. En el primer caso, la demanda de que Sudáfrica pusiera fin a su política de violación sistemática de los derechos humanos procedió no sólo de órganos multilaterales internacionales, como el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>272</sup> sino también de diversos Estados *ut singuli*.

174. De las demandas de los Estados son buen ejemplo las presentadas contra Sudáfrica, como administradora de Namibia (África Sudoccidental), ante la Corte Internacional de Justicia por Etiopía y Liberia. Ambos Estados exigían la cesación de la práctica del apartheid<sup>273</sup>.

175. En el caso de Kuwait, es bien sabido que, tanto por parte de organizaciones internacionales<sup>274</sup> como de Estados individuales<sup>275</sup>, fueron casi inmediatas las demandas de retiro de las tropas iraquíes.

176. Lo mismo ha ocurrido, por otra parte, en relación con las operaciones israelíes contra el Líbano<sup>276</sup>.

<sup>272</sup> No hay más que recordar las distintas resoluciones en las que dichos órganos han pedido a Sudáfrica que pusiera fin al apartheid, especialmente (pero no solo) dentro del marco del procedimiento establecido para las «violaciones patentes» de los derechos humanos por la resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social o, por ejemplo, las resoluciones 181 (1963) de 7 de agosto de 1963, 182 (1963) de 4 de diciembre de 1963 y 418 (1977) de 4 de noviembre de 1977 del Consejo de Seguridad.

<sup>273</sup> Veanse los apartados 3 y 4 de las conclusiones finales de los dos Estados demandantes, de 19 de mayo de 1965 [casos de *Sud-Ouest africano (Ethiopie c Afrique du Sud, Liberia c Afrique du Sud), deuxième phase, C I J Recueil 1966*, pag 15].

<sup>274</sup> Formularon demandas inmediatas de retiro de las tropas iraquíes no solo el Consejo de Seguridad [resolución 660 (1990) de 2 de agosto de 1990], sino también el Consejo de la Liga de los Estados Árabes, que se reunió en El Cairo el 2 de agosto de 1990 (documento S/21434 de 3 de agosto de 1990), y los Estados miembros de la Comunidad Europea (declaración de 4 de agosto de 1990, documento A/45/383-S/21444 de 6 de agosto de 1990).

<sup>275</sup> Presentaron también demandas, entre otros países, Francia (comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores de 2 de agosto de 1990, en AFDI, vol XXVI, 1990, pag 1041) y Suiza (nota verbal de 22 de agosto de 1990 dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas por el Encargado de Negocios de la Misión del Observador Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas, documento S/21585 de 22 de agosto de 1990).

<sup>276</sup> Formularon, en este caso, demandas de cesación el Consejo de Seguridad [resoluciones 313 (1972) de 28 de febrero de 1972, 332 (1973) de 21 de abril de 1973, 501 (1982) de 25 de febrero de 1982, 508 (1982) de 5 de junio de 1982, 520 (1982) de 17 de septiembre de 1982, 583 (1986) de 18 de abril de 1986, 586 (1986) de 18 de julio de 1986 y 587 (1986) de 23 de septiembre de 1986, entre otras] y varios Estados individuales (Francia, vease «Pratique française de droit international», AFDI, vol XXVIII, 1982, pags 1050 y 1051, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, «United Kingdom Materials of International Law», BYIL, 1982, vol 53, pag 534).

177. Mucho menos evidente, sin embargo, es la cuestión de las contramedidas que pueden ser adoptadas, y por quién, con objeto de obtener la cesación de la violación por un Estado que no cumple espontáneamente las demandas que en este sentido se le han dirigido. Pero este punto se refiere más bien a los aspectos «adjetivos» de la responsabilidad, puntos que se examinarán en la sección 3.

178. La cuestión se complica, por otra parte, en el caso de la reparación en sentido estricto, con inclusión de la *restitutio*, la compensación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Aquí se plantean, en efecto, varios problemas tanto en relación con los aspectos objetivos como con los aspectos subjetivos.

179. En lo que concierne al aspecto objetivo, algunas de las formas de reparación, especialmente la *restitutio* y la satisfacción, están sujetas a ciertos límites en el caso de meros delitos. Hay que aclarar, pues, si, en caso de crimen, todos esos límites (o algunos de ellos) quedan derogados y, en caso de respuesta afirmativa, en qué medida. Hay que determinar, en otras palabras, si, en el caso de los crímenes, las citadas obligaciones «sustantivas» son más gravosas para el Estado autor que en el caso de las violaciones «ordinarias».

180. Una primera derogación posible se refiere a la excesiva limitación de gravedad de la *restitutio*. Cabe pensar, por ejemplo, en los grandes esfuerzos que desde hace tiempo lleva haciendo Sudáfrica en su ordenamiento jurídico interno para cumplir la obligación internacional que le incumbe de hacer desaparecer los efectos del anterior régimen de total apartheid. No obstante, la reacción de la comunidad internacional sigue siendo circunspecta. Varios Estados han decidido poner gradualmente fin a las sanciones y no restablecer las relaciones diplomáticas con Sudáfrica mientras no se hayan promulgado las leyes prometidas; además, se reservan el derecho de evaluar sus consecuencias concretas.

181. Una segunda derogación puede ser la relativa a la prohibición de las «indemnizaciones punitivas», de exigencias humillantes o de demandas relativas a cuestiones generalmente consideradas como pertenecientes a la esfera de libertad de acción de cada Estado. Cabe recordar, por ejemplo, el caso de Israel, que obtuvo de la República Federal de Alemania una indemnización de 3.450 millones de marcos en concepto de expiación por la persecución nazi de los judíos; las amputaciones territoriales impuestas a Alemania e Italia al final de la segunda guerra mundial, junto con la eliminación de todos los restos de sus regímenes totalitarios; o, más recientemente, las obligaciones impuestas al Iraq por la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de 3 de abril de 1991, en relación con la destrucción de armas y la demarcación de las fronteras con Kuwait.

182. Una tercera derogación puede referirse a las demandas de satisfacción o de garantías de no repetición de las violaciones que afecten gravemente al ámbito de la jurisdicción interna del Estado autor de la violación. Cabe recordar aquí algunas de las obligaciones impuestas al Iraq en materia de destrucción de armas bajo supervisión

internacional, establecimiento y control de zonas de prohibición de vuelos, etc.

183. Desde el punto de vista subjetivo, no hay que olvidar que las consecuencias sustantivas están cubiertas por obligaciones que, a diferencia del caso de cesación, el Estado responsable no está obligado a cumplir sino a petición de la parte lesionada. Es evidente que no se plantea problema alguno en lo que respecta a las demandas del Estado que puede considerarse «víctima principal» (si lo hubiere). De hecho, si el crimen estuvo concretamente dirigido contra uno o más Estados determinados (como, por ejemplo, en los casos de agresión), dichos Estados tendrán indudablemente derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones «sustantivas».

184. Dado, sin embargo, que todo crimen afecta siempre, adicional o únicamente, a Estados «menos directamente» lesionados que la «víctima principal», hay que preguntarse si, en el estado actual del derecho internacional, cada uno de esos Estados tiene derecho a exigir reparación *ut singuli* o si, por el contrario, debe establecerse entre todos los Estados lesionados alguna forma obligatoria de coordinación (recurriendo para ello probablemente a un procedimiento institucionalizado), coordinación que constituirá, por así decirlo, una expresión de la voluntad de la «comunidad internacional» o de la «comunidad internacional organizada». En lo que respecta al cumplimiento de la obligación de que se trate, la práctica internacional ofrece ejemplos de demandas presentadas tanto por Estados individuales (distintos de la «víctima principal», si la hubiere, de la violación), como por organismos internacionales universales o regionales.

185. Recordamos en este sentido las demandas de *restitutio* formuladas por Francia<sup>277</sup> y por el Consejo de Europa con ocasión de la intervención soviética en el Afganistán<sup>278</sup>; la demanda de *restitutio* formulada contra Portugal por el Consejo de Seguridad con ocasión de las numerosas incursiones armadas llevadas a cabo por ese Estado contra Zambia<sup>279</sup>; la solicitud de daños y perjuicios presentada a Sudáfrica por la Comisión de Derechos Humanos en nombre de namibianos encarcelados o desaparecidos, de familiares de los mismos y del futuro Gobierno independiente de Namibia<sup>280</sup>; las demandas de compensación formuladas por el Consejo de Seguridad<sup>281</sup> y por la Asamblea General<sup>282</sup> contra Israel y en favor del Iraq en relación con el bombardeo israelí de la central nuclear de Osiraq; la demanda dirigida al Iraq por la Liga de los Estados Árabes en relación con la «compensación al Estado de Kuwait por los daños causados por la invasión

iraquí»<sup>283</sup>; y la demanda de garantías de no repetición dirigida por el Consejo de Seguridad a la Jamahiriya Árabe Libia en relación con la participación directa e indirecta de ese país en actividades terroristas<sup>284</sup>.

186. Combinando los aspectos subjetivos con los objetivos, hay que preguntarse también si, en el caso de los crímenes, los límites a que se ha hecho referencia *supra* podrán en ciertas circunstancias ser rebasados en virtud de una demanda formulada en la forma que sea por un Estado lesionado *ut singuli*, o sólo como consecuencia de demandas precedidas por algún tipo de coordinación/concertación entre todos los Estados lesionados. Esa concertación podría quizá ser interpretada como prueba de la voluntad, por así decirlo, de la «comunidad internacional en su conjunto».

187. Una vez aclarada la *lex lata* sobre todos estos puntos<sup>285</sup>, será posible determinar hasta qué punto es conveniente introducir correcciones, o incluso innovaciones radicales, que contribuyan al desarrollo progresivo del derecho internacional aplicable.

### 3. LAS CONSECUENCIAS ADJETIVAS: MEDIDAS QUE IMPLICAN EL USO DE LA FUERZA

188. Hemos de pasar ahora a lo que llamamos los aspectos «adjetivos» de la responsabilidad internacional por los crímenes del Estado, a saber las medidas que pueden adoptarse en respuesta a un crimen. Comenzamos por las más graves entre esas medidas, que son las que implican el uso de la fuerza. La principal hipótesis es la de la legítima defensa. Esto no significa, por supuesto, que hayamos de examinar de nuevo el problema de la admisibilidad de la fuerza en legítima defensa, problema sobre el que la Comisión ya se ha manifestado en otras ocasiones<sup>286</sup>. Lo que nos interesa aquí es la legitimidad del uso de la fuerza como reacción a un crimen, y, más concretamente, a un crimen de agresión.

189. Sobre todo, estimamos que sería necesario que la Comisión aclarase el contenido de una serie de requisitos considerados tradicionalmente como condiciones de la legítima defensa, en particular los requisitos de inmediatez, necesidad y proporcionalidad.

<sup>283</sup> Resolución 5041, aprobada el 31 de agosto de 1990 por el Consejo de la Liga de los Estados Árabes en sesión extraordinaria.

<sup>284</sup> Resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad, de 30 de noviembre de 1992 (especialmente el párrafo 2).

<sup>285</sup> Como se explicará en relación con los aspectos «adjetivos» (véase sección 3 *infra*), la determinación de la *lex lata* puede plantear, de hecho, particulares problemas cuando se trata de determinar, a la luz del derecho general y convencional en vigor, la legitimidad de la intervención de organismos internacionales en la gestión, por así decirlo, de las consecuencias de ciertos crímenes de los Estados.

<sup>286</sup> Véanse la adición al octavo informe del Sr. Ago [*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 54 y ss., documento A/CN.4/318 y Add.1 a 5, párrs. 82 a 124]; el comentario de la Comisión al artículo 34 de la primera parte del proyecto de artículos [*Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 50 y ss.]; el tercer informe del Relator Especial [*Anuario... 1991*, vol. II (primera parte) (véase nota 78 *supra*)], párrs. 97 a 102, y el cuarto informe del Relator Especial [*Anuario... 1992*, vol. II (primera parte) (véase nota 79 *supra*)], párrs. 58 a 69.

<sup>277</sup> AFDI, vol. XXIX, 1983, pág. 907.

<sup>278</sup> BYIL, 1981, vol. 52, pág. 511.

<sup>279</sup> Resolución 269 (1969) del Consejo de Seguridad de 9 de junio de 1970.

<sup>280</sup> Resolución 1987/8 de la Comisión de Derechos Humanos [*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento N.º 5 (E/1987/18-E/CN.4/1987/60 y Corr.1 y 2)*].

<sup>281</sup> Resolución 487 (1981) del Consejo de Seguridad de 19 de junio de 1981.

<sup>282</sup> Resoluciones 36/27 y 41/12 de la Asamblea General.

190. Habría que aclarar también en qué condiciones el derecho de legítima defensa «colectiva» comprende el recurso a la fuerza armada contra un «agresor» por parte de otros Estados distintos del principal objeto de la agresión: si, por ejemplo, ese recurso es legítimo sólo previa petición expresa del Estado objeto de la agresión, si basta la presunción del consentimiento de ese Estado o si, en tales situaciones, la reacción de los «terceros» Estados puede producirse, por así decirlo, «automáticamente».

191. Sería conveniente que la Comisión de Derecho Internacional adoptara una posición sobre esta serie de problemas aun cuando se considerara preferible no establecer disposiciones expresas para regularlos sino más bien referirse simplemente al «derecho inherente de legítima defensa individual o colectiva»: un comentario sobre el significado de ese «derecho inherente» impediría de hecho que se produjeran equívocos peligrosos.

192. No obstante, el problema del recurso a la fuerza en respuesta a un crimen internacional no es meramente una cuestión de legítima defensa frente a un ataque armado. Hay que preguntarse además si las medidas armadas no son admisibles también para lograr la cesación de crímenes distintos de la agresión. También en este caso el problema presenta sobre todo un aspecto objetivo que consiste en determinar si el recurso a la fuerza para lograr la cesación es admisible o no en circunstancias distintas de las que justifican la legítima defensa. Si se considerara admisible habría que ver, primero, si el recurso a la fuerza estaría sujeto a límites y condiciones; y segundo, si la fuerza sería admisible con respecto a todos y cada uno de los tipos de crímenes o sólo a determinados tipos.

193. Entre los problemas que hay que considerar en este contexto están, por una parte, el del apoyo armado a pueblos oprimidos por «dominación extranjera» o, más generalmente, por regímenes que cometen graves violaciones del principio de libre determinación<sup>287</sup>, y, por la otra, el de la intervención armada contra un Estado responsable de violaciones en gran escala de derechos humanos «fundamentales» o de perpetrar, por ejemplo, actos de genocidio o formas violentas de «limpieza étnica»<sup>288</sup>.

<sup>287</sup> Véanse a este respecto los párrafos 2 y 3 de la resolución 3070 (XXVIII) de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 1973, y la resolución 424 (1978) del Consejo de Seguridad, de fecha 17 de marzo de 1978. Véase también la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *fond*, en la que se afirma la legitimidad de la asistencia armada a los movimientos de oposición en el caso de guerras civiles, aunque no se hace pronunciamiento alguno sobre la asistencia a los movimientos de liberación nacional (*C.I.J. Recueil 1986*, pág. 108, párr. 206).

<sup>288</sup> Hay que señalar que algunos autores estiman que, además de la legítima defensa, sólo la intervención humanitaria justificaría el recurso a la fuerza armada. La práctica de algunos Estados parece indicar, sin embargo, que el Estado interviniente ha aducido razones humanitarias no de manera aislada sino juntamente con la legítima defensa frente a un ataque armado. Cabe recordar las razones aducidas por la India para justificar la intervención en Bangladesh en 1971 (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, vigésimo sexto año*, 1606.<sup>a</sup> sesión, párrs. 158 a 163). Sobre este asunto, véase Lillich, *International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice*, págs. 565 y ss. Otro ejemplo es la invasión de Kampuchea Democrática por Viet Nam en 1978. Según un comentarista, «Viet Nam nunca afirmó haber prestado ayuda militar a los rebeldes ni haber intervenido

194. Con respecto a hipótesis como éstas, si se considera que el uso de la fuerza armada es admisible *de lege lata* o deseable *de lege ferenda*, hay que preguntarse en todo caso si ello constituiría la sanción «típica» de un crimen (es decir una reacción frente al Estado autor del hecho ilícito en virtud del derecho de la responsabilidad de los Estados) o si correspondería a una *ratio* diferente. Pensamos por ejemplo en la *ratio* subyacente al «estado de necesidad» o a la situación de «peligro extremo», circunstancias que de hecho excluyen la ilegitimidad pero que, a diferencia de la legítima defensa, no se caracterizan por el hecho de autorizar una reacción directa contra el autor de una violación internacional especialmente grave. Esas hipótesis quedarían fuera del régimen específico de responsabilidad por los crímenes.

195. Otro aspecto problemático del recurso a la fuerza como reacción a un crimen —siempre desde el punto de vista objetivo— es la cuestión de si las contramedidas armadas son admisibles cuando tienen por objeto no lograr la cesación de un crimen actualmente en curso, sino obtener reparación *lato sensu* o garantías adecuadas de no repetición.

196. Nos referimos, por ejemplo, a la *debellatio* de un Estado que inició una guerra de agresión, a la imposición de un régimen de ocupación militar sobre el territorio de un Estado por las Potencias victoriosas o a cualesquiera otras «sanciones» impuestas por la fuerza de las armas a un Estado que ha de «deshacer» todas las consecuencias del crimen<sup>289</sup>. ¿Son legítimas actualmente medidas de este tipo? En caso afirmativo, ¿podrían aplicarse para responder a cualquier crimen o sólo son permisibles como reac-

---

para restablecer los derechos humanos en Kampuchea» (Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, pág. 99. Véase la declaración vietnamita ante el Consejo de Seguridad en *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo cuarto año*, 2108.<sup>a</sup> sesión, párrs. 126 y 127 y 135 y 136). Según Ronzitti (*op. cit.*, págs. 102 y ss.), no se habrían invocado razones humanitarias para justificar la intervención de Tanzania en Uganda en 1979. La única justificación habría sido en esa ocasión la legítima defensa contra un ataque armado. Véanse otras observaciones sobre el mismo asunto en Lillich, *op. cit.*, págs. 74 y ss.

<sup>289</sup> La situación de Alemania después de la terminación de la segunda guerra mundial puede ser de interés a este respecto. Kelsen («The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin», pág. 518), declara que

«la situación jurídica de Alemania no es la de «ocupación por los beligerantes» de conformidad con los artículos 42 a 56 del Reglamento anexo a la Convención de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre».

Sin embargo, cabe desear definir esa situación (véase a este respecto, entre otros, Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, págs. 602 y ss.). Lo que nos interesa en nuestro caso es que la ocupación de Alemania tenía por objeto, entre otras cosas, garantizar un cambio total de sistema político, así como impedir la posibilidad de que la industria alemana pusiera en peligro la paz internacional en el futuro.

Pasando a un caso más reciente, la posibilidad de que se utilice la fuerza para garantizar las obligaciones de desarme impuestas al Iraq por la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991, parece preverse en el párrafo 33 de esa resolución (que condiciona la cesación del fuego a la aceptación por el Iraq de las disposiciones impuestas) y en el párrafo 34 (en el que se dispone que el Consejo sigue considerando la cuestión y puede adoptar «las medidas ulteriores que sean necesarias para la aplicación de la presente resolución y para garantizar la paz y la seguridad en la región»).

ción frente a determinado tipo de crimen, concretamente una guerra de agresión?

#### 4. EL PROBLEMA DE LA FACULTAD DE REACCION ASPECTOS «SUBJETIVO-INSTITUCIONALES»

197. Aún más importantes —y más arduos— son los problemas que se plantean con respecto a los aspectos «subjetivos» de las consecuencias adjetivas de los crímenes que implican el uso de la fuerza. Se refieren esencialmente a la facultad de adoptar medidas armadas, sea en respuesta a la agresión o posiblemente a crímenes distintos de la agresión.

198. El problema podría enunciarse aproximadamente en los siguientes términos: ¿varía la admisibilidad de las medidas armadas según que sean adoptadas por uno o más Estados lesionados *ut singuli* o por la comunidad de Estados *ut universi*? En otros términos, ¿acaso podrían ser consideradas inadmisibles esas medidas si recurrieran a ellas unilateralmente un Estado o un pequeño grupo de Estados lesionados pero legítimas si fueran la expresión de una «voluntad común» (de la comunidad internacional o de la «comunidad internacional organizada»)?

199. Este es evidentemente un problema capital en todo el régimen de los crímenes y no solamente en el régimen de las medidas armadas encaminadas a obtener la cesación. Se plantea, como ya se ha dicho, en relación con varias consecuencias «sustantivas» y afecta a todas las consecuencias «adjetivas» siempre que el régimen de los crímenes internacionales de los Estados entrañe la posibilidad de una competencia de la «comunidad internacional en su conjunto» (o de la «comunidad internacional organizada»).

200. Extendiendo el análisis desde la esfera particular de las medidas armadas consideradas hasta ahora a la esfera más amplia de las contramedidas en general, trataremos ahora de determinar las facetas de este problema «subjetivo-institucional».

201. La práctica ofrece más de un ejemplo de Estados lesionados que se han enfrentado con las consecuencias de una violación muy grave —especialmente de una violación en curso—, no de forma «inorgánica» (*ut singuli*), sino mediante la intervención de un órgano internacional perteneciente a un «sistema» del que también es miembro el Estado autor del hecho ilícito. Esto es especialmente cierto por lo que se refiere a los órganos de las Naciones Unidas y en particular, en lo que respecta a la adopción de medidas, al Consejo de Seguridad. En este informe sólo nos referiremos a unos cuantos ejemplos de una extensa práctica que será examinada con más detenimiento en el próximo informe, en el que, gracias a las orientaciones que esperamos recibir de la Comisión, trataremos de responder a los problemas que aquí se exponen.

202. Baste aludir, por el momento, a los siguientes casos de reacción «orgánica» a violaciones de carácter muy grave:

a) Por lo que respecta a la adopción de medidas armadas: la resolución 221 (1966) del Consejo de Seguridad de 9 de abril de 1966, por la que éste otorgó su consentimiento al uso de la fuerza por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para hacer efectivo el embargo contra Rhodesia del Sur; y las resoluciones 665 (1990) y 678 (1990) del Consejo de Seguridad de 25 de agosto y 29 de noviembre de 1990, respectivamente, por las que se aprobó igualmente el uso de la fuerza contra el Iraq como «agresor» de Kuwait;

b) Por lo que respecta a la adopción de medidas que no implican la utilización de la fuerza: las resoluciones 180 (1963) y 183 (1963) del Consejo de Seguridad de 31 de julio y 11 de diciembre de 1963, respectivamente, por las que se instaba a la aplicación de un embargo del comercio de armas contra Portugal por la política de represión seguida por este país para con sus colonias; las resoluciones 232 (1966) de 16 diciembre de 1966 y 253 (1968) de 29 de mayo de 1968, del Consejo de Seguridad, por las que se impuso un embargo económico contra Rhodesia del Sur; la resolución 418 (1977) del Consejo de Seguridad de 4 de noviembre de 1977, por la que se impuso un embargo de armas contra Sudáfrica por causa de su política de apartheid; la resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad de 31 de marzo de 1992, por la que se impuso un embargo de armas y un bloqueo de las comunicaciones aéreas contra la Jamahiriya Árabe Libia debido a su participación en actividades terroristas; y la resolución 757 (1992) del Consejo de Seguridad de 30 de mayo de 1992, por la que se decidió una serie de medidas económicas contra la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

203. Son muchos los sectores que invocan los precedentes del tipo de los citados en el párrafo 202 *supra* para mantener la tesis de que la competencia para la adopción de sanciones contra delitos internacionales particularmente graves no pertenece ni debe pertenecer a los Estados *ut singuli*. Esa competencia, según tales sectores, pertenece o más bien debe pertenecer *de lege lata* —o *de lege ferenda*— a la llamada «comunidad internacional organizada», tal y como está representada por las Naciones Unidas y, concretamente, por el Consejo de Seguridad como órgano de las Naciones Unidas dotado de mayores poderes de acción<sup>290</sup>.

204. Una respuesta bien pensada desde el punto de vista jurídico a esta cuestión con fines de codificación o desarrollo progresivo de las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales de los Estados tal y como se definen en el proyecto de artículo 19 de la primera parte (nos referimos, por supuesto, a una respuesta *juridica* bien pensada y no a simples constataciones de lo que

<sup>290</sup> Para la doctrina pertinente, veanse notas 254 a 268 *supra*. En la CDI comparten esta opinión el Sr. Ago (*Anuario* 1976, vol. I, 1371<sup>a</sup> sesión, párrs. 29 a 33), el Sr. Yassen (*ibid.*, 1372<sup>a</sup> sesión, párrs. 16 a 19); el Sr. Sette Câmara (*ibid.*, 1373<sup>a</sup> sesión, párrs. 7 a 10), el Sr. Vallat (*ibid.*, párrs. 14 a 16), el Sr. Martínez Moreno (*ibid.*, párrs. 23 a 25); el Sr. Ramangasoavina (*ibid.*, 1374<sup>a</sup> sesión, párrs. 24 a 26); el Sr. Kearney (*ibid.*, párrs. 29 a 39); el Sr. Tsuruoka (*ibid.*, párrs. 1 a 4), el Sr. Rossides (*ibid.*, párrs. 27 a 34); el Sr. Ustor (*ibid.*, párrs. 40 a 44), el Sr. El-Enan (*ibid.*, 1376<sup>a</sup> sesión, párrs. 1 a 13) y el Sr. Bilge (*ibid.*,

hasta ahora pueda haber ocurrido en relación con determinados actos o situaciones) requeriría un análisis de problemas situados en el ápice mismo del sistema legal internacional. Esos problemas van desde la naturaleza de la comunidad internacional y el sistema interestatal, así como el concepto de «comunidad internacional organizada», hasta la naturaleza de las Naciones Unidas y las funciones y poderes de sus órganos. Considerando principalmente lo difícil y delicado de cuestiones de tal magnitud jurídica y política, así como su propia incapacidad para resolverlos sobre la base «simplista» que consistiría en una identificación del derecho con los hechos, el Relator Especial ha preferido abstenerse de presentar propuesta alguna sobre las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados antes de recabar a este respecto orientaciones de la Comisión. Lo único que puede tratar de hacer por el momento, en este campo más que en ningún otro, es identificar las cuestiones principales sobre las que debe versar el debate.

205. Dejando de lado por el momento los problemas más generales, la cuestión central es la de saber si, y hasta qué punto, las distintas funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas en la esfera del derecho internacional reguladas por el proyecto de artículo 19 de la primera parte son (*de lege lata*) o debiera hacerse que sean (*de lege ferenda*) adecuados para el tratamiento de las consecuencias de los «crímenes» internacionales de los Estados. Sólo una vez resueltos esos problemas sería posible determinar:

a) *De lege lata*, si, y hasta qué punto, las funciones y poderes actuales de los órganos de las Naciones Unidas o de alguno de ellos (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Corte Internacional de Justicia, etc.) son suficientes para hacer frente a delitos internacionales del tipo de los regulados por el artículo 19 de la primera parte, es decir para la determinación de la existencia, la atribución y las consecuencias de esos delitos;

b) *De lege ferenda*, si, y en qué sentido, los poderes y funciones actuales de dichos órganos deben ser legalmente ajustados a tareas concretas tales como la determinación de la existencia, la atribución y las consecuencias de los hechos ilícitos internacionales de que se trata;

---

párrs. 14 a 18). Declaraciones más recientes sobre esta cuestión en la Comisión son las siguientes: el Sr. Evensen (*Anuario... 1982*, vol. I, 1733.<sup>a</sup> sesión, párr. 17); el Sr. Oushakov (*ibid.*, 1736.<sup>a</sup> sesión, párrs. 33 a 35 y 1737.<sup>a</sup> sesión, párrs. 25 y 26); el Sr. Yankov (*ibid.*, 1737.<sup>a</sup> sesión, párr. 12); el Sr. Flitan (*Anuario... 1983*, vol. I, 1773.<sup>a</sup> sesión, párrs. 2 y ss.); el Sr. Al-Qaysi (*ibid.*, 1775.<sup>a</sup> sesión, párrs. 1 a 6); el Sr. Balanda (*ibid.*, párrs. 17 y ss.); el Sr. Jagota (*ibid.*, 1777.<sup>a</sup> sesión, párrs. 1 y ss.); el Sr. Koroma (*ibid.*, párrs. 19 a 21); el Sr. Barboza (*ibid.*, párr. 47) y el Sr. McCaffrey (*ibid.*, 1779.<sup>a</sup> sesión, párr. 27). Manifestaron dudas acerca de la legalidad y la oportunidad política de hacer uso del mecanismo establecido por la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el Sr. Castañeda (*Anuario... 1976*, vol. I, 1402.<sup>a</sup> sesión, párr. 27); el Sr. Reuter (*ibid.*, párr. 63, y *Anuario... 1984*, vol. I, 1861.<sup>a</sup> sesión, párr. 13) y el Sr. Malek (*ibid.*, 1866.<sup>a</sup> sesión, párr. 13). Entre los Estados, manifestaron opiniones similares el Japón (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión*, párr. 8), Australia (*ibid.*, 27.<sup>a</sup> sesión, párr. 20) y España [*Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/351 y Add.1 a 3, apartado a del párrafo 4].

c) Ya sea *de lege lata* o *de lege ferenda*, más particularmente, hasta qué punto tales funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas afectan o deberían afectar a las facultades, los derechos o las obligaciones de los Estados de reaccionar ante cualquiera de esos hechos ilícitos internacionales, ya sustituyendo a esas reacciones individuales, ya legitimando, coordinando, imponiendo o condicionando de cualquier otra forma tales reacciones individuales.

206. Por lo que se refiere a la primera cuestión (apartado a del párrafo 205 *supra*), sería preciso determinar si de la Carta de las Naciones Unidas o de cualquier norma ulterior de derecho internacional consuetudinario puede deducirse la competencia de los órganos de las Naciones Unidas (o de alguno de ellos) para ocuparse de los delitos a que se refiere el artículo 19 de la primera parte. Hay que subrayar, sin embargo, que de lo que se trata no es simplemente de saber si los órganos de las Naciones Unidas han adoptado de hecho alguna medida (decisión, recomendación o medidas más concretas) en relación con el comportamiento de un Estado, del tipo indicado en el párrafo 3 de dicho artículo. De lo que se trata es, *de lege lata*, de averiguar si algún órgano de las Naciones Unidas ha ejercido, basándose en alguna norma (escrita o no escrita), la función concreta de determinar que tal comportamiento ha existido y que constituye un crimen de uno o más Estados determinados, y de establecer además la responsabilidad del Estado o los Estados de que se trate y de aplicar o contribuir a aplicar las sanciones correspondientes. Sólo sobre esa base podrá averiguarse si ya está prevista *de lege lata* una respuesta legalmente organizada a los crímenes internacionales de los Estados por parte de las estructuras actuales de la llamada «comunidad internacional organizada».

207. Si se combinan los distintos tipos de crímenes internacionales a que se refieren los apartados a, b, c y d del párrafo 3 del artículo 19, por una parte, con las funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas, por otra, se aprecia la dificultad de contestar a la primera pregunta. Por eso, y teniendo en cuenta el propósito de la presente sección, nos limitaremos a citar unos cuantos ejemplos de una lista que podría ser mucho más larga.

208. *Ratione materiae*, la Asamblea General, que es el órgano más representativo del sistema interestatal, es indudablemente, con arreglo a la Carta, el órgano competente para la función de promoción y protección de los derechos humanos y de la libre determinación de los pueblos<sup>291</sup>. Al mismo tiempo, la Asamblea General no ha sido dotada por la Carta de poderes suficientes para enfrentarse adecuadamente con violaciones de los derechos humanos y de la libre determinación de los pueblos tales como las previstas en los apartados b, c y d del párrafo 3 del

<sup>291</sup> Con arreglo al inciso b del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta:

«1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

[...]

artículo 19. En esos sectores, la Asamblea sólo puede promover la adopción de instrumentos no vinculantes, crear órganos subsidiarios y, en términos más generales, hacer recomendaciones a todos los Estados o a algunos de ellos. A lo más que puede llegar es a recomendar al Consejo de Seguridad una «intervención» basada en el Capítulo VII de la Carta.

209. Parecería, por lo tanto, que en lo que respecta, en especial, a hechos ilícitos del tipo de los que se trata en los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 3 del artículo 19, la Asamblea General no puede ir más allá de declaraciones no vinculantes de ilegalidad y atribución, y de recomendaciones, no vinculantes tampoco, de reacción por parte de los Estados o del Consejo de Seguridad<sup>292</sup>. Dejamos de lado, por el momento, el crimen a que se refiere el apartado *a* del artículo 19, cuestión en la que la competencia principal no reside evidentemente en la Asamblea General.

210. El Consejo de Seguridad, por su parte, es competente *ratione materiae* en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y las facultades de que dicho Consejo está dotado en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VII y los Artículos 24 y 25 de la Carta son de hecho, en principio, de tal naturaleza que le permiten adoptar, directa o indirectamente —pero con el propósito, en todos los casos, de que sean efectivas— medidas económicas, políticas o militares de reacción contra, ante todo y sobre todo, el atentado más grave contra la paz, que es la agresión, que se define como «crimen» en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 19. En segundo lugar, el Consejo puede reaccionar mediante la adopción de dichas medidas contra cualquier otro «crimen» de los previstos en los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 3 del artículo 19 que, aunque *ratione materiae* sean de la competencia de la Asamblea General, pueden entrar dentro del ámbito de las facultades del Consejo en cualquiera de las hipótesis que se establecen en el Artículo 39 de la Carta («amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión»).

(Continuación de la nota 291)

»b fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»

Por su parte, el Artículo 55, leído en relación con el Artículo 60 de la Carta, atribuye a la Asamblea General la competencia principal en materia de cooperación internacional económica y social,

«Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos»

Acerca del papel principal de la Asamblea General en estas cuestiones, veanse, entre otros, *Die Charta der Vereinten Nationen Kommentar* (publicado bajo la dirección de B. Simma), pag. 319, Goodrich, Hambro y Simons, *Charter of the United Nations Commentary and Documents*, págs. 453 y ss., y Guarino, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*

<sup>292</sup> No es muy seguro que puedan sacarse conclusiones contrarias de episodios tan conocidos como la revocación del mandato sobre África Sudoccidental (Namibia) o la resolución 377 (V) de la Asamblea General «Unión pro paz»

211. Ningún jurista dejará de advertir, sin embargo, que el Consejo de Seguridad está facultado para enjuiciar discrecionalmente cualquier situación que suponga una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, con miras a mantener o a restablecer la paz y la seguridad internacionales. El Consejo no tiene ni la función constitucional ni los medios técnicos necesarios para determinar, basándose en las leyes, la existencia, la atribución o las consecuencias de ningún hecho ilícito, ya se trate de «delito» o de «crimen». La competencia del Consejo para pronunciarse discrecionalmente sobre la existencia de una de esas situaciones se limita, en principio, a los propósitos de los Artículos 39 y siguientes del Capítulo VII de la Carta. Ni ese Capítulo ni las demás disposiciones pertinentes de la Carta parecen incluir la evaluación de la responsabilidad excepto en lo concerniente a la determinación de la existencia y la atribución de un acto de agresión.

212. Estas consideraciones no resuelven, sin embargo, enteramente la cuestión de la competencia del Consejo de Seguridad. Aunque este órgano no ha recibido de los autores de la Carta la tarea de determinar, atribuir y sancionar los graves hechos ilícitos de que se trata, ahora es posible que la situación haya cambiado. Cabe preguntarse, en particular, si la práctica más reciente no indica que la esfera de competencia del Consejo ha experimentado, desde la superación del callejón sin salida que caracterizaba anteriormente al funcionamiento de este órgano, una evolución relacionada precisamente con la «reacción organizada» ante ciertos tipos de delitos internacionales particularmente graves. Nos referimos a algunas resoluciones recientes del Consejo que no parecen fáciles de justificar sobre la base de los poderes que expresamente le atribuye la Carta. Entre esas resoluciones figuran en particular la resolución 687 (1991) de 3 de abril de 1991, al menos en lo que se refiere a la imposición al Iraq de reparaciones por «daños de guerra» y a las modalidades de evaluación y pago de esas reparaciones; la resolución 748 (1992) de 31 de marzo de 1992, en la que los conocidos requisitos del Artículo 39 se interpretan de forma tan amplia que permiten la adopción de medidas contra la Jamahiriya Árabe Libia por no haber concedido, sin razón suficiente, la extradición de los presuntos autores de un acto terrorista; y la resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993, sobre la creación de un tribunal internacional *ad hoc* para la persecución y enjuiciamiento de los crímenes cometidos por miembros de las distintas facciones actualmente en conflicto en el territorio de la ex Yugoslavia<sup>293</sup>.

213. Para poder afirmar que esta práctica está de acuerdo o en contradicción con la creación o consolidación de la competencia del Consejo de Seguridad en la esfera de la responsabilidad de los Estados por crímenes cometidos

<sup>293</sup> La apreciación de esta práctica reciente del Consejo de Seguridad ha sido ya objeto de la atención de los autores. Recordamos, en particular, a Cotterau, «De la responsabilité de l'Irak selon la résolution 687 du Conseil de Sécurité», Maruhn, «The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Iraq

(conclusión que sería problemática) habría que esgrimir argumentos convincentes que demostrasen que se trata de una práctica «jurídicamente decisiva». Habría que demostrar en particular que la práctica de que se trata es una práctica *de lege ferenda*, ya en el marco del sistema de la Carta (el llamado derecho de las Naciones Unidas), ya en el del derecho internacional general. Concretamente, habría que probar que esa práctica constituye, por decirlo así, una aplicación «fisiológica» de la doctrina de los «poderes implícitos» a la acción del Consejo, o refleja una norma consuetudinaria más o menos «insistente» o un acuerdo tácito aceptado o adoptado por los Estados Miembros de las Naciones Unidas y suficiente como tal para desviarse de las disposiciones escritas de la Carta. En este último caso sería asimismo necesario poder indicar y demostrar, por supuesto, el contenido preciso que habría asumido esa norma apartándose de la Carta.

214. El único órgano permanente que actualmente posee, en principio, la competencia y los medios técnicos necesarios para determinar la existencia, la atribución y las consecuencias de un acto internacionalmente ilícito, con inclusión, posiblemente, de los crímenes de los Estados, es la Corte Internacional de Justicia. Es, en efecto, función de dicha Corte «decidir conforme al derecho internacional» (párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto); y sus fallos —relativos, en nuestro caso, a la existencia y las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito— son «obligatorio[s] [...] para las partes» en litigio (Artículo 59 del Estatuto). Estas dos características de la función de la Corte —para no referimos a su composición— harían de la Corte un órgano más adecuado que otros de las Naciones Unidas. Hay, sin embargo, dos grupos de dificultades importantes planteadas, entre otras cosas, por otras características del sistema de la CIJ, tal y como está actualmente concebido.

215. El primer grupo de dificultades proviene del carácter esencialmente voluntario del sometimiento de cualquier Estado al ejercicio de las funciones de la CIJ, sometimiento que sólo marginalmente (por ejemplo para la determinación de cuestiones preliminares) representa una consecuencia *directa* de la participación del Estado de que se trate en el Estatuto. Para que la Corte estuviera facultada para ejercer su jurisdicción en el caso de un crimen, su competencia tendría que basarse en la previa aceptación por el presunto autor de ese crimen de la jurisdicción de la Corte en términos tales que permitieran a uno o varios de los Estados lesionados, con inclusión

—es de suponer— de los llamados Estados «indirectamente lesionados», demandar unilateralmente al presunto autor del hecho ilícito ante la Corte. Esta condición se daría, ya en virtud de la aceptación por *todos los Estados* de la llamada «cláusula facultativa» del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto, ya en virtud del hecho de que el Estado o los Estados lesionados que tomen la iniciativa sean partes, juntamente con el presunto autor del hecho ilícito, en instrumentos bilaterales, por otra parte subjetivamente limitados, que prevean la posibilidad de aplicación unilateral. Aparte de esas dos soluciones, el único procedimiento para facultar a la Corte para pronunciarse sería la improbable aceptación *ad hoc* de su jurisdicción por el presunto autor del hecho ilícito.

216. Un segundo grupo de dificultades —para limitarlos a las más visibles— es la ausencia casi total, si se exceptúa la CIJ, de órganos jurídicamente facultados para:

a) Investigar los hechos que, de darse, demostrarían, con carácter preliminar, la existencia de un hecho internacionalmente ilícito y su atribución;

b) Desempeñar el papel de «fiscal» para someter el asunto a la Corte; y

c) Determinar las «sanciones» y asegurar la aplicación del fallo presuntamente «penal» de la Corte (si se exceptúa la función que atribuye al Consejo de Seguridad el Artículo 94 de la Carta).

217. En particular, la aplicación de la responsabilidad de cualquier Estado determinada por la CIJ escaparía a cualquier control, por así decirlo, de ésta. Cualquier «sanción» que no sea la simple decisión sobre la existencia de la violación y su atribución tendría que ser determinada y aplicada, ya por la parte o las partes lesionadas, ya mediante la acción discrecional de otros órganos de las Naciones Unidas.

218. Pasamos así a la cuestión de si, y en qué sentido, las funciones y poderes actuales de los órganos de las Naciones Unidas deberían o podrían ser legalmente ajustados a tareas tan específicas como la determinación de la existencia, la atribución y las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados (véase apartado *b* del párrafo 202 *supra*). Aunque esta es la cuestión acerca de la cual más necesitaríamos las directrices de la Comisión, nos permitimos hacer algunas sugerencias sobre una participación posiblemente mayor del Consejo de Seguridad en la «reacción organizada» a los crímenes de los Estados.

219. Como es bien sabido, el Consejo de Seguridad es un órgano de composición restringida en el que algunos miembros gozan de una condición privilegiada en lo tocante a una posible acción colectiva. Cabe preguntarse, por lo tanto, si, de ser cierto que la «comunidad internacional en su conjunto» es competente para sancionar los crímenes de los Estados, es el Consejo de Seguridad, tal como está actualmente constituido y tal como actualmente funciona, realmente capaz de dar expresión, en sus deliberaciones, a la «voluntad» de esa comunidad.

220. El Consejo de Seguridad es un órgano político al que se ha confiado la función esencialmente política del

---

by the Security Council», Weller, «The Lockerbie case: A premature end to the “New World Order”?», Tomuschat, «The Lockerbie case before the International Court of Justice», Reisman, «The constitutional crisis of the United Nations», Bedjaoui, «Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité», Gaja, «Reflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial — A propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des Etats» Véase también *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios—New Law?*, *Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law, March 25 to 27, 1992* (publicado bajo la dirección de J. Delbrück), que contiene estudios y comentarios de Reisman, Farer, Rubin y Schreuer

mantenimiento de la paz. Esto tiene una serie de consecuencias que pueden resumirse como sigue:

a) El Consejo actúa con un grado muy elevado de discrecionalidad. No actúa necesariamente ni de manera regular en todas las situaciones que parecerían requerir el ejercicio de su competencia. Por el contrario, actúa de una manera muy selectiva;

b) El Consejo no está obligado a utilizar criterios uniformes en situaciones que pueden parecer muy similares. En consecuencia, crímenes del mismo tipo y gravedad que otros pueden ser tratados de manera diferente o no tratados en absoluto;

c) La naturaleza misma de las determinaciones del Consejo parece excluir toda obligación por su parte de motivar sus decisiones o su acción o inacción. El carácter discrecional y posiblemente arbitrario de las decisiones del órgano se ve acentuado así por el hecho de que la falta de motivación excluye la verificación simultánea o subsiguiente de la legitimidad de sus decisiones.

221. Dichos rasgos problemáticos son quizá aceptables —aunque no sin reservas— como inconvenientes inevitables de la prevención y represión de la agresión y otros quebrantamientos graves de la paz. En tales hipótesis, en las que es indispensable una reacción a tiempo, se puede aceptar sacrificar en cierta medida la evaluación objetiva de toda culpa y responsabilidad a la necesidad imperiosa de salvaguardar la paz, reducir el derramamiento de sangre y la destrucción y mantener un mínimo grado de orden. Hay una gran proximidad aquí con respecto a aquella función que es típica de la legítima defensa (*vim vi repellere*) y se puede aceptar, a falta de mejor solución, que la *vis* del órgano político se despliegue sin las garantías de un proceso judicial que es inevitablemente problemático y sobre todo demasiado lento.

222. Sea como fuere en lo que respecta a la agresión, lo acertado de confiar demasiado en órganos políticos para hacer efectiva la responsabilidad por los crímenes de los Estados resulta sumamente discutible con respecto a las demás hipótesis previstas en el párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte. Delitos como los descritos en los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 3 se han de afrontar —al menos *de lege ferenda*— por medios judiciales. La historia del derecho penal en las sociedades nacionales muestra que una vez que la represión de los delitos se confía a órganos más o menos centralizados, la acción de esos órganos se caracteriza casi invariablemente por rasgos como:

a) La sujeción al régimen de derecho, procesal y sustantivo, no tolerándose normalmente en una sociedad civilizada ninguna disposición de derecho penal especial ni tribunales extraordinarios o «especiales»;

b) El desarrollo regular, continuo y sistemático de la acusación penal y el juicio, como demuestra sobre todo el carácter obligatorio de la acción de las instituciones de derecho penal;

c) La imparcialidad —o «no selectividad»— de esa acción con respecto a los pronunciamientos de los tribunales penales pero también y sobre todo con respecto a la

investigación y enjuiciamiento de cualquier crimen del que se tenga conocimiento.

223. Por las razones expuestas en los párrafos que preceden, la acción del Consejo de Seguridad no parece ser de tal naturaleza —dados las características destacadas del órgano y su modo de acción— que satisfaga las exigencias elementales pero fundamentales de la justicia penal a que se ha hecho referencia. Si la Comisión sugiriera en su proyecto —*de lege ferenda*— que la principal tarea de la aplicación de la «reacción organizada» de la comunidad internacional a los crímenes de los Estados sigue correspondiendo al Consejo de Seguridad, tendría que idear los medios de reducir las graves lagunas que representan dichos factores<sup>294</sup>.

224. Otra cuestión sobre la cual es deseable la orientación de la Comisión es la relativa al tipo de disposiciones sobre arreglo de controversias que se han de incluir en la tercera parte del proyecto para abarcar las controversias nacidas en relación con un crimen de un Estado. Esta cuestión, tratada en el apartado *b* del artículo 4 de la tercera parte propuesta por el Sr. Riphagen en 1985 y 1986<sup>295</sup>, no queda regulada en los proyectos de artículos de la tercera parte (y anexo a la misma) propuestos en el párrafo 106 *supra*. La Comisión debe considerar la posibilidad de mejorar la propuesta del Sr. Riphagen sobre la materia.

225. La última cuestión (apartado *c* del párrafo 205 *supra*) es la relación entre la reacción de la «comunidad organizada» a través de órganos internacionales, por una parte, y las reacciones individuales de los Estados, por otra. Ciertamente el reconocimiento *de lege lata* o la propuesta *de lege ferenda* de una competencia de la «comunidad organizada» para adoptar medidas contra un «Estado criminal» plantea el problema de armonizar el ejercicio de esa competencia con la aplicación de las medidas (sean muchas o pocas, armadas o no) que todos o algunos de los Estados lesionados podrían tener derecho a

<sup>294</sup> Algunos de los comentaristas de la práctica reciente del Consejo ya mencionados prevén una serie de correctivos a los actuales procedimientos de decisión del Consejo de Seguridad, con especial referencia a la función de ese órgano en la «reacción organizada» contra violaciones graves (pero veanse también las propuestas menos recientes formuladas por los autores citados en las notas 263 y 264 *supra*). Algunos autores proponen, por ejemplo, recurrir a *avis preventifs* de la Corte Internacional de Justicia antes de que intervenga el Consejo de Seguridad (*The Future of International Law Enforcement New Scenarios—New Law?*, *Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law, March 25 to 27, 1992*, pag 145, y Klein, «Paralleles Tätigwerden von Sicherheitsrat und Internationalen Gerichtshof bei friedensbedrohenden Streitigkeiten», pags 481 y ss.) También sugiere una contribución más sustancial de la Corte Internacional de Justicia para el control de la legalidad de la acción del Consejo de Seguridad (mediante una ampliación de la competencia de la Corte *ratione personae* o *ratione materiae*) Bedjaoui (*loc cit* pags 88 y ss.) Otros autores proponen en cambio un papel más incisivo de la Asamblea General. En este sentido, veanse Rezek, discurso pronunciado el 2 de julio de 1991 en la undécima Conferencia en memoria de Gilberto Amado, teniendo como tema «Le droit international, la diplomatie et l'Organisation des Nations Unies a la fin du XX<sup>e</sup> siècle», y Reisman, *loc cit*. Este último propone la creación de un comité especial de la Asamblea General.

<sup>295</sup> Véase nota 2 *supra*.



adoptar unilateralmente (*ut singuli* o mediante acuerdos regionales) contra un determinado crimen. Dejando aparte casos bien conocidos de agresión (y consiguiente legítima defensa), ha habido no pocos casos en que se han adoptado (no siempre de una manera ordenada) medidas «institucionalizadas» (originadas en organizaciones universales o regionales) y medidas decididas unilateralmente por Estados individuales o grupos de Estados en reacción al mismo crimen. Bastarán dos ejemplos: uno se refiere a las sanciones contra Sudáfrica<sup>296</sup> y el otro a las medidas contra la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) decididas por el Consejo de Seguridad en virtud de sus resoluciones 757 (1992) y 781 (1992) de 30 de mayo y 9 de octubre de 1992, y otros órganos e individualmente por algunos Estados<sup>297</sup>. También esos casos plantean múltiples y difíciles cuestiones.

##### 5. MEDIDAS QUE NO IMPLICAN EL USO DE LA FUERZA. EL PROBLEMA DE LA ATENUACION DE LOS LIMITES DEL RECURSO A LAS CONTRAMEDIDAS

226. El recurso a las medidas que no implican el uso de la fuerza en reacción a un crimen, a diferencia de la adopción de medidas que implican el uso de la fuerza, no plantea cuestiones de admisibilidad; esas cuestiones generalmente se resuelven en sentido afirmativo con respecto a cualquier violación *erga omnes*. Más bien el problema que surge en este caso es el de la posible *agravación* de las medidas tomadas como reacción a crímenes (en comparación con los delitos). Esa agravación podría ser consecuencia de la supresión o la atenuación de las condiciones o limitaciones a las que está sujeto el recurso a las contramedidas como reacción frente a hechos ilícitos ordinarios (delitos). Nos referimos a las condiciones y limitaciones «sustantivas» y «de procedimiento».

227. Por lo que respecta a los límites «de procedimiento», a saber condiciones como las descritas o implícitas en los artículos 11 y 12 de la segunda parte del proyecto pro-

puestas en 1992<sup>298</sup>, se plantea en particular la cuestión de si, en el caso de los crímenes, el recurso a las contramedidas no es o no debe ser admisible aun cuando no haya una notificación previa y antes de la aplicación de los procedimientos disponibles de arreglo de controversias. Ciertamente puede ser dudoso que, para los crímenes, en contraste con el caso de las violaciones «ordinarias», la necesidad de cumplir esos requisitos preliminares deba seguir existiendo como parecen estimar algunos<sup>299</sup>. Un caso reciente de adopción de medidas verdaderamente repentinas se produjo a raíz de la invasión de Kuwait por el Iraq. No menos de 15 Estados adoptaron medidas económicas por su cuenta pocos días después de la invasión, antes de que se hiciese intento alguno de resolver la cuestión por medio de mecanismos de solución de controversias. Esas medidas precedieron incluso a la adopción de medidas por el propio Consejo de Seguridad<sup>300</sup>.

228. Una primera cuestión que se plantea en este caso es si el presunto régimen «especial» de los crímenes no es en realidad atribuible a la naturaleza particular de las medidas previstas, por ejemplo «medidas provisionales» o cualesquiera otras medidas admisibles incluso por meros delitos en cuanto que son compatibles con el recurso simultáneo o subsiguiente a procedimientos de solución amistosa<sup>301</sup>, o a la situación concreta provocada en el caso particular por la violación, por ejemplo un estado de necesidad o una situación de *détresse*, es decir circunstancias que excluyen la ilicitud independientemente de la existencia de un crimen o incluso de un delito.

229. En segundo lugar, si se comprobase que el recurso a las contramedidas en el caso de los crímenes está sujeto a condiciones «de procedimiento» atenuadas o mínimas, también sería necesario determinar si esto se aplica a todo tipo de crímenes o sólo a ciertos tipos: por ejemplo los que tienen un carácter continuado y están desarrollándose aún o los que violan principios de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

230. Por lo que respecta a las limitaciones «sustantivas», su posible atenuación parece concebible con respecto a la admisibilidad:

a) De medidas extremas de carácter económico o político;

b) De medidas que afecten a la independencia, la soberanía o la jurisdicción interna del autor del hecho ilícito;

<sup>296</sup> Numerosos Estados y organizaciones internacionales adoptaron medidas económicas contra ese país durante el decenio de 1980, en reacción a su política de apartheid (veanse, por ejemplo, las medidas decididas por la Comunidad Europea, en ILM, vol XXIV, N° 5, 1985, pag 1479, y las medidas de los Estados escandinavos, el Canadá, Francia, el Japon, los Estados Unidos de America, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Israel y Kenya, en RGDIP, «Chronique », t LXXX-1986, pags 173 y ss, e *ibid*, t LXXXI-1987, pag 587 y pags 916 y 917) El Consejo de Seguridad, en su resolución 569 (1985) de 26 de julio de 1985, aprovecho la oportunidad para felicitar a los Estados que han adoptado ya medidas voluntarias contra el Gobierno de Pretoria y los insto a que adoptasen nuevas disposiciones e invito a los que todavia no lo habian hecho a que siguieran su ejemplo

<sup>297</sup> Con respecto a las medidas adoptadas por la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia, celebrada en Londres (26 y 27 de agosto de 1992), vease ILM, vol XXXI, N° 6, 1992, pags 1539 y ss Cabe recordar a este respecto el parrafo 4 de la resolución 770 (1992) del Consejo de Seguridad, de 13 de agosto de 1992, en la que este pide a los Estados que presenten al Secretario General informes sobre las medidas que tomen en coordinacion con las Naciones Unidas para poner en practica lo dispuesto en la citada resolución

<sup>298</sup> Vease nota 153 *supra*

<sup>299</sup> Vease, sobre esta cuestion, el parrafo 3 del comentario al articulo 30 de la primera parte del proyecto [*Anuario 1979*, vol II (segunda parte), pag 138] Veanse tambien los autores mencionados en las notas 234 a 236, 248 y 249 *supra*

<sup>300</sup> Vease *The Kuwait Crisis Sanctions and their Economic Consequences*, publicado bajo la direccion de D L Bethlehem, primera parte, *Cambridge International Document Series*, vol 2, 1991, pag xxxiii

<sup>301</sup> Veanse los apartados b y c del parrafo 2 del proyecto de articulo 12 [cuarto informe, *Anuario 1992*, vol II (primera parte) (nota 79 *supra*), parr 52]

- c) De medidas que afecten a «terceros» Estados;
- d) De medidas «punitivas».

En los párrafos que siguen se ilustran brevemente estas cuatro posibilidades.

231. Por lo que respecta al punto *a*, una atenuación importante podría aplicarse a las medidas coercitivas de carácter económico o político. Es cierto que con respecto a un Estado que ha cometido un simple delito no es permisible recurrir a medidas de estrangulamiento económico, pero ¿es esto igualmente cierto con respecto a un Estado que ha cometido un crimen, especialmente si no desiste de la conducta ilícita?

232. La práctica internacional no carece de indicaciones que muestran una configuración más severa de medidas económicas en el caso de los crímenes. Basta recordar las resoluciones 661 (1990), 665 (1990) y 670 (1990) del Consejo de Seguridad, de 6 de agosto, 25 de agosto y 25 de septiembre de 1990, respectivamente, relativas a las graves medidas económicas aplicadas contra el Iraq, y las resoluciones 713 (1991), 757 (1992) y 787 (1992), de 25 de septiembre de 1991, 30 de mayo y 16 de noviembre de 1992, respectivamente, relativas a las medidas económicas contra la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

233. Por lo que respecta al punto *b*, otra atenuación podría aplicarse a la prohibición de medidas que afecten a la independencia, la soberanía o la jurisdicción interna del Estado autor del hecho ilícito. Ejemplos podrían ser formas de injerencia directa en las relaciones comerciales del Estado objetivo y la sujeción a la jurisdicción personal de los funcionarios responsables de ese Estado, estando esos funcionarios en otro caso protegidos por la inmunidad.

234. En este último caso, el problema evidentemente estaría relacionado con el de la responsabilidad individual por crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, lo que hay que hacer es simplemente cerciorarse de que el enjuiciamiento de los autores individuales por los Estados lesionados por un crimen internacional puede considerarse también apropiadamente como una forma legítima de sanción contra el Estado autor<sup>302</sup>.

235. En lo que concierne al punto *c*, otro aspecto alternativo se refiere a la admisibilidad de medidas perjudiciales para los derechos de los Estados distintos del Estado autor de la violación. Como se propuso en el inciso iv) del

apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 14<sup>303</sup>, la legitimación de las contramedidas contra un autor de un hecho ilícito no se extiende en el caso de los delitos a las contramedidas que afectan a terceros Estados. ¿Se puede sobrepasar esa limitación al reaccionar a un crimen? Ciertamente es muy posible que, debido a la interdependencia económica entre los Estados, la adopción de medidas colectivas sea perjudicial no sólo para el Estado autor sino también para los Estados que no tienen relación alguna con la comisión del crimen. ¿Puede esa consideración impedir la adopción de medidas? ¿O bien, simplemente, como mantienen algunos, requiere medidas simultáneas o subsiguientes de «solidaridad» respecto de los Estados «inocentes» afectados?

236. La cuestión se ha planteado más de una vez en el Consejo de Seguridad: en el caso de Rhodesia del Sur, por ejemplo, cuando los Estados Unidos de América recordaron que la adopción de medidas de embargo no debía afectar a los derechos de los Estados vecinos<sup>304</sup>; y más recientemente, cuando China se abstuvo de votar a favor de la resolución 757 (1992) de 30 de mayo de 1992 [que pedía un embargo económico contra la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)] porque consideraba inapropiada la adopción de medidas económicas debido a sus posibles repercusiones sobre terceros Estados<sup>305</sup>. Además, la resolución 253 (1968) del Consejo de Seguridad de 29 de mayo de 1968, que endurecía el embargo contra Rhodesia del Sur, y la resolución 748 (1992) de 31 de marzo de 1992, por la cual el Consejo de Seguridad adoptó medidas económicas contra la Jamahiriya Árabe Libia por participación en actividades terroristas internacionales, parecen favorecer algún tipo de protección de los intereses de los Estados «inocentes»<sup>306</sup>. El problema de los efectos de las sanciones económicas sobre terceros Estados se planteó también en relación con la congelación por los Estados Unidos de América de los

---

artículo III de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid y al artículo 5 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Por lo que respecta al enjuiciamiento en el caso de la responsabilidad individual por violaciones del derecho internacional humanitario, también se ha de señalar a la atención la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, de 22 de febrero de 1993. Después de recordar su anterior petición de cesación («que todas las partes y otros interesados en la ex Yugoslavia y todas las fuerzas militares en Bosnia y Herzegovina pongan fin inmediatamente a todas las violaciones del derecho internacional humanitario y desistan de ellas»), el Consejo decidió que debía establecerse un «tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991».

<sup>303</sup> Véase el cuarto informe del Relator Especial [*Anuario... 1992*, vol. II (primera parte) (nota 79 *supra*), pág. 38].

<sup>304</sup> El representante de los Estados Unidos de América se refería en particular a Zambia (véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, vigésimo primer año*, 1267.<sup>a</sup> sesión, párr. 71).

<sup>305</sup> Véase documento S/PV.3082, de 30 de mayo de 1992, págs. 9 y 10.

<sup>306</sup> Sobre la resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad y el asunto Lockerbie, véanse, en particular, Graefrath, «Leave to the Court what belongs to the Court: The Libyan case»; Arcari, «Le risoluzioni 731 e 738 e i poteri del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace», págs. 932 y ss.; Tomuschat, *loc. cit.*; Sciso, «Può la Corte internazionale di giustizia rilevare l'invalidità di una decisione

<sup>302</sup> Este podría ser el caso del ejercicio de jurisdicción que en otro caso sería «inadmisible» con respecto a un funcionario que fuese el autor material de una conducta que constituyera (o contribuyera a constituir) un crimen internacional del Estado. Indicadores en este sentido podrían hallarse, por una parte, en la jurisprudencia reciente de los tribunales de los Estados Unidos de América [desde el caso *Filatiga c. Peña-Irala*; véase *Federal Reporter, Second Series*, St. Paul (Minn.), vol. 630, 1981, págs. 876 y ss.] aunque esto se refiere a la jurisdicción civil; y, por otra, en las obligaciones —obligaciones primarias— de castigar (o extraditar) a personas responsables de delitos previstas en tratados importantes. Se hace referencia aquí al artículo IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, al

activos iraníes depositados en sucursales extranjeras de bancos de los Estados Unidos<sup>307</sup>.

237. Por lo que respecta al punto *d*, también son concebibles atenuaciones respecto del aspecto «funcional» de las medidas en cuestión. Si bien es cierto que en el caso de delitos menos graves toda finalidad «punitiva» cumple una función secundaria en cuanto que resulta absorbida, a nuestro juicio, por el contenido «sustantivo» de la responsabilidad (cesación, reparación *lato sensu*, garantías de no repetición), ¿no es posible que las medidas adoptadas contra el autor de un «crimen» vayan más allá—como parece sugerir la práctica en algunos casos—de una función estrictamente reparadora? Pensamos en particular, pero no únicamente, en el caso de la agresión.

238. Es casi innecesario recordar, por ejemplo, cómo una vez que se había detenido la invasión de Kuwait por el Iraq y se habían suspendido las hostilidades, los Estados Unidos de América amenazaron repetidas veces y de hecho tomaron medidas contra el Iraq a fin de hacerle cumplir las obligaciones de garantía y reparación impuestas por la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de 3 de abril de 1991. La severidad de esas medidas armadas sería difícil de comprender con la mera perspectiva del cumplimiento de las obligaciones concretas impuestas al Iraq o de la proporcionalidad con un incumplimiento (presunto)<sup>308</sup>. Sin embargo, hay que tener presente que el propio Consejo de Seguridad había decidido en la resolución 687 (1991) «seguir ocupándose de la cuestión» con el fin de poder tomar las medidas que sean necesarias para la aplicación de esa resolución y garantizar la paz y la seguridad en la zona.

239. Además del aspecto «objetivo» considerado hasta ahora respecto de las medidas no armadas y de las armadas hay que abordar el aspecto «subjetivo», más en particular el aspecto «institucional». La única diferencia respecto del problema que plantea la reacción armada reside quizá en la menor «peligrosidad» de las medidas de que se trata y en consecuencia en la menor preocupación por el riesgo de abuso o de acciones *ultra vires*, sea por parte de los Estados lesionados en respuesta unilateral o por parte de órganos que presuntamente representan la «voluntad común» de los Estados o de la comunidad internacional.

240. Sin desarrollar de nuevo este punto detalladamente recordemos que esas cuestiones «subjetivo-institucionales» podrían formularse, con respecto a las medidas no armadas, aproximadamente en los siguientes términos:

*a*) En primer lugar, ¿se aplican las posibles atenuaciones de las limitaciones del recurso a contramedidas «pacíficas» sólo a la «víctima principal» de un crimen (en su caso) o beneficiarían a todos los Estados lesionados en algún sentido? ¿O corresponde más bien *de lege lata*—o debe corresponder *de lege ferenda*—a la «comunidad internacional organizada» toda la utilización de contramedidas en el caso de los crímenes?

*b*) Si existe esa competencia «colectiva»—o debe prevalecer—también con respecto a medidas que no impliquen el uso de las armas, ¿sería una competencia «exclusiva» o sólo una competencia «fundamental»?

*c*) En esta última hipótesis, ¿cómo se coordinaría esta competencia «colectiva» con la facultad residual de acción unilateral por parte de los Estados individuales lesionados (o grupos de Estados lesionados)?

*d*) Finalmente, ¿qué procedimientos «colectivos» o «institucionales» serían adecuados para expresar la «voluntad común» de los Estados?

#### 6. EL PROBLEMA DE LA «OBLIGACION DE REACCIONAR» POR PARTE DE LOS ESTADOS LESIONADOS

241. Una última serie de problemas es la de las posibles obligaciones de los Estados lesionados (por contraposición a sus «facultades») de tomar medidas contra el autor de un crimen internacional. Nos referimos a los tipos de obligaciones destacadas por el Sr. Riphagen<sup>309</sup>, entre las cuales descuellan las obligaciones de no reconocer como «legales y válidos» los actos del Estado autor del hecho ilícito relativos a la comisión de la violación o a las consecuencias de la misma.

242. La práctica internacional muestra que los Estados se sienten con frecuencia llamados a no reconocer los efectos jurídicos de situaciones provocadas por un hecho ilícito, especialmente un acto de agresión. Sin remontarnos a épocas muy lejanas, recordemos la disposición de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>310</sup> en la cual la Asamblea General declara que «no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza», principio posteriormente reiterado por la Asamblea General en la Definición de la agresión<sup>311</sup>. También se recordará la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales<sup>312</sup>. Otro ejemplo es el que constituyen las reiteradas declaraciones de ilegalidad por parte de los Estados y de los órganos internacionales con respecto a las «medidas gubernamentales» israelíes en relación con los territorios ocupados y la ciudad de Jeru-

del Consiglio di Sicurezza<sup>307</sup>», y Bedjaoui, *loc cit*, especialmente pag 106

<sup>307</sup> Véase ILM, vol XX, N° 2, 1981, págs 414 y ss, 769 y ss y 923 y ss

<sup>308</sup> Véase, por ejemplo, la declaración del Presidente Bush de 23 de septiembre de 1991, *United States Department of State Dispatch Bureau of Public Affairs*, vol 2, N° 39, 30 de septiembre de 1991, pag 718

<sup>309</sup> Véase el sexto informe del Sr Riphagen [*Anuario 1985*, vol II (primera parte) (nota 2 *supra*), pag 14, especialmente el artículo 14 y el comentario al mismo]

<sup>310</sup> Véase nota 138 *supra*

<sup>311</sup> Véase nota 252 *supra*

<sup>312</sup> Resolución 42/22 de la Asamblea General, anexo

salén<sup>313</sup>. Bajo el epígrafe de consecuencias de la agresión se han de recordar también las declaraciones de no reconocimiento de los efectos jurídicos de la anexión de Kuwait por el Iraq. Nos referimos en particular a las resoluciones 661 (1990), 662 (1990) y 670 (1990) del Consejo de Seguridad de 6 de agosto, 9 de agosto y 25 de septiembre de 1990, respectivamente, y a las posiciones tomadas por la Organización de la Conferencia Islámica<sup>314</sup>, la Liga de los Estados Árabes<sup>315</sup> y la Comunidad Europea<sup>316</sup>.

243. Por lo que respecta a violaciones distintas de la agresión se han de considerar la resolución 217 (1965) del Consejo de Seguridad de 20 de noviembre de 1965, en la que pide a los Estados que no reconozcan la «autoridad ilegal» del Gobierno racista de Rhodesia; la resolución 264 (1969) del Consejo de Seguridad de 20 de marzo de 1969, sobre acciones de Sudáfrica en Namibia; y la resolución 47/20 de la Asamblea General, adoptada a raíz del golpe de Estado en Haití, en la que se condena la tentativa de sustitución ilegal del Presidente constitucional de Haití y se declara «inaceptable toda entidad resultante de esa situación ilegal».

244. Además del deber de no reconocimiento se hace mención también de la obligación menos delineada de no ayudar o apoyar a los Estados autores de hechos ilícitos a mantener la situación creada por el hecho ilícito. La práctica internacional muestra signos de la posible existencia de una *opinio juris* a favor de un deber de los Estados de no ayudar a un Estado autor de un hecho ilícito a gozar de la preservación de cualesquiera ventajas resultantes de actos de agresión y otras violaciones graves.

<sup>313</sup> Veanse, sobre los territorios árabes y palestinos ocupados en 1967 resoluciones 242 (1967) y 465 (1980) del Consejo de Seguridad de 22 de noviembre de 1967 y 1.º de marzo de 1980, respectivamente; sobre el estatuto de Jerusalén resolución 478 (1980) del Consejo de Seguridad de 20 de agosto de 1980, resolución 35/169 E de la Asamblea General, la declaración de Suiza (Cafisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1980», *Annuaire suisse de droit international*, 1981, en particular pag. 277) y la declaración de los nueve Estados miembros de la Comunidad Europea (*Boletín de las Comunidades Europeas*, vol. 13, N.º 6, 1980, pag. 10), sobre los territorios ocupados en las Alturas del Golan resolución 497 (1981) del Consejo de Seguridad de 17 de diciembre de 1981, resolución ES-9 de la Asamblea General, la declaración del representante de Bélgica en la Asamblea General en nombre de la Comunidad Europea (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período extraordinario de sesiones de emergencia, Sesiones Plenarias, 5.ª sesión*, párrs. 22 a 33), la declaración pertinente del Ministro de Relaciones Exteriores británico (BYBIL, 1983, vol. 53, págs. 532 y ss.), la declaración del Representante Permanente de Francia ante el Consejo de Seguridad (*Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo sexto año*, 2317.ª sesión, párrs. 88 a 92) y la resolución 1990/3 de la Comisión de Derechos Humanos.

<sup>314</sup> Comunicado de la decimonovena Conferencia Ministerial de la Organización de la Conferencia Islámica, de 4 de agosto de 1990 (vease documento S/21448, de 10 de agosto de 1990).

<sup>315</sup> Resolución aprobada por la Conferencia Árabe de Emergencia en la Cumbre, celebrada en El Cairo el 10 de agosto de 1990 (vease documento S/21500, de 13 de agosto de 1990).

<sup>316</sup> Declaración sobre la invasión de Kuwait por el Iraq publicada por los doce Estados miembros de la Comunidad Europea (vease documento A/45/383-S/21444, de 6 de agosto de 1990, anexo) y su declaración, publicada el 10 de agosto de 1990 en la reunión ministerial extraordinaria celebrada en Bruselas (vease documento A/45/409-S/21502, de 13 de agosto de 1990, anexo).

245. Ejemplos de ello son la resolución 269 (1969) del Consejo de Seguridad de 12 de agosto de 1969, en la que se insta «a todos los Estados a que se abstengan de todo trato con el Gobierno de Sudáfrica cuando pretenda actuar en nombre del territorio de Namibia»; la resolución 465 (1980) del Consejo de Seguridad de 1.º de marzo de 1980, en la que pide a todos los Estados que «no presten a Israel asistencia alguna que pueda usarse específicamente en relación con los asentamientos en los territorios ocupados»; y la afirmación más perentoria de la Asamblea General de que incurrirían en «responsabilidad internacional» quienes «suministren a Israel armamentos o ayuda económica que acrecienten su poderío bélico»<sup>317</sup>. Son dignas de mención en relación con la misma situación las declaraciones de la Liga de los Estados Árabes<sup>318</sup>, el Movimiento de los Países No Alineados<sup>319</sup> y la OUA<sup>320</sup>.

246. También es significativo el caso del apoyo militar y financiero proporcionado por los Estados Unidos de América a Sudáfrica en su agresión contra el territorio de Angola y su ocupación de parte del mismo. A las protestas individuales de Angola, Cuba y la Unión Soviética<sup>321</sup> se ha de añadir la reprobación de la Asamblea General, en la que

afirma que la ocupación de Angola meridional por el régimen racista fue facilitada en gran parte por la política practicada por el Gobierno de los Estados Unidos en la región, especialmente por su apoyo a los criminales bandidos armados de la União Nacional para a Independência Total de Angola y por sus políticas de «contacto constructivo» y «vinculación»<sup>322</sup>.

Confirmaciones recientes de una posible *opinio juris* sobre el «deber de no prestar asistencia» son la reiteración de la obligación de no asistencia al Iraq en la resolución 661 (1990) del Consejo de Seguridad de 6 de agosto de 1990 y la decisión del Gobierno checoslovaco (adoptada el 3 de agosto de 1990, antes de la aprobación de dicha resolución) por la que se suspenden «todos los suministros de carácter militar a la República del Iraq». Al mismo tiempo, la República Federal Checa y Eslovaca interrumpió también la entrega de todos los demás elementos que puedan ser utilizados por el Iraq con fines militares<sup>323</sup>.

247. También hay que destacar la tendencia de la Comunidad Europea, cada vez más pronunciada en los últimos años, a suspender los acuerdos de cooperación

<sup>317</sup> Resolución 38/180 E de la Asamblea General.

<sup>318</sup> Resolución del Consejo de la Liga de los Estados Árabes de 11 de junio de 1981.

<sup>319</sup> Comunicado transmitido a las Naciones Unidas el 16 de junio de 1981 (documento S/14544, de 16 de junio de 1981, anexo).

<sup>320</sup> El Consejo de Ministros de la OUA solicitó recientemente a los Estados Unidos que hicieran «todo lo posible por impedir los asentamientos de los judíos migrantes en los territorios palestinos ocupados» [resolución 1277 (LII), julio de 1990].

<sup>321</sup> Vease documentos A/41/218-S/17921, de 14 de marzo de 1986 (anexo) y S/17931, de 20 de marzo de 1986 (anexo).

<sup>322</sup> Resolución 41/35 A de la Asamblea General, párr. 12 de la parte dispositiva.

<sup>323</sup> Vease *The Kuwait Crisis: Sanctions and their Economic Consequences* (nota 300 *supra*), pag. 101.

económica en el caso de violaciones graves y persistentes de los derechos humanos y de los derechos de los pueblos<sup>324</sup>.

248. Asimismo se hace mención general de las obligaciones de los Estados de no obstaculizar la respuesta a un crimen por parte de la «comunidad internacional en su conjunto» y llevar a la práctica las decisiones que pueda adoptar esa comunidad en relación con la sanción de un crimen.

249. Al considerar esas obligaciones por vía de codificación o desarrollo progresivo no se deben pasar por alto dos cuestiones:

a) En primer lugar, hay que ver si los Estados adoptan tales comportamientos en cumplimiento de una obligación «especial» de reaccionar frente a un crimen o simplemente en ejercicio de su facultad de aplicar, contra el Estado autor, contramedidas de carácter o contenido análogos o idénticos;

b) En segundo lugar, en la medida en que esos comportamientos sean (o se hagan) objeto de una obligación debe aclararse si la obligación está prevista en el derecho general de la responsabilidad de los Estados como respuesta a un crimen de un Estado o sólo está indirectamente relacionada con el acaecimiento de un hecho ilícito. En este último caso la obligación podría derivarse de normas «primarias» que establecen obligaciones de cooperación, institucionalizada o no, entre los Estados interesados, obligaciones sin las cuales el hecho de que se produzca el crimen no provocaría la acción común o concertada.

### C.—¿Responsabilidad penal internacional de los Estados, de los individuos o de ambos?

250. Si no fuera por la presencia del artículo 19 en la primera parte cabría suponer que la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional se basa en una dicotomía subyacente, implícita entre una responsabilidad esencialmente «civil» de los Estados, por una parte, y una responsabilidad penal de los individuos, por otra. Esto parecería corresponder aproximadamente —pese a la relatividad de la distinción entre responsabilidad «civil» y «penal»<sup>325</sup>— al ámbito

<sup>324</sup> Véase la resolución aprobada por el Consejo de Europa el 28 de noviembre de 1991 (*Boletín de las Comunidades Europeas*, vol. 24, N° 11, 1991, pag. 125). Véanse también la resolución de la Asamblea Mixta ACP-CE, por la que se suspenden la ayuda y las formas de cooperación con respecto a Haití, y la resolución aprobada por el Parlamento Europeo el 22 de enero de 1993, en la que se pide la misma medida con respecto a Guinea Ecuatorial.

<sup>325</sup> En las notables obras de Spinedi se encuentran observaciones eruditas y que suscitan reflexión sobre esta relatividad (en el derecho interno y en el derecho internacional), principalmente en su acabada exposición en «International crimes of State. The legislative history» (nota 170 *supra*), y sobre todo en su «Contribution a l'étude de la distinction entre crimes et delits internationaux» (nota 239 *supra*), en particular págs. 19 y ss. y 28 y ss.

del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (exceptuado el artículo 19 de la primera parte), por una parte, y del proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, por otra. Los Estados sólo incurrirían en responsabilidad civil por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del derecho que se ha de codificar y desarrollar en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La responsabilidad penal prevista en el proyecto de código sólo recaería en los individuos en virtud de normas internacionales directamente aplicables a los individuos o a consecuencia de normas que los Estados han de introducir en sus ordenamientos jurídicos como pieza del derecho penal uniforme<sup>326</sup>. Si bien es indiscutible que los individuos pueden ser sometidos en principio a la justicia penal, los Estados parecen hallarse en una situación diferente. Todo tipo de responsabilidad de los Estados parecería quedar excluida en principio (exceptuado el artículo 19) de la sanción penal simplemente por su carácter colectivo (*societas delinquere non potest*) o bien porque no se les puede aplicar un castigo o porque la responsabilidad criminal sería incompatible con la majestad de un Estado soberano<sup>327</sup>. La presente mayoría de la Comisión entiende que la responsabilidad de los Estados, con arreglo al proyecto que lleva el mismo nombre, se limita estrictamente a la obligación de prestar reparación, no estando implícita en la misma ninguna función

<sup>326</sup> Después de una fase inicial de indecisión sobre si podía considerarse responsables a los Estados de los crímenes previstos en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la labor sobre este proyecto se ha basado resueltamente durante algún tiempo en el supuesto de que el código solo abarcará los crímenes de individuos, aunque principalmente, si no exclusivamente (considerando la naturaleza de los delitos previstos), de individuos que ocupen cargos de responsabilidad dentro de la estructura de un Estado.

<sup>327</sup> La máxima *societas delinquere non potest* fue citada por un considerable número de Estados que se oponían a la adopción del artículo 19 de la primera parte. A juicio de Austria

«no puede haber duda de que la Comisión sugiere un cambio radical en el concepto básico de responsabilidad de los Estados al introducir la noción de «crimen internacional», que según el derecho internacional contemporáneo estaba reservada exclusivamente a la responsabilidad penal individual. Hace mucho tiempo que la doctrina jurídica rechazó la idea de la responsabilidad colectiva y del castigo colectivo. Sería de lamentar que se produjera un resurgimiento de esa idea anticuada como consecuencia del establecimiento de la responsabilidad criminal internacional de los Estados» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión, párr. 2*).

Francia sostuvo que

«el establecimiento de un nuevo tipo de responsabilidad estatal equivaldría a crear una especie de responsabilidad penal colectiva, lo que es contrario al derecho penal moderno» (*ibid.*, 26ª sesión, párr. 7).

Según Israel,

«introducir la noción de un crimen internacional por el que el Estado sería responsable sería un paso hacia atrás y un quebrantamiento de la máxima inveterada *impossibile est quod societas delinquat*» (*ibid.*, 28ª sesión, párr. 17).

Una opinión más matizada, en el sentido de que no es conveniente criminalizar a los Estados, fue la sostenida por los Estados Unidos de América (*ibid.*, 17ª sesión, párrs. 8 a 12), el Japón (*ibid.*, 21ª sesión, párr. 8), Portugal (*ibid.*, 23ª sesión, párr. 17), la República Federal de Alemania (*ibid.*, 24ª sesión, párr. 71) y Australia (*ibid.*, 27ª sesión, párr. 20).

punitiva<sup>328</sup>. Dentro del marco de la responsabilidad de los Estados el proyecto de artículo 19 podría considerarse así como un elemento incoherente<sup>329</sup>.

251. Este Relator Especial no puede compartir incondicionalmente ni la opinión de que los Estados, por naturaleza, no serían sujetos de responsabilidad penal en virtud del presente derecho internacional, ni la opinión —sólo en parte coincidente con ésta— según la cual la responsabilidad internacional del Estado se limitaría *de lege lata* a la estricta analogía con la responsabilidad civil del derecho nacional. La responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional presenta también, pese a la exclusividad *prima facie* de la analogía con el derecho civil interno, analogías con el derecho penal interno. Pero antes de eso, comencemos por el primer punto, a saber la presunta incompatibilidad de la responsabilidad penal con la naturaleza general del Estado.

252. La primera y principal causa de la presunta incompatibilidad es la máxima *societas delinquere non potest*. Esta máxima está seguramente justificada, en cierta medida, para las personas jurídicas de derecho interno y para el propio Estado como persona moral del derecho nacional. Sin embargo, es muy dudoso que esté justificada para entidades tales como los Estados en cuanto personas internacionales. Para entidades como éstas la máxima es tan insostenible en la teoría como en la práctica. Teóricamente, la razón por la que *societas delinquere non potest* reside fundamentalmente en la naturaleza jurídica «colectiva» abstracta de las personas morales por oposición a la unidad física de las personas naturales. Como entidad colectiva y como instrumento de relaciones jurídicas entre personas naturales, la persona moral —por ejemplo una empresa privada— en cierta medida no se presta a la aplicación de penas porque no se presta a las penas físicas o porque la responsabilidad penal recae en sus representantes o miembros. Sin embargo esta dificultad no es absoluta; y hay casos de responsabilidad penal de las empresas. Más difícil de concebir es, por el contrario, la responsabilidad penal de un Estado como persona jurídica del derecho nacional. Las razones son demasiado obvias para que nos extendamos aquí sobre ellas.

253. Sin embargo, los Estados en cuanto personas internacionales son otra cuestión. Aunque se presentan como entidades colectivas, no son exactamente lo mismo, con respecto al derecho internacional, que las personas morales del derecho interno. Por el contrario, parecen presentar los rasgos —desde el punto de vista del derecho internacional— de entidades colectivas meramente fácticas<sup>330</sup>. Esta verdad evidente, oculta a los estudiantes por la no-

ción rudimentaria de las propias personas morales como entidades colectivas fácticas, halla el más claro reconocimiento en la opinión comúnmente sostenida de que el derecho internacional es el derecho del sistema interestatal y no el derecho de un Estado federal mundial.

254. Pasando ahora a la segunda causa de presunta incompatibilidad, por firmemente que se crea que la responsabilidad de los Estados que se ha de regular en el proyecto no va más allá de la estricta esfera de la reparación, la práctica de los Estados indica que las entidades que participan en las relaciones internacionales son perfectamente capaces de adoptar un comportamiento criminal de la mayor gravedad. En palabras de Drost (un firme adversario al mismo tiempo de toda «criminalización» de los Estados), «indudablemente el Estado “criminal” es mucho más peligroso que la persona criminal por razón de su poder colectivo»<sup>331</sup>. El estudio de las mismas relaciones, sea desde el punto de vista de la política, de la moral o del derecho, muestra también que al igual que pueden actuar delictivamente unas respecto de otras, no es infrecuente que las mismas entidades sean tratadas como delincuentes por sus iguales, siendo el trato expresamente o implícitamente punitivo y a veces muy gravemente punitivo<sup>332</sup>. No hay que dejarse extraviar por la consideración, además de la máxima *societas delinquere non potest*, de que los Estados no están sujetos en el derecho internacional, a diferencia de los individuos en el derecho interno, a instituciones como los fiscales y los tribunales de lo penal. Naturalmente, la estructura persistentemente no institucionalizada del sistema interestatal por lo común confina la relación de responsabilidad entre el Estado lesionado y el Estado infractor a una relación bilateral meramente horizontal, sin que normalmente desempeñe función alguna un tercero, y mucho menos una autoridad. De ello se sigue que toda reacción a un hecho internacionalmente ilícito sigue siendo en principio una cuestión de elección para la parte lesionada, sean cuales fueren los riesgos que esa opción puede entrañar. Corresponde a la parte lesionada reclamar la cesación, la reparación o la satisfacción y recurrir a represalias para lograr esos fines. La responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos parece encajar así, *prima facie*, exclusivamente en la responsabilidad civil, modelo de derecho privado de los sistemas de derecho interno. No obstante, pese a esta evaluación *prima facie*, no es difícil advertir, si se

and the forms and degrees of international responsibility: Questions of attribution and relevance», en particular pags 29 a 31, y «Le domaine reserve —L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne: cours general de droit international public», pags 439 y ss, especialmente pags 443 a 446

<sup>331</sup> Drost, *The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples*, libro I, pág. 294. Después de un alegato solidamente argumentado contra toda idea de una responsabilidad penal de los Estados —alegato basado esencialmente en la máxima *societas delinquere non potest*—, admite sin embargo que los Estados «criminales» son actualmente objetivo de medidas «políticas» (que diferencia de las penas jurídicas) en las que es muy difícil no reconocer otras tantas formas de castigo severo. La lista de Drost se reproduce en el párrafo 255 *infra* y en el apartado c del párrafo 262. Pero Drost solo es uno de tantos ejemplos

<sup>332</sup> Véase Drost, *op cit* Incluso Graefrath y Mohr (*loc cit*), que también se oponen a la posibilidad de infligir sanciones punitivas a los Estados, admiten no obstante la legitimidad de medidas que son severamente punitivas en cuanto al fondo

<sup>328</sup> De manera más bien contradictoria, una función punitiva habría de quedar excluida (en forma de indemnización punitiva o de otro modo) incluso de formas de reparación tan evidentemente sancionadoras como los diversos tipos de satisfacción y las garantías de no repetición

<sup>329</sup> Comparese con Spinedi, *loc cit* (nota 239 *supra*), en particular pags 9 a 19

<sup>330</sup> Arangio-Ruiz, «The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», anexo, pags 629 y ss, especialmente parr 123, «State Fault

procura rebasar la superficie de la «relación Estado lesionado—Estado infractor», que el contenido de esa relación no es puramente «civil» o «reparador», aun suponiendo una distinción absoluta. Incluso en el caso de los hechos ilícitos más ordinarios (distintos de los previstos en el artículo 19 de la primera parte), la inexistencia de un elemento punitivo es sólo aparente.

255. En los casos más ordinarios de conducta internacionalmente ilícita la pena está implícita en el hecho de cesar la conducta ilícita y prestar reparación mediante restitución en especie o indemnización, o resulta visible en ese remedio típicamente interestatal que se conoce con el nombre de «satisfacción». En los casos más graves, como los que suscitan represalias económicas o políticas particularmente graves o una reacción militar categórica, seguidas de soluciones pacíficas más o menos duras, el propósito punitivo adoptado y logrado por los Estados lesionados es manifiesto. Baste referirse de nuevo a Drost, que enumera francamente las diversas formas de medidas «políticas» (contra los Estados) que distingue de las «penas jurídicas» (contra gobernantes individuales), como sigue:

Estas medidas políticas, doblemente colectivas por ser determinadas e impuestas colectivamente y colectivamente sufridas y soportadas, toman toda clase de formas y medios: traspaso territorial, ocupación militar, desmantelamiento de industrias, migración de habitantes, pago de indemnización en dinero, bienes o servicios, secuestro o confiscación de activos, control de armamentos, desmilitarización, supervisión gubernamental, junto con otras muchas medidas internacionales incluidas las dos categorías generales de sanciones económicas y militares.<sup>333</sup>

El autor citado no parece sospechar que la mayoría de las medidas que enumera no sólo incluyen remedios perfectamente «civiles», sino que son de tal naturaleza que afectan —algunas de ellas de la manera más dramática— a los mismos pueblos a los que acertadamente desea eximir de la sanción limitando las «penas jurídicas» a los gobernantes. En el párrafo 266 *infra* se desarrolla este punto.

256. El hecho de que numerosos diplomáticos y estudiosos del derecho internacional prefieran ocultar estas verdades evidentes bajo la hoja de parra que representa la omisión de toda referencia a una connotación punitiva de la responsabilidad internacional (o la indicación expresa de que la única función de las contramedidas es obtener la reparación) no altera la dura realidad del sistema interestatal. Ciertamente las autoridades más respetadas reconocen que la responsabilidad internacional presenta elementos civiles y penales, dependiendo el predominio de unos u otros de las características y circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso particular. En los casos más graves el llamado elemento civil se absorbe en el penal, mientras que en las infracciones menores, más comunes, el elemento penal se absorbe en el civil. En todo caso, la presencia de un elemento penal encubierto o visible no queda excluida por el hecho de que la sanción sea impuesta no por una institución sino por la parte lesionada o incluso autoimpuesta por el propio Estado autor del hecho

ilícito<sup>334</sup>. La extensión a los Estados soberanos de la máxima *societas delinquere non potest* no está más cerca de la verdad en la práctica que en la teoría.

257. Un crítico convencido de la idea que subyace en el artículo 19 de la primera parte del proyecto podría naturalmente afirmar —no sin cierta justificación— que si la máxima *societas delinquere non potest* es incompatible con la características presentes de los Estados soberanos y del sistema interestatal, muy bien podría llegar a ser incompatible con las características que es de esperar que ese sistema presente en un futuro más o menos próximo o distante. Ese crítico podría sostener en particular que si los Estados en la actualidad no son *societates* o personas morales en el sentido propio del término, inevitablemente tendrían que convertirse en *societates* o personas morales en sentido propio dentro de una comunidad jurídica organizada —real— de la humanidad. En tal caso, los Estados no diferirían esencialmente de las subdivisiones de una federación más o menos descentralizada. Habrían pasado a ser así subdivisiones jurídicas de la comunidad jurídica de la humanidad y en cuanto tales serían menos (o no) susceptibles de responsabilidad penal y sólo de responsabilidad «civil», meramente reparadora. La responsabilidad penal sólo podría atribuirse en ese marco a los gobernantes, los funcionarios, los representantes y no al Estado como institución<sup>335</sup>.

258. En la medida en que se pueda suponer que ese escenario represente una predicción válida, el mismo firme adversario de la idea que encierra el artículo 19 podría sostener además que el modo de proceder acertado para la Comisión sería precisamente mantener la distinción mencionada en el párrafo 250 *supra*. Nos referimos a la distinción entre un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que abarcase exclusivamente

<sup>334</sup> La inexistencia de una institución no es el factor decisivo, como viene indicado también por el hecho de que en los ordenamientos jurídicos nacionales la institución está presente en la aplicación no sólo de la responsabilidad penal sino también de la civil. Si la inexistencia de una institución «superior» fuese un elemento tan decisivo como para excluir toda forma de responsabilidad penal internacional (como parecen creer quienes sostienen la opinión que se examina), habría que admitir que existe la misma laguna con respecto a toda forma de responsabilidad (civil) internacional y también con respecto a cualquier otro aspecto de las relaciones jurídicas internacionales.

<sup>335</sup> Curiosamente, algunos autores parecen haber sugerido lo contrario. Véase Schwarzenberger («The problem of an international criminal law»), en particular págs. 35 y 36, según el cual

«En tal situación, un derecho penal internacional que se pretenda aplicar a las potencias mundiales es una contradicción. Presupone una autoridad internacional que es superior a esos Estados. En realidad todo intento de hacer cumplir un código penal internacional contra la Unión Soviética o los Estados Unidos sería una guerra con otro nombre. Así, las propuestas relativas a un derecho penal internacional universal entran en la categoría del esquema unidireccional de la reorganización de la sociedad internacional. Con otros esquemas de este tipo comparte la deficiencia de dar por supuesta una condición esencial de su realización, una condición *sine qua non* que no puede lograrse fácilmente: la transformación del presente sistema de política de poder mundial disfrazada en, como mínimo, una federación mundial. Cuando se despoje de las espadas de la guerra a sus presentes guardianes, entonces y sólo entonces será la comunidad internacional suficientemente fuerte para esgrimir la espada de la justicia penal universal.»

Comparese, sin embargo, con Dahm, *Volkerrecht*, págs. 265 y 266 y 270 y 271, y Spinedi, *loc cit* (nota 239 *supra*), en particular pag. 31

<sup>333</sup> Drost, *op cit*, págs. 296 y 297

la responsabilidad penal de los individuos, por una parte, y un proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados que previese una responsabilidad meramente civil de los Estados, por otra. Según el mismo «firme adversario», esta responsabilidad «civil» de los Estados debería codificarse y desarrollarse en una convención sobre la responsabilidad de los Estados de la cual no formaría parte el artículo 19 de la primera parte del proyecto. Siempre, según ese adversario, éste sería el modo de armonizar el proyecto actual de la Comisión con las líneas presumibles de desarrollo progresivo del sistema internacional hacia su fin «último» —para utilizar el adjetivo de Lorimer<sup>336</sup>— representado por el establecimiento de una comunidad organizada de la humanidad más o menos centralizada (o descentralizada).

259. Sin embargo, parece igualmente evidente que el establecimiento de esa comunidad jurídica dista mucho de estar a la vuelta de la esquina. Nos referimos al establecimiento de una comunidad jurídica realmente interindividual de la humanidad, legalmente organizada con arreglo a instituciones debidamente representativas que abarquen en un sentido los Estados mismos como instituciones jurídicas igualmente representativas de las respectivas comunidades nacionales. Como se ha señalado en el párrafo 257 *supra*, los Estados pasarían a ser así en alguna medida menos diferentes de las subdivisiones de un Estado federal democráticamente organizado. Pero una evolución como ésta presupondría nada menos que la integración política y jurídica de todos los pueblos en un pueblo en un grado por lo menos comparable en cierta medida al proceso que se efectuó en América del Norte con el establecimiento de la Constitución federal y que todavía está lejos de haberse iniciado entre los pueblos de los 12 Estados miembros de la Comunidad Europea. Es este un proceso que requeriría un número bastante elevado de generaciones, si no siglos.

260. La consecuencia inevitable es que durante largo tiempo la humanidad permanecerá, para bien o para mal, en ese estado de falta de integración que es al mismo tiempo la causa principal y el principal efecto de lo que los sociólogos y los juristas llaman el sistema interestatal en sentido técnico.

261. Dentro de ese sistema los Estados parecen condenados a permanecer, se quiera o no, bajo un derecho internacional que es un derecho interestatal, no el derecho de la comunidad internacional de la humanidad. Dentro de ese sistema interestatal y bajo su derecho —internacional y no supranacional— los Estados siguen siendo entidades colectivas esencialmente fácticas y no jurídicas. Como tales siguen siendo no sólo capaces de cometer actos ilícitos de cualquier clase —en particular los llamados «crímenes», así como los llamados «delitos»—, sino que están igualmente expuestos a reacciones perfectamente comparables —*mutatis mutandis*— a las que están sujetos los individuos declarados culpables de delitos en las sociedades nacionales.

262. Es mucho lo que se ha escrito acertadamente para condenar la responsabilidad «colectiva»<sup>337</sup>. Se trata, en efecto, de una institución francamente primitiva, rudimentaria. Sería difícil cludir, por otra parte, las siguientes constataciones obvias:

a) El sistema interestatal se halla, desde el punto de vista de la evolución jurídica, en una etapa que, aunque dista de ser primitiva considerando que ha perdurado durante siglos, presenta aspectos rudimentarios que no pueden desconocerse sin riesgo;

b) Uno de esos aspectos es que los Estados cometen, junto con infracciones que se pueden calificar de «ordinarias» o «civiles», también infracciones que decididamente se pueden calificar, debido a su gravedad, de «criminales» en el sentido común de este término;

c) Otro aspecto es que los Estados oponen a esas infracciones graves, por ejemplo la agresión, formas de reacción que incluso un adversario de la responsabilidad penal de los Estados tan firme como Drost admite que son tan severas y numerosas como las mencionadas en el párrafo 255 *supra*. Con arreglo a la clasificación que hace Drost de las formas de reacción en cuestión (que llama medidas «políticas» para distinguirlas de las «penas individuales»)

pueden ser territoriales, demográficas y estratégicas; industriales, comerciales y financieras; incluso culturales, sociales y educacionales; y finalmente, pero no en orden de importancia, tecnológicas e ideológicas<sup>338</sup>.

Es realmente difícil de creer que medidas de tan enorme trascendencia no sean, *mutatis mutandis*, muy similares en sus efectos a las penas del derecho penal nacional.

263. Como conclusión, cabe decir que parecería que, al menos durante algún tiempo, es de suponer que largo, debe haber reacciones legítimas al tipo de infracciones previstas en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos. La Comisión debe pues prever en las partes segunda y tercera del proyecto disposiciones complementarias del artículo 19.

264. Sin embargo, los problemas que hay que resolver nos parecen ser, *de lege lata* o *de lege ferenda*, aún más difíciles que los de la seguridad colectiva, todavía no resueltos de manera satisfactoria. Ello es especialmente cierto respecto de aquellos, de esos problemas, que están relacionados con la presente estructura de la llamada «comunidad internacional organizada».

265. Varias de las cuestiones implicadas —*de lege lata* o *de lege ferenda*— se han mencionado en forma resumida y tentativa en la sección precedente. Otras no. Con sujeción a las adiciones y correcciones de la Comisión, hemos de añadir, antes de cerrar por este año, otras tres cuestiones.

266. Un problema decisivo es el de distinguir las consecuencias de un crimen internacional de un Estado para el Estado mismo, y posiblemente para los gobernantes del

<sup>336</sup> Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: a Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, vol. II, págs. 183 y ss.

<sup>337</sup> Véase, entre otros, Kelsen, *Pure Theory of Law*, págs. 121 y 122 y 324 y ss.

<sup>338</sup> Drost, *op. cit.*, págs. 296 y 297.



Estado, por una parte, y las consecuencias para el pueblo, por otra. Para limitarnos al utilísimo término de comparación que representa el estudio de Drost (un adversario no muy coherente, como se ha visto, de la «criminalización» de los Estados), este autor subraya muy acertadamente la necesidad moral y política de separar las medidas políticas contra el Estado infractor de las penas individuales contra sus gobernantes responsables, siendo las primeras medidas de tal naturaleza que no afectan a la población «inocente» del Estado «criminal». No se puede por menos de expresar un apoyo sin reservas. Considerando no obstante los tipos de medidas que el propio Drost parece admitir tan liberalmente (párr. 255 *supra*), medidas que parecen ir bastante más allá de las previstas en los Artículos 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas, no parece fácil hacer la distinción. Así sucede especialmente respecto a las medidas económicas y de restablecimiento de la paz (para el caso de agresión), algunas de las cuales parecen afectar directamente al pueblo. Y hay también otra cuestión que ni el sociólogo ni el jurista ni el moralista deben pasar por alto (aunque Drost parece desconocerla totalmente): ¿se puede suponer en cualesquiera circunstancias que un pueblo está totalmente exento de culpa —y de responsabilidad— por un acto de agresión realizado por el régimen evidentemente despótico de un dictador entusiásticamente aplaudido antes, durante y después del acto?

267. El segundo problema es el de la culpa del Estado. ¿Debe o no debe la Comisión considerar de nuevo esta cuestión que puso de lado (de manera poco convincente) con respecto a las infracciones «ordinarias»? ¿Es posible tratar, como «legisladores materiales», del tipo de infracciones previstas en el artículo 19 de la primera parte sin tener en cuenta la importancia de un elemento tan decisivo como el propósito deliberado?

268. El último problema que consideramos indispensable señalar a la atención de la Comisión es el propio artículo 19 de la primera parte. Dejamos aparte las características gravemente problemáticas de la formulación de ese artículo, formulación que era quizá, en nuestra opinión, menos difícil en la versión original propuesta por el Sr. Ago en 1976. Esas características, de las cuales no es la menor el carácter poco claro de la disposición en comparación con el carácter llamado «secundario» de los de-

más artículos del proyecto, podrían ser examinadas de nuevo por la Comisión en segunda lectura.

269. A los presentes efectos nos referimos a cuestiones sustantivas como las siguientes:

a) Si existen diferencias sustanciales, o en todo caso significativas, en la forma en que son tratados diversos tipos concretos de crimen (por ejemplo agresión, esclavitud, contaminación) ¿es de hecho apropiado elaborar una sola dicotomía entre «crímenes», por una parte, y «delitos», por otra? ¿No sería preferible, por ejemplo, distinguir la agresión de otros crímenes? ¿O hacer varias distinciones subordinadas con el fin de evitar poner al mismo nivel actos concretos que están evidentemente muy distantes unos de otros y darían lugar o deberían dar lugar igualmente a diversas formas de responsabilidad?

b) La lista ejemplar de hechos ilícitos constitutivos de crímenes que figura en el artículo 19 de la primera parte se remonta a 1976. ¿Siguen siendo éstos los mejores ejemplos para determinar los hechos ilícitos que incluso hoy la «comunidad internacional en su conjunto» considera o haría bien en considerar como «crímenes de los Estados»? En otras palabras, ¿no se podría «actualizar» esa lista de ejemplos, si es que se considera conveniente mantener una lista?

c) Al examinar la práctica a menudo es difícil distinguir los crímenes de los delitos, especialmente cuando se trata de delitos muy graves. ¿No podría residir en parte la razón en el modo de formular la idea general de crimen contenida en el artículo 19, con una terminología caracterizada por ciertos elementos que quizá hacen difícil clasificar una violación como perteneciente a la categoría de crímenes o a la de delitos y, por consiguiente, determinar qué hechos ilícitos se someten o deben someterse a un régimen de responsabilidad «agravada»? Considérense, por ejemplo, el elemento de «reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto» o el de «gravedad», que representan igualmente imprecisos.

d) Si bien es cierto que existe una cierta gradación que va de las violaciones ordinarias a los «crímenes internacionales», especialmente desde el punto de vista del régimen de responsabilidad que suponen, ¿es de hecho adecuado hacer una distinción nominativa clara entre «crímenes» y «delitos»?



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

[Tema 3 del programa]

## DOCUMENTO A/CN.4/448 y Add.1

### Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

*[Original: árabe, español, francés, inglés y ruso]  
[7 de mayo, 20 de noviembre, 18, 20, 22 y 28 de diciembre de 1992,  
6, 14, 15, 26, 28 y 29 de enero,  
3, 4, 10 y 18 de febrero, 29 de marzo de 1993]*

#### ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Nota</i>	68
INTRODUCCION	70
<i>Sección</i>	
I COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS	
Australia	70
Austria	75
Belarus	77
Belgica	79
Brasil	82
Bulgaria	83
Costa Rica	85
Dinamarca*	92
Ecuador	92
Estados Unidos de America	92
Finlandia*	96
Grecia	96
Islandia*	96
Noruega*	96
Países Bajos	96
Países nórdicos	103
Paraguay	107
Polonia	109
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	113
Senegal	118
Sudan	119
Suecia*	119
Turquia	119
Uruguay	120
II COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE UN ESTADO NO MIEMBRO	
Suiza	121

---

\* La respuesta conjunta de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia se reproduce bajo el epígrafe **Países nórdicos**.

## NOTA

*Instrumentos multilaterales citados en el presente informe***Derechos humanos***Fuente*

Convencion para la prevencion y la sancion del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 78, pag 296
Convenio para la proteccion de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibid , vol 213, pag 221 En español, vease España, <i>Boletin Oficial del Estado</i> , N° 243, 10 de octubre de 1979
Convencion sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	<i>Derechos humanos Recopilacion de instrumentos internacionales</i> (publicacion de las Naciones Unidas, N° de venta S 88 XIV 1), pag 295
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 999, pag 241
Convencion americana sobre derechos humanos (San Jose, 22 de noviembre de 1969)	Ibid , vol 1144, pag 123
Convencion internacional sobre la represion y el castigo del crimen de apartheid (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	Ibid , vol 1015, pag 266
Convencion contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno periodo de sesiones, Suplemento N° 51</i> , resolucion 39/46, anexo

**Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas**

Convencion sobre la prevencion y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomaticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 1035, pag 191
--	---

**Medio ambiente y recursos naturales**

Convencion internacional para la reglamentacion de la caza de la ballena (Washington, 2 de diciembre de 1946)	Ibid , vol 161, pag 73
Convenio internacional para prevenir la contaminacion de las aguas del mar por hidrocarburos (Londres, 12 de mayo de 1954)	Ibid , vol 327, pag 3
Convencion sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (Washington, 3 de marzo de 1973)	Ibid , vol 993, pag 243
Convencion sobre la prohibicion de utilizar tecnicas de modificacion ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976)	Ibid , vol 1108, pag 175
Convencion sobre la contaminacion atmosferica transfronteriza a grandes distancias (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	Doc E/ECE/100
Convencion para la proteccion fisica de los materiales nucleares (Nueva York y Viena, 3 de marzo de 1980)	Doc NPT/Conf II/6/Add 1
Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climatico (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	ILM, vol XXXI, N° 4, julio de 1992, pag 851

**Derecho aplicable en los conflictos armados**

Convenio y reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	J B Scott, ed , <i>Les Conventions et Declarations de La Haye de 1899 et 1907</i> , 3ª ed , Nueva York, Oxford University Press, 1918, pag 101
--	--

Fuente

Convenio relativo a los derechos y deberes de las Potencias y las personas neutrales en caso de guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibid., pág. 133.
Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibid., pág. 151.
Convenio concerniente al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibid., pág. 157.
Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (Ginebra, 17 de junio de 1925)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. XCIV, pág. 65.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Comité Internacional de la Cruz Roja, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , Ginebra, 1986, págs. 25 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña	Ibid., pág. 25.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar	Ibid., pág. 50.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra	Ibid., pág. 70.
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra	Ibid., pág. 140.
Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados (Protocolos I y II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, págs. 642 y ss.
Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto periodo de sesiones, Suplemento N.º 49, resolución 44/34, anexo.</i>

**Desarme**

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (Londres, Moscú y Washington, 10 de abril de 1972)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1015, pág. 180.
---	--

**Aviación civil**

Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Ibid., vol. 706, pág. 242.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibid., vol. 860, pág. 123.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	Ibid., vol. 974, pág. 198.
Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional (Montreal, 24 de febrero de 1988)	OACI, Dirección de Asuntos Jurídicos, documento 9518.

**Terrorismo**

Convención para la prevención y represión del terrorismo (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Sociedad de las Naciones, documento C.546.M.383.1937.V.
---	---

Fuente

Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 1316, pag 238

#### Estupefacientes y sustancias sicotrópicas

Convenio sobre sustancias sicotrópicas (Viena, 17 de febrero de 1971) *Ibid*, vol 1019, pag 175

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988) Doc E/CONF 82/15 y Corr I

#### Navegación marítima

Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 de marzo de 1988) y OMI, Convención N.º 18, 1988

Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental

### Introducción

1. En su 43.º período de sesiones, celebrado en 1991, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura los artículos del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, transmitir ese proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos de los Estados Miembros para que formularan sus comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentaran al Secretario General a más tardar el 1.º de enero de 1993<sup>2</sup>.

2. En el párrafo 9 de su resolución 46/54, y nuevamente en el párrafo 12 de su resolución 47/33, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que tenía para la Comisión contar con sus opiniones acerca del proyecto de código y les instó a que presentaran sus comentarios y observaciones por escrito a más tardar el 1.º de enero de 1993.

3. Con arreglo a la petición de la Comisión, el Secretario General dirigió a los gobiernos circulares de fechas 20 de diciembre de 1991 y 1.º de diciembre de 1992, respectivamente, en las que les invitó a que presentaran sus comentarios y observaciones antes del 1.º de enero de 1993.

4. A 29 de marzo de 1993, el Secretario General había recibido 23 respuestas de Estados Miembros y otra de un Estado no miembro; los textos de esas respuestas aparecen en el presente documento.

<sup>1</sup> Para el texto, vease *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), pags 101 a 105

<sup>2</sup> *Ibid*, pag 101, parr 174

## I.—Comentarios y observaciones recibidos de los Estados Miembros

### Australia

[Original inglés]  
[14 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. Australia felicita a la Comisión de Derecho Internacional por su aprobación en primera lectura del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Considera, sin embargo, que el código, tal como está redactado actualmente, presenta ciertas dificultades. Los comentarios que siguen se refieren tanto a

cuestiones generales que causan cierta inquietud como a esferas concretas que, a juicio de Australia, requieren mayor atención por parte de la Comisión.

#### *Carácter incompleto de la lista de los delitos*

2. Australia observa que el proyecto de código trata una gran variedad de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. No obstante, tal como está redactado actualmente, no incluye varios crímenes graves, como la piratería, el secuestro de buques o aeronaves y los crímenes contra las personas internacionalmente protegidas. La

Comisión no ha expuesto las razones de esas omisiones. Si se pretende que el código se ocupe plenamente de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no deben existir lagunas en él.

*Relación entre el código y las convenciones multilaterales vigentes*

3. La comunidad internacional ha elaborado en los últimos decenios un *corpus* cada vez más cuantioso de derecho penal internacional mediante la concertación de tratados multilaterales, que gozan de un amplio apoyo. En esos tratados se han elaborado mecanismos para hacer cumplir la ley basados en los sistemas jurídicos y los tribunales nacionales, reforzados por la cooperación entre los Estados partes para la extradición de los presuntos delincuentes y la asistencia judicial mutua para preparar su procesamiento.

4. Australia cree que la Comisión debería ocuparse de elaborar la relación entre el proyecto de código y esas convenciones multilaterales. Los Estados partes tendrán que poder conciliar sus obligaciones derivadas de las convenciones multilaterales en que ya sean partes y el código.

5. Australia reconoce que esa tarea será difícil. El código trata de delitos de los que ya se ocupan esas convenciones y vuelve a definirlos. En varios casos, el código omite elementos de un crimen ya tipificado o reduce su alcance. Por ejemplo, en el artículo 25 del código se recoge sólo uno de los elementos del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (denominada en lo sucesivo Convención de las Naciones Unidas de 1988).

6. Al resolver la relación entre el código y las convenciones multilaterales surgirán también cuestiones jurisdiccionales. Todas las convenciones reconocen, de una forma u otra, el concepto de jurisdicción universal. ¿Afectará el código a ese concepto al superponer una jurisdicción internacional basada en el principio de la territorialidad o en algún otro principio? La Comisión tendrá que tenerlo en cuenta al examinar las cuestiones jurisdiccionales derivadas del código.

*Establecimiento de penas*

7. Australia observa que se han incluido en el proyecto de código disposiciones relativas a las penas, basándose en que así lo requiere el principio *nulla poena sine lege*. Sin embargo, los Estados no han considerado necesario incluir disposiciones que se refieran específicamente a las penas en las convenciones multilaterales anteriormente mencionadas. Por el contrario, se ha requerido a los Estados partes que establezcan en su legislación nacional penas graves apropiadas para los delitos considerados en esas convenciones. Australia acepta, no obstante, que sería necesario establecer penas específicas en todos los casos en que se atribuya a un tribunal penal internacional la jurisdicción exclusiva para juzgar los crímenes incluidos en el código.

*Relación con un tribunal penal internacional*

8. Australia observa que la propuesta creación de un tribunal penal internacional es una cuestión separada del proyecto de código, pero es, sin embargo, pertinente. En el comentario de la Comisión se prevé una estrecha relación hasta el punto de determinar quién debe incoar el proceso y, respecto de esos delitos, la posible jurisdicción exclusiva de tal tribunal. Australia considera que la cuestión de la jurisdicción exclusiva sólo podría surgir en la medida en que el código se ocupe de los principales crímenes de guerra, pero, incluso en ese caso, no es evidente que tal jurisdicción deba ser necesariamente exclusiva. Australia acoge con satisfacción la petición hecha por la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General de que la Comisión examine por separado las cuestiones del proyecto de código de crímenes y de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.

COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

*Artículo 6*

9. Australia observa que el artículo 6 del proyecto de código (Obligación de juzgar o de conceder la extradición) impone al Estado en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente la obligación de juzgarlo o de conceder su extradición. La obligación de «juzgar o conceder la extradición» puede hallarse en el derecho internacional en muchas convenciones multilaterales relativas a crímenes y tiene una importancia fundamental para la aplicación de esas convenciones. La necesidad de incorporarla al código no puede discutirse.

10. Australia cree, no obstante, que hay que considerar la cuestión de si el artículo 6 debe contener disposiciones más detalladas que rijan la extradición de los presuntos delincuentes. Esas disposiciones podrían ocuparse de los motivos por los que otros países podrían solicitar la extradición, el proceso de extradición con arreglo al código, la posibilidad de la extradición en virtud de tratados o acuerdos vigentes entre los países interesados y la creación de relaciones de extradición entre los países a los efectos de los crímenes incluidos en el código, cuando esas relaciones no existan previamente.

11. Además de la obligación de «juzgar o conceder la extradición», Australia cree que debería imponerse a los Estados la obligación de ayudarse mutuamente en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes incluidos en el código. Podría ocurrir que hubiera que obtener de varios países pruebas relativas a la comisión de un crimen. La falta de obtención de esas pruebas de uno o varios países, debido a su falta de cooperación, podría entorpecer grave o incluso fatalmente el enjuiciamiento de un presunto delincuente. Un ejemplo de disposición sobre la asistencia mutua puede hallarse en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas de 1988. Esa norma contiene una disposición amplia sobre la asistencia judicial recíproca entre los Estados partes en la Convención.

La inclusión de una disposición de ese tipo en el código requeriría un examen detallado.

#### Artículo 8

12. Australia cree que en el artículo 8 (Garantías judiciales) se establecen las garantías mínimas necesarias para asegurar que un presunto delincuente sea juzgado de un modo justo.

#### Artículo 9

13. Australia considera que el artículo 9 (Cosa juzgada) plantea ciertas dificultades.

14. En el párrafo 1 se establece una protección plena contra el enjuiciamiento por crímenes penados en el código de cualquiera que ya haya sido absuelto o condenado por un tribunal penal internacional.

15. En el párrafo 2, sin embargo, se establece una protección más limitada contra el «doble enjuiciamiento» en el caso en que una persona ya hubiere sido absuelta o condenada en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional. La protección ofrecida por el párrafo 2 está sujeta a las excepciones que figuran en los párrafos 3 y 4.

16. En el párrafo 3 se prevé que un individuo pueda ser juzgado tanto con arreglo al código como al derecho penal de un Estado por el mismo comportamiento. Cuando un tribunal nacional pronuncie un «fallo» (que puede ser una condena o una absolución) respecto a un individuo con arreglo al derecho penal nacional, el mismo tribunal tendrá jurisdicción, en virtud del párrafo 3, para procesar a ese individuo por delitos contra el código derivados del mismo comportamiento. Por lo tanto, un individuo absuelto con arreglo al derecho penal nacional podría ser condenado con arreglo al código por la misma conducta. Aunque tales casos no puedan ser frecuentes, es indudable que debilitarían la prohibición del «doble enjuiciamiento», que es un principio fundamental del derecho penal de muchos países.

17. En el párrafo 5 se procura establecer cierta protección para el individuo que haya sido condenado con arreglo al derecho penal nacional por un acto y que posteriormente sea condenado por el mismo acto con arreglo al código, al exigir que el tribunal que le condene con arreglo al código deduzca toda pena «impuesta y ejecutada» como consecuencia de la condena anterior. Sin embargo, cuando la pena «impuesta y ejecutada» con arreglo al derecho penal nacional sea idéntica a la que vaya a imponerse con arreglo al código, surge la cuestión de la utilidad del segundo proceso de ese individuo. Incluso puede darse el caso de que la pena aplicable con arreglo al código sea menor que la impuesta con arreglo al derecho penal nacional.

#### Artículo 14

18. Australia cree que habría que procurar elucidar la referencia, en el párrafo 1 del artículo 14, a «circunstancias eximentes conforme a los principios generales del de-

recho». Si el código va a tratar de alguno de los elementos esenciales de un crimen (v. g. las penas), debe ocuparse también de otros elementos necesarios, como las circunstancias eximentes. En los sistemas en los que se garantiza constitucionalmente un juicio justo, podría considerarse que el proyecto de artículo 14 es inconstitucionalmente vago.

19. Australia cree también que debe examinarse la posibilidad de dividir el artículo 14 en dos artículos: uno se ocuparía de las circunstancias eximentes y el otro de las circunstancias atenuantes. Como señalaron algunos miembros de la Comisión, las circunstancias eximentes y las circunstancias atenuantes son dos conceptos diferentes, que se tratarían mejor por separado.

#### Artículo 15

20. El artículo 15 (Agresión) abarca, además de las guerras de agresión, los actos injustificados de agresión sin llegar a la guerra. Esa redacción rebasa el derecho internacional vigente, que sólo incluye como delito las guerras de agresión. Si bien la comunidad internacional consideraría ilícitos los actos de agresión sin llegar a la guerra y haría responsable de su ilicitud al Estado delincuente, no se sigue de ello que la comunidad internacional esté dispuesta a reconocer que individuos del Estado delincuente sean culpables de crímenes internacionales. Australia considera que habría que examinar nuevamente las consecuencias de tipificar como delitos actos individuales realizados en esas circunstancias.

21. Otra dificultad surge por la referencia al Consejo de Seguridad que figura en el artículo 15. De conformidad con el apartado *h* del párrafo 4 del artículo, la definición de agresión incluye «cualesquiera otros actos que el Consejo de Seguridad determine que, con arreglo a las disposiciones de la Carta, constituyen actos de agresión», y excluye, según el párrafo 3, los actos que el Consejo de Seguridad determine que no constituyen actos de agresión a la luz de otras circunstancias pertinentes. La relación entre el código y el Consejo de Seguridad es un problema excepcionalmente difícil, como señala la Comisión. En los sistemas constitucionales basados en la separación del poder judicial, no puede permitirse que un elemento fundamental de un delito sea determinado definitivamente por un órgano ejecutivo internacional, como el Consejo de Seguridad.

#### Artículo 16

22. El proyecto de artículo 16 (Amenaza de agresión) extiende la responsabilidad penal internacional a las autoridades que empleen amenazas de agresión para promover su causa. Australia observa que las resoluciones de la Asamblea General que reiteran la prohibición contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas no se refieren a la amenaza del uso de la fuerza como un crimen internacional. Australia reconoce que la amenaza de usar la fuerza constituye un acto ilegal del que debe considerarse responsable al Estado que lo cometa. Sin embargo, como en el caso del artículo 15, puede dudarse de que los Estados estén dispuestos a aceptar la



tipificación como delito de todas las amenazas de intervención o agresión.

#### Artículo 17

23. El artículo 17 (Intervención) se aplica a las autoridades que intervengan en los asuntos internos o externos de otro Estado mediante la organización o la financiación de actividades subversivas o terroristas. Si bien la intervención inquieta a todo sistema internacional dedicado al mantenimiento de la paz y la seguridad y basado en la soberanía de sus elementos constituyentes, no es actualmente un crimen con arreglo al derecho internacional. Dadas las dudas existentes en cuanto a la fuerza normativa del principio de no intervención, en particular respecto del bajo nivel de intervención tipificado como crimen en el proyecto de artículo 17, y la falta de apoyo jurisprudencial para su tipificación, Australia considera que su inclusión en el código requiere un nuevo examen.

#### Artículo 18

24. El artículo 18 (Dominación colonial u otras formas de dominación extranjera) se refiere al derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. Existe un considerable debate acerca de lo que ese derecho abarca y no parece satisfactorio definir los elementos de un delito por referencia a él.

25. También plantea dificultades a Australia la frase «dominación extranjera». Según el comentario de la Comisión, por dominación extranjera debe entenderse «toda ocupación o anexión extranjera»<sup>1</sup>. Esto parece constituir una categoría de agresión más que un delito contra el derecho a la libre determinación. Por otra parte, esta frase amplía el ámbito del artículo fuera del contexto colonial al que se ha aplicado clásicamente el principio.

#### Artículo 19

26. Australia no tiene dificultad alguna en aceptar el fondo del artículo 19 (Genocidio), que se basa enteramente en la definición del artículo II de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, pero es preciso que la Comisión vuelva a estudiar la cuestión de la pena aplicable.

27. La pena que ha de establecerse en el párrafo I del artículo 19 puede ser incongruente con la Convención citada, por la que los Estados partes se comprometen, en virtud del artículo V, a «establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio».

#### Artículo 20

28. Australia sugeriría que se modificara la redacción del artículo 20 (Apartheid) a fin de que reflejara mejor la

Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid.

29. Con arreglo al párrafo 2 del artículo, la política o las prácticas deben realizarse con fines de dominación y opresión raciales. Se incorpora así un elemento de intención que puede resultar difícil de probar. En el artículo 1 de la Convención mencionada se establece que «los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de apartheid [...] son crímenes que violan los principios del derecho internacional». Se elimina así el elemento de intención requerido en el proyecto de código y se establece mejor la posición con arreglo al derecho penal internacional.

30. No queda claro si se pretende incluir en este artículo a las autoridades o los organizadores que actúen por propia iniciativa y no en aplicación de la política y las prácticas de un gobierno.

#### Artículo 21

31. Australia toma nota de que la Comisión declara su intención de que sólo los delitos internacionales más graves se consideren crímenes. Tal propósito es congruente con la base filosófica del derecho penal internacional y la actitud expresada por los Estados respecto a esa cuestión.

32. Sin embargo, el artículo 21 (Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos) plantea algunos problemas en su forma actual. En particular, inquieta a Australia la falta de definición de los elementos de los crímenes sancionados en este artículo. Observa que la Comisión opina que, como las definiciones de esos crímenes figuran en otros instrumentos internacionales, no es necesario repetirlas en el código. Sin embargo, no todos los crímenes están así definidos. Por ejemplo, no existe en ningún instrumento internacional una definición aceptada de la persecución.

33. Basarse en otros instrumentos para la definición de los crímenes tipificados en el artículo 21 también podría causar dificultades. Por ejemplo, la definición de tortura que figura en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes limita los crímenes a los actos cometidos por funcionarios públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas. En contraste, en el encabezamiento del artículo 21, se indica que es responsable de cualquiera de los crímenes enumerados cualquier persona que cometa el delito.

34. Australia observa, a ese respecto, que en los artículos 15, 19, 20, 22 y 23 se incluyen definiciones de los delitos, pese al hecho de que esas definiciones figuran en otros instrumentos internacionales.

35. El alcance del artículo 21 está limitado también porque no se admiten en él (como en los artículos 15 y 16) «cualquiera otros actos (art. 15, párr. 4, *h*) o «cualquier otra medida» (art. 16, párr. 2). Australia concuerda con la observación hecha por la Comisión en su comentario de que la práctica de las desapariciones sistemáticas de personas merecía ser mencionada expresamente en el contex-

<sup>1</sup> El artículo 18 fue aprobado inicialmente como artículo 15. Para el comentario, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 75, en especial párr. 3.

to de este proyecto de código<sup>2</sup>. No es seguro que la persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales abarque la práctica de las desapariciones sistemáticas.

#### *Artículo 22*

36. En el artículo 22 (Crímenes de guerra excepcionalmente graves) se enumeran diversos actos que se considerarán crímenes de guerra excepcionalmente graves. La mayoría de ellos están incluidos en los diversos tratados y convenciones que componen el derecho humanitario internacional.

37. El artículo 22 se aparta, no obstante, del derecho consuetudinario internacional al crear una nueva categoría de «crímenes de guerra excepcionalmente graves». Como, con arreglo al derecho humanitario internacional, los crímenes de guerra son por sí mismos transgresiones excepcionalmente graves de las leyes de la guerra, definidas como infracciones graves de las diversas convenciones y protocolos, no queda claro qué significado se pretende dar a las palabras «excepcionalmente graves». Si se pretende que esas palabras se refieran a la misma categoría conceptual que las infracciones graves de las convenciones y protocolos, hay varias incongruencias entre las violaciones graves de las leyes de la guerra y los crímenes concretos enumerados en el artículo 22.

38. Por ejemplo, en el artículo 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, y el artículo 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, ambos de 12 de agosto de 1949, se definen las infracciones graves de modo que incluyen «la destrucción y apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente». Ni el elemento de arbitrariedad ni la falta de necesidad militar se requieren para tipificar el crimen en el artículo 22 del proyecto. De modo similar, las condiciones relativas a la destrucción en gran escala de bienes de carácter civil (párr. 2, apart. e) y al ataque deliberado contra bienes de excepcional valor religioso, histórico o cultural (apart. f) no son congruentes con los delitos tipificados en el artículo.

#### *Artículo 23*

39. Australia observa que la redacción de los párrafos 2 y 3 del artículo 23 (Reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios), en los que se define el término «mercenarios», es la misma que la adoptada por la Asamblea General en el artículo 1 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, en la que se reconoce que la actividad mercenaria es un crimen internacional.

40. Sin embargo, existen entre el artículo 23 y el derecho internacional vigente varias diferencias importantes, de las que la Comisión no da explicación alguna. Por ejemplo, el artículo 23 se limita a tipificar los actos de reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios. No incluye la actuación como mercenario, que está reconocida como delito en el artículo 3 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.

41. Un segundo problema es la limitación del crimen a los agentes o representantes de un Estado. Cabe considerar si deberían incluirse también los agentes o representantes de entidades no estatales. Si la participación en actividades mercenarias ha de considerarse un crimen internacional, no debe afectar a la responsabilidad criminal que los culpables de esa participación estén vinculados a un Estado o a una entidad no estatal.

42. Otra dificultad que plantea el artículo 23 es la restricción establecida respecto al objetivo de las actividades mercenarias. Con arreglo al artículo, no se comete delito a menos que las actividades estén dirigidas contra otro Estado o con objeto de oponerse al legítimo ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la libre determinación. Es concebible que se puedan reclutar, utilizar, financiar o entrenar mercenarios para actividades dirigidas contra una organización internacional —y no contra un Estado o un movimiento en pro de la libre determinación— y esas actividades no serían punibles con arreglo al artículo 23.

#### *Artículo 24*

43. La redacción del artículo 24 (Terrorismo internacional) plantea dificultades a Australia. En particular, observa que la definición no incluye expresamente un elemento de violencia. ¿Se pretende, por tanto, que el delito abarque actos inmateriales de terrorismo, como la propaganda? Por otra parte, no queda claro si los agentes o representantes tienen que actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales. La ausencia de la intención o el motivo en la definición (véase la Convención para la prevención y represión del terrorismo) también requiere una explicación.

#### *Artículo 25*

44. Australia apoya firmemente las actuaciones internacionales contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En consecuencia, ha participado activamente en la negociación de convenciones multilaterales que promuevan las actuaciones nacionales e internacionales contra el tráfico de drogas.

45. Australia reconoce las preocupaciones en que se basa el artículo 25 (Tráfico ilícito de estupefacientes). Cree, no obstante, que se requiere una labor más detallada sobre varias cuestiones, incluida la relación entre el artículo 25 y las convenciones vigentes, en particular la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

<sup>2</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 113, párrafo 10 del comentario al artículo 21.

46. Los actos enumerados como constitutivos de crímenes con arreglo al artículo 25 son incongruentes con los relacionados en la citada Convención. En el artículo 3 de esa Convención se describe una larga serie de actos que han de tipificarse como delitos en el derecho interno de cada una de las partes. Aunque muchos de ellos parecen haberse omitido debido a que no son suficientemente graves para atraer la sanción penal internacional, otros quizá debieran haberse incluido.

47. La aplicación de cualquier artículo relativo al tráfico de drogas dependerá notablemente de la existencia de disposiciones eficaces en materia de extradición de los presuntos delincuentes, asistencia judicial recíproca entre los Estados en apoyo de su enjuiciamiento y en materia de blanqueo de dinero.

48. También hay que considerar la relación entre las jurisdicciones nacionales encargadas de sancionar los delitos relacionados con el tráfico de drogas y cualquier jurisdicción internacional propuesta para aplicar el código.

49. No queda claro por qué la frase «sustancia sicotrópica» se usa sólo en el párrafo 3, cuando todo el artículo se propone abarcar esas sustancias.

#### Artículo 26

50. La Comisión se refiere en su comentario a la posible contradicción entre el requisito que figura en el artículo 26 de que los daños se causen o se ordene que se causen intencionalmente, y la posibilidad de una condena, con arreglo al apartado *d* del párrafo 2 del artículo 22, por el empleo de medios de guerra que no sólo hayan sido concebidos para causar el daño, sino que «quepa prever» que han de causarlo<sup>3</sup>. Algunos miembros de la Comisión argumentaron que el requisito de *mens rea* que figura en el artículo 26 debía rebajarse para que ese artículo fuera congruente con el artículo 22. De otro modo, esa contradicción podría dar como resultado una violación deliberada de ciertas normas para la protección del medio ambiente, realizada para obtener un beneficio económico que causara daños extensos, duraderos y graves, pero que no causara esos daños de un modo intencional y, por consiguiente, no constituyera un comportamiento criminal. Australia considera que ese argumento está bien fundado y que, si hubiera cabido prever que esa violación causaría el grado requerido de daño, habría que considerarla un crimen internacional.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pág. 116, párrafo 6 del comentario al artículo 26.

#### Austria

[Original: inglés]  
[28 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. En primer lugar, Austria desea expresar a la Comisión de Derecho Internacional su agradecimiento por la

labor de elaboración del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Austria ha observado con satisfacción los progresos logrados por la Comisión sobre ese tema, que ocupa un lugar prioritario en el programa internacional. Austria ha apoyado constantemente los esfuerzos por crear un tribunal penal internacional. También está dispuesta a participar plenamente en todas las actividades que acrecienten y fortalezcan el orden jurídico internacional, garantizando que los que cometan crímenes graves contra la paz y la seguridad de la humanidad respondan plenamente de ellos.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

##### Artículo 1

2. La expresión «de derecho internacional» colocada entre corchetes debería eliminarse del lugar previsto en el proyecto. Debería insertarse, en cambio, después de las palabras «constituyen crímenes». A juicio de Austria, los crímenes enumerados en la parte II deben ser punibles si se cometen intencionalmente, a menos que se determine lo contrario.

##### Artículo 2

3. Respecto a este artículo, que se ocupa de la tipificación de un acto o una omisión como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, su segunda oración no es estrictamente necesaria. El que la tipificación de un acto o una omisión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no resulte afectada por el hecho de que ese acto o esa omisión sea punible o no en el derecho interno se deduce ya de la primera oración, según la cual la tipificación es independiente del derecho interno.

##### Artículo 3

4. En el párrafo 1 se regula de un modo indiferenciado la responsabilidad penal sin tener en cuenta las circunstancias que excluyan esa responsabilidad (véase art. 14). Esa disposición debería completarse como sigue: «...si no existen circunstancias que excluyan la responsabilidad penal».

5. La redacción del párrafo 3 no aclara suficientemente que, con arreglo al presente proyecto de código, la tentativa de cometer un crimen en circunstancias que objetivamente no permitan la comisión del mismo no entrañará responsabilidad penal. Por consiguiente, podría precisarse más el artículo 3, insertando en él un párrafo 4 con la siguiente redacción:

«4. Toda tentativa de cometer un crimen o participar en él en circunstancias que objetivamente no permitan su comisión no acarreará responsabilidad penal.»

6. Austria comparte la opinión de los miembros de la Comisión que pidieron que se realizara un examen con objeto de aclarar para qué tipos de crímenes (incluidos en el presente proyecto de código) podía considerarse que era punible la tentativa de cometerlos. Por consiguiente,

debería mantenerse por el momento la expresión colocada entre corchetes en el párrafo 3.

#### Artículo 4

7. El motivo de la comisión de un crimen podría tenerse en cuenta como una circunstancia agravante o atenuante (véase art. 14).

#### Artículo 8

8. Austria está de acuerdo en general con el fondo de esta disposición, que corresponde esencialmente al artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Desde un punto de vista lingüístico, en el texto inglés podría suprimirse la expresión introductoria «tendrá derecho a que».

9. Austria comparte la opinión de la Comisión de que el nombramiento de un abogado defensor es necesario en todos los casos que abarca el presente proyecto de código (véase el párrafo 5 del comentario de la Comisión al artículo 8<sup>1</sup>).

#### Artículo 9

10. Respecto a esta disposición, se llama la atención hacia el problema del efecto de cosa juzgada que produce una sentencia absolutoria en el Estado en que se cometió el crimen cuando el perpetrador haya actuado en nombre de ese Estado. Parece que ese problema se trata en el apartado *b* del párrafo 4.

11. En el párrafo 2 del texto inglés debe reemplazarse la palabra *punishment* por *penalty*.

12. Las consideraciones expuestas en el apartado *b* del párrafo 3 del comentario de la Comisión al artículo 9<sup>2</sup> deberían recogerse en la redacción del párrafo 4, que podría completarse como sigue: «y ese Estado considere que el fallo no correspondió a una evaluación apropiada del acto o de su gravedad».

#### Artículo 11

13. Después de la palabra «si» en la tercera línea, deben insertarse las siguientes palabras: «conocía o debía haber conocido la ilicitud de las órdenes y si».

#### Artículo 14

14. Este artículo trata de dos principios diferentes: el de tener en cuenta las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal (párr. 1) y el de considerar circunstancias atenuantes (párr. 2). Este último principio (así como las circunstancias agravantes) actúa en la determinación de la

pena aplicable al perpetrador de un crimen, pero no tiene nada que ver con la responsabilidad penal.

15. Austria no puede compartir la oposición de algunos miembros de la Comisión a que se tuvieran en cuenta las razones que eximen del castigo (v. g. la enajenación mental) con respecto a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

16. Debería completarse el párrafo 2 mencionando las circunstancias agravantes que también han de tenerse en cuenta al determinar la gravedad de la pena. Compartimos la opinión de algunos miembros de la Comisión respecto a la inserción de una enumeración descriptiva de posibles circunstancias atenuantes (y agravantes).

#### PARTE I

17. En principio, hay que señalar que parece indispensable que se incorporen disposiciones sobre las penas aplicables. La opinión de algunos miembros de la Comisión de que se establezca un solo nivel de penas aplicables a todos los crímenes definidos en el código no puede compartirse, habida cuenta de las diferencias de gravedad de los crímenes. Por consiguiente, debe mantenerse la expresión entre corchetes, relativa a la magnitud de la pena, que se incluye en los artículos de la parte II.

18. Las palabras «una vez declarado culpable de ese acto», que figuran en los artículos 15 a 26, son innecesarias y deben suprimirse.

#### Artículo 15

19. El efecto obligatorio de las decisiones del Consejo de Seguridad establecido en el párrafo 5 parece dudoso, ya que puede infringir la competencia de un órgano judicial para decidir respecto a la existencia de un elemento material de un crimen determinado (un acto de agresión).

#### Artículo 16

20. La expresión «puedan dar» en la segunda línea del párrafo 2 es innecesaria y debe reemplazarse por «den».

#### Artículo 17

21. Deben mantenerse las expresiones entre corchetes que figuran en el párrafo 2.

#### Artículo 18

22. La expresión «dominación colonial» debe definirse expresamente en un nuevo párrafo 2.

23. Las palabras «en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos» deben reemplazarse por la siguiente expresión: «violando así el derecho de los pueblos a la libre determinación».

#### Artículo 20

24. Por lo que concierne a este artículo, Austria está de acuerdo en general con el fondo de la disposición. Sin em-

<sup>1</sup> El artículo 8 fue aprobado inicialmente como artículo 6. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 16 y 17.

<sup>2</sup> El artículo 9 fue aprobado inicialmente como artículo 7. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

bargo, existen ciertas dudas en cuanto a si la noción de apartheid debe realmente mantenerse en este instrumento. Podría ser preferible una formulación más general en el título del artículo, por ejemplo «Discriminación racial institucionalizada».

#### Artículos 21 y 22

25. La relación entre las disposiciones del artículo 21 y el artículo 22 (conurrencia ideal de crímenes o acumulación) requiere una aclaración. Si el artículo 21 sólo se aplicaría en tiempo de paz, hay que resaltar ese hecho.

26. Debe mantenerse la expresión colocada entre corchetes en el apartado a del párrafo 2 del artículo 22. El hecho de que la enumeración sea sólo descriptiva queda suficientemente destacado por las palabras «en particular».

#### Artículo 23

27. En principio, puede preguntarse si este crimen es tan grave como para insertarlo en el presente proyecto de código. En el párrafo 3, las palabras «en cualquier otra situación» requieren una aclaración.

#### Artículo 24

28. Esta disposición debería redactarse como sigue, lo que permitiría también definir el término «actividades terroristas»:

«1. El que en calidad de agente o de representante de un Estado cometa u ordene que se cometa cualquiera de los actos siguientes:

»—realizar, organizar, facilitar, financiar, instigar o tolerar actividades terroristas contra otro Estado, será condenado [a...].

»2. Se entiende por actividades terroristas los actos dirigidos contra las personas o los bienes y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general.»

#### Artículo 25

29. Queda por ver si este crimen debería insertarse en el presente proyecto de código. Es dudoso que el tráfico ilícito de estupefacientes sea un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por otra parte, las consecuencias que acarrearía su inserción en el código (v. g. la imprescriptibilidad) no parecen convenientes desde un punto de vista político.

#### Artículo 26

30. Como el motivo por el que se perpetra este crimen es generalmente el afán de lucro, no debe establecerse la intencionalidad como una condición para su punibilidad.

## Belarús

[Original: ruso]  
[28 de diciembre de 1992]

### OBSERVACIONES GENERALES

1. El Ministerio de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Belarús han examinado con atención el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El documento elaborado por la Comisión de Derecho Internacional merece en conjunto un juicio positivo. Sin embargo, es necesario, en nuestra opinión, precisar y modificar algunas disposiciones.

### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

#### Artículo 1

2. Sería conveniente suprimir las palabras «[de derecho internacional]». Esta propuesta procede del deseo de unificar las expresiones con que se designan las graves violaciones del derecho internacional que se conviene en calificar como crímenes. Actualmente, para tratar hechos idénticos considerados desde el punto de vista de una misma realidad objetiva, pero realizados por sujetos diferentes, se utilizan expresiones diferentes: «crímenes internacionales» de los Estados, «crímenes de derecho internacional» de los individuos. La supresión de las palabras colocadas entre corchetes permite, a nuestro juicio, evitar toda confusión terminológica.

3. Esperamos que, en el futuro, la Comisión de Derecho Internacional se esfuere por procurar que las disposiciones del código se apliquen a todos los sujetos, comprendidos los Estados, lo que permitirá resolver en el plano teórico la cuestión de la clasificación de los crímenes. Las objeciones suscitadas sobre ese punto (a saber los diferentes modos de responsabilidad aplicables a los diferentes sujetos desde el punto de vista de las penas y de las reglas procesales) se refieren esencialmente al derecho procesal y no pueden tomarse en consideración durante los trabajos relativos al código, que es una recopilación de normas concretas. Conviene responder a esas objeciones en el momento en que se examine el procedimiento de aplicación de las normas, que difiere según las diferentes categorías de sujetos. La elaboración de ese procedimiento se realizará manifiestamente por etapas: desde el procedimiento que determine la responsabilidad de los individuos, teniendo en cuenta los criterios de participación de los Estados, hasta el procedimiento que defina la responsabilidad jurídica de los Estados en materia de crímenes internacionales.

#### Artículo 3

4. Hay que considerar también, a nuestro juicio, la responsabilidad de todo individuo que proporcione ayuda, asistencia o medios o que preste otros servicios tras la comisión de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad con objeto de disimular la materialidad del propio crimen o de proteger a los individuos culpables del

mismo. Parece oportuno considerar también la responsabilidad de todo individuo culpable de pasividad: culpable de no haber denunciado a los órganos judiciales el crimen de la categoría prevista, tanto en fase de sus preparativos como después de su comisión. Conviene precisar en todos los casos que el acto o la pasividad han sido premeditados.

5. Además, en el párrafo 2 del artículo 3 debe mencionarse expresamente el carácter criminal que se atribuye a la orden de cometer crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

6. En el párrafo 3 deberían suprimirse las palabras «[a que se refieren los artículos...]». No sólo es casi imposible en la práctica, sino también casi inútil, examinar cada crimen a fin de determinar si puede calificarse de tentativa: hay que conceder a los tribunales competentes el derecho a decidir por sí mismos si esa noción es aplicable a los asuntos concretos sometidos a su examen.

#### *Artículo 6*

7. Teniendo en cuenta el carácter preliminar del artículo 6, convendría sostener la inclusión en ese artículo de los dos tipos posibles de jurisdicción apropiada para garantizar la aplicación del código: la jurisdicción universal y la jurisdicción internacional.

8. Para modificar el estado actual del mecanismo de la jurisdicción universal (cuyo elemento esencial—la extradición—entraña tantas limitaciones, que además no responden al carácter de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que es sumamente difícil hacerla efectiva) y al mismo tiempo procurar que puedan aparecer las ventajas que entrañaría el establecimiento de un órgano de jurisdicción penal internacional, convendría evitar una comparación rígida. Un sistema de jurisdicción universal y un tribunal penal internacional no se excluyen en modo alguno. La mayoría de los proyectos de establecimiento de un tribunal de esa índole no remiten exclusivamente a su jurisdicción un grupo determinado de crímenes de derecho común, sino que dan a los Estados la posibilidad de escoger entre esos dos mecanismos. Tal decisión parece justificada en los casos en que un Estado no haya participado, en una forma u otra, en la comisión de un crimen.

9. En la mayoría abrumadora de los casos, el sistema de jurisdicción universal no constituye una solución alternativa del tribunal penal internacional para los crímenes internacionales en cuya comisión haya participado un Estado. Si no hay una coerción externa, ese sistema estará totalmente desprovisto de eficacia. Y si se establece bajo la coerción, se llegará a una situación en que los tribunales nacionales pronuncien fallos en los que se condenen los actos de otro Estado.

10. Eso significa que esos dos mecanismos, en la medida en que son distintas posibilidades de aplicar el código, requieren una elaboración más precisa. En primer lugar, es necesario concretar las normas de extradición para los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Desgraciadamente, en su formulación actual, el párrafo 2 del artículo 6 no resuelve el problema del orden de priori-

dad de las solicitudes de extradición en el caso de los individuos culpables de ciertos crímenes de esa naturaleza, en particular en el territorio de otros Estados. Además, sería útil continuar el estudio de la cuestión de la constitución de un tribunal penal internacional, que sería competente para juzgar los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; por otra parte, conviene conceder una atención particular al criterio de la participación del Estado. A Belarús le satisface constatar que ese punto de vista es compartido por la mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, como ha demostrado el debate realizado en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General.

11. Parece que el párrafo 1 del artículo 6 quedaría formulado de modo más satisfactorio si se refiriera no al «presunto autor de un crimen...», sino al «individuo del que existan razones para pensar que ha cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad». Esa nueva redacción excluiría toda posibilidad de aplicar el artículo 6 a un individuo a falta de indicios de culpabilidad.

#### *Artículo 11*

12. Se propone que se reemplace en el artículo 11 la frase «sí, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden» por el siguiente texto: «sí, en la situación dada, existía la posibilidad efectiva de no ejecutar dicha orden».

#### *Artículo 14*

13. El texto ruso del artículo 14 debería hablar, a nuestro juicio, de circunstancias atenuantes de la responsabilidad y no de circunstancias atenuantes del delito. Por lo demás, habría que escindir ese artículo en dos artículos distintos, ya que los párrafos 1 y 2 tratan de dos nociones jurídicas diferentes. Los motivos que se citen en el artículo relativo a las circunstancias eximentes deben enunciarse claramente, mencionando en particular la legítima defensa, el estado de necesidad, la coacción y el error de buena fe. Su aplicabilidad a cada tipo de crimen podría dejarse a la apreciación del tribunal.

14. La cuestión de las circunstancias atenuantes puede examinarse en relación con la de las penas. Sería preferible elaborar un artículo general sobre las penas aplicables a todos los crímenes, en el que se fijarían una pena mínima y una pena máxima y se enumerarían las circunstancias atenuantes. En lugar de enunciar una escala de penas, en caso de aplicación de las disposiciones del código por los tribunales nacionales, se podría estipular que los crímenes sean castigados teniendo en cuenta su carácter de sumo peligro y gravedad.

15. La enumeración de las circunstancias atenuantes podría darse a título de ejemplo y citar, en particular, la comisión de un crimen bajo amenaza o siguiendo órdenes de un superior jerárquico, así como el arrepentimiento y la confesión de culpabilidad.

16. Hay que congratularse de que se haya renunciado a distinguir en el proyecto de código entre los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Por otra parte, hay que abstenerse de introducir, en la fase de la elaboración de normas jurídicas, una división de los crímenes en función de la participación del Estado. El criterio de la participación del Estado desempeñará un papel excepcionalmente importante en otra fase: la del establecimiento del mecanismo de aplicación del código.

## PARTE II

17. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente mencionadas respecto a las penas y la existencia del artículo 3 (Responsabilidad y sanción), no es verdaderamente útil la modificación de las disposiciones iniciales de los artículos de la segunda parte del proyecto de código, que ha sido aportada en 1991 y que se refiere al autor del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Se trata en particular de los artículos 15, 16, 17, 18 y 20, según los cuales el autor del crimen, como la agresión, la amenaza de agresión, la intervención y el apartheid, puede ser «el que actuando a título de autoridad o de organizador». Belarús estima que ese enunciado reduce el número de individuos afectados y limita su responsabilidad. Además, contradice los principios generales relativos a la responsabilidad y la pena, enunciados en el artículo 3 del proyecto de código, que trata de la responsabilidad de todo el que cometa un crimen, sea o no dirigente u organizador.

18. Congratulándose de que se haya introducido en el artículo 15 la noción de responsabilidad por la planificación de la agresión, los órganos competentes de la República de Belarús estiman que la preparación de la agresión debe figurar igualmente en la enumeración de los actos criminales, sobre todo porque la planificación no es de hecho sino uno de los elementos de la preparación.

19. Conviene indicar que puede considerarse que la delimitación de las funciones del Consejo de Seguridad y de las instancias judiciales, tal como se enuncia en el artículo 15, tiene sólo un carácter temporal. Para que las conclusiones del Consejo de Seguridad relativas a la existencia de un acto de agresión obliguen a los tribunales nacionales, es preciso no sólo dar una forma jurídica a esa obligación inscribiéndola en un tratado internacional, sino también efectuar y seguir ciertos procedimientos jurídicos (por ejemplo comenzar imperativamente por crear una comisión de instrucción) que garanticen la objetividad de la decisión del Consejo. Es evidente que esa decisión no prejuzgará en ningún caso la culpabilidad de un individuo determinado en la perpetración de la agresión.

20. Si se crea un tribunal penal internacional en el marco de las Naciones Unidas, la delimitación de sus competencias y de las del Consejo de Seguridad se examinará separadamente.

21. Estimamos que conviene suprimir el término «[armadas]» en el párrafo 2 del artículo 17, a fin de que las medidas de carácter económico puedan ser calificadas también como intervención. Por el contrario, como ese ar-

tículo sólo debe tratar de las formas más graves de intervención, debe mantenerse el término «[gravemente]».

22. Habría que ampliar la lista de autores del crimen de terrorismo internacional que figura en el artículo 24. El código no puede desconocer la amplitud de los actos de terrorismo internacional cometidos por organizaciones o grupos terroristas que no están necesariamente vinculados a un Estado, así como la amenaza que representan para la paz y la seguridad de la humanidad. En todo caso, no puede considerarse que la participación del Estado es un criterio para calificar el terrorismo como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

23. Por último, consideramos que, durante la segunda lectura del proyecto de código, la Comisión de Derecho Internacional podría volver a examinar la posibilidad de incluir la violación de un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

## Bélgica

*[Original: francés]  
[10 de febrero de 1993]*

1. Los artículos del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad pueden aprobarse, en gran medida, tal como han sido redactados por la Comisión de Derecho Internacional. Ese proyecto es el resultado de un análisis particularmente detallado de un conjunto de conceptos jurídicos que se aplican a situaciones diversas, a menudo de difícil delimitación y reunión bajo un denominador común. Es cierto que teóricamente son posibles otras alternativas, en particular en cuanto a la lista de crímenes. Sin embargo, el proyecto es exhaustivo y equilibrado y puede ser objeto de un amplio consenso.

2. Las observaciones que siguen se refieren a las cuestiones siguientes: la constatación de una laguna (en este caso la falta de artículos relativos al tribunal internacional), precisiones respecto a ciertos conceptos relacionados con la definición y la tipificación y algunas observaciones relativas a un crimen determinado, principalmente el genocidio.

### I.—TRIBUNAL INTERNACIONAL

3. La falta de artículos respecto a la competencia de un tribunal penal internacional constituye manifiestamente una laguna. Hubiera sido razonable integrar en este proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad un capítulo relativo a la creación de un tribunal penal internacional y, en particular, a la competencia del tribunal y a las modalidades procesales.

4. Ya se ha señalado en numerosas ocasiones que los crímenes que constituyen una amenaza al orden internacional deben remitirse a una jurisdicción internacional. En efecto, la existencia de una jurisdicción internacional es indispensable: sin ella no hay garantía alguna de que

los autores de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sean castigados.

5. En una materia particularmente grave, relacionada con el comportamiento de los Estados, ya sea cometido el acto criminal por el propio gobierno o por sus agentes, los tribunales nacionales, llamados a juzgar la conducta de gobiernos extranjeros, pueden desfallecer. El principio de la represión universal y los procedimientos de extradición han resultado en gran parte ineficaces a ese respecto.

6. La competencia de un tribunal internacional no debería excluir *a priori* la competencia de los tribunales nacionales. Sin embargo, para asegurar al máximo la eficacia y la coherencia del sistema represivo, sería conveniente atribuir al tribunal internacional no sólo la competencia de juzgar en concurrencia con los tribunales nacionales, sino igualmente la de juzgar en apelación los fallos de esos tribunales.

7. Además, el recurso al tribunal internacional no debería ser facultativo. No podría admitirse una reserva a esa competencia como la prevista en el artículo VI de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en el que se prevé que la corte penal internacional será competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción. A ese respecto, el Sr. Graven se expresa como sigue:

Sin embargo, eso equivale a olvidar el carácter de *orden público\** de la jurisdicción penal. Es admisible que se pueda, en ciertos casos, escoger la jurisdicción competente (sobre todo arbitral) para someterle *controversias\**, pero, en ningún caso, se debe tener la posibilidad de substraerse, cuando se trate de una acción o *procesamiento penal\**, a la jurisdicción represiva establecida<sup>1</sup>.

## II.—DEFINICIÓN Y TIPIFICACIÓN

8. El proyecto de código, que no define la noción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, establece una lista de crímenes.

9. No se puede, propiamente hablando, optar entre una definición conceptual y la elaboración de la lista de crímenes, ya que los dos enfoques se completan mutuamente. Hay que lamentar la falta de una definición conceptual: por grande que sea la dificultad que implica la definición, hay que señalar, no obstante, que la lista de crímenes es necesariamente función de la definición conceptual.

10. Muchos criterios permiten precisar la noción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. En su comentario, la Comisión dice que se trata de crímenes que afectan a los fundamentos mismos de la sociedad humana, en particular por la gravedad del acto que se imputa y por la amplitud de sus efectos. Parece que la definición conceptual podría ser más precisa, particularmente especificando la noción de crimen contra la paz y la seguridad de

la humanidad en relación con la de crimen de derecho común: esa especificidad podría resultar del ataque al orden público internacional, así como de la responsabilidad del Estado, ya sea directa indirecta, por tolerar el acto criminal o no haber tomado las medidas necesarias para evitar situaciones que constituyen amenazas al orden público internacional.

11. En la hipótesis de que se definiera en un artículo del código el concepto de crimen, la referencia a la noción de derecho internacional, como la incluida en el artículo 1, resultaría superflua.

12. Parece indispensable incluir en el proyecto de código una escala de penas para cada crimen.

13. Los crímenes de que se trata son fundamentalmente un ataque al orden público internacional; por tanto, parece anormal que la determinación de las penas se deje a la discreción de los derechos internos, lo que tendría como consecuencia que un mismo acto criminal que amenazara al orden público internacional sería sancionado con penas diferentes.

14. El proyecto de código, que sólo trata de la responsabilidad penal individual, deja en suspenso el problema de la responsabilidad penal internacional del Estado.

15. Sería pertinente que un artículo del código regulara la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, en el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Estado como tal está necesariamente implicado, ya sea directamente, como agente activo y a veces exclusivo, ya sea indirectamente, por no haber actuado o por imprevisión. Por ello, parece anormal que el código no trate la cuestión de la responsabilidad del Estado. Por otra parte, conviene señalar que la mención de la responsabilidad del Estado en el código permitiría dar un fundamento jurídico sólido a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a las víctimas de los actos criminales y a sus causahabientes.

16. Además, hacer responsable de los crímenes al Estado, independientemente de la responsabilidad de los gobernantes y de los agentes del Estado, tendría como consecuencia que la colectividad nacional se sintiera ella misma afectada por los actos imputados, lo que haría difícil que esa colectividad descargara toda la responsabilidad sobre los gobernantes a los que la nación ha confiado el poder político.

17. La noción de circunstancias eximentes, prevista en el artículo 14 del proyecto, parece difícilmente aplicable a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

18. Se plantea entonces la cuestión de saber si no sería preferible suprimir el artículo 14. El juez podrá, en todo caso, recurrir a los principios generales de derecho penal, como las circunstancias atenuantes, cuando tenga que apreciar la situación en que se ha perpetrado el acto criminal.

<sup>1</sup> «Les crimes contre l'humanité», *Recueil des cours... 1950-I*, t. 76, Paris, Sirey, págs. 427 y ss., en especial pág. 520, nota 3.



### III.—CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

#### a) *Agresión y amenaza de agresión*

19. En el párrafo 5 del artículo 15 se establece que las decisiones del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión serán obligatorias para los tribunales nacionales. El Consejo de Seguridad es el órgano de las Naciones Unidas competente para determinar la existencia de un acto de agresión o de una amenaza contra la paz (Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas). Parece lógico, por tanto, que el juez esté obligado por esas determinaciones, que se imponen a todos los Estados y, en consecuencia, a todos los órganos del Estado, y en particular a sus órganos jurisdiccionales. Esa limitación de la facultad de apreciación del juez debe interpretarse en sentido estricto: el juez sólo estará obligado en la medida en que el Consejo de Seguridad, tratando el asunto, determine que existe una agresión o que no existe.

#### b) *Intervención*

20. Puede justificarse que se admitan como forma de intervención sólo las actividades armadas. La noción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad implica necesariamente que se trate de un acto particularmente grave que amenace el fundamento de la sociedad humana. No parece que las intervenciones de carácter económico, aparte de la dificultad de apreciar su alcance, correspondan al concepto de gravedad particular. No obstante, en la hipótesis de que el código debiera admitir otras formas de intervención distintas de las actividades armadas, convendría precisar la naturaleza de esas intervenciones.

#### c) *Genocidio*

21. El proyecto de código retoma, respecto a los grupos que constituyen el objetivo de los actos de destrucción, la lista limitativa del artículo II de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, es decir los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Sin embargo, habría podido concebirse perfectamente una lista de grupos no limitativa. En efecto, en muchas ocasiones se ha hecho referencia a una lista no limitativa; pueden citarse a ese respecto:

a) La requisitoria francesa en el proceso de Nuremberg: «y particularmente ciertos grupos religiosos, nacionales o raciales»;

b) La definición de genocidio en la resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946: «El genocidio es una negación del derecho de existencia a grupo<sup>3</sup> humanos enteros»;

c) La enmienda presentada por Francia en los debates de la Sexta Comisión durante la elaboración de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio: «en particular debido a su nacionalidad, su raza, su religión o sus opiniones»<sup>2</sup>.

22. El carácter no limitativo de la enumeración de los grupos se justifica plenamente: en efecto, el genocidio es una noción que debe cubrir situaciones múltiples que no coinciden necesariamente con los ejemplos proporcionados por la historia. Baste citar el caso del genocidio camboyano, en el que el grupo que se pretendía destruir no correspondía a ninguna de las tipificaciones incorporadas a la definición del genocidio en el artículo II de la Convención.

23. En favor de una enumeración limitativa de los grupos que constituyen el objetivo del crimen se ha aducido la necesidad de evitar toda imprecisión de orden jurídico. En la hipótesis de que se admita esa finalidad, hay que asegurarse de que la enumeración sea exhaustiva. Cabe señalar, no obstante, que el derecho, tanto el internacional como el nacional, recurre a conceptos no precisados: así ocurre particularmente en el caso de los conceptos de *jus cogens*, de «orden público» y de «buenas costumbres».

24. Se ha señalado igualmente que los actos de genocidio que quedaran fuera de la noción de crimen de genocidio, tal como está prevista en la Convención de 1948, podrían eventualmente considerarse «violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos». Esta solución tropieza con dos objeciones. La naturaleza del genocidio se diferencia de las violaciones sistemáticas en el sentido de que, en el genocidio, el objetivo es el propio grupo; en cuanto a la lista de actos, no es la misma en esos dos crímenes.

25. En consecuencia, convendría revisar la definición del concepto de genocidio. Dos soluciones son posibles: adoptar una enumeración no limitativa de los grupos o completar la enumeración limitativa con otras nociones, como, por ejemplo, los grupos políticos y los grupos socioeconómicos. Cabe señalar a ese respecto que durante la elaboración de la Convención se hizo referencia en la Sexta Comisión al concepto de grupo político<sup>3</sup>.

26. El artículo 26 trata de los daños intencionales y graves al medio ambiente. Como se precisa en el comentario, se excluyen los daños causados por la violación deliberada de los reglamentos que prohíben o limitan el uso de determinadas sustancias o técnicas, si la finalidad expresa o el propósito específico no es causar un daño al medio ambiente<sup>4</sup>. Por otra parte, se ha señalado en el comentario que el artículo 26 estaba en contradicción con el artículo 22, relativo a los crímenes de guerra, ya que éste sanciona la utilización deliberada de medios que quepa prever que han de causar daños al medio ambiente, aun cuando el propósito al utilizar esos medios no haya sido causar esos daños<sup>5</sup>.

27. Esa diferencia entre los artículos 26 y 22 no parece fundamentada. Sería conveniente que se modificara el artículo 26 en un sentido análogo al concepto admitido en el artículo 22, ya que la noción de atentado contra el medio ambiente, si implica el daño deliberado, es demasiado restrictiva.

<sup>3</sup> Ibid., pág. 47; véase también A/C.6/SR.129.

<sup>4</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 116, párr. 6 del comentario al artículo 26.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Naciones Unidas, *Estudio histórico...*, pág. 170, anexo 15, artículo 1 (texto publicado anteriormente con la signatura A/C.6/211).

## Brasil

[Original: inglés]  
[29 de enero de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

1. Para comenzar, conviene señalar que la parte general del proyecto debe revisarse. Los artículos 11 a 13 están relacionados efectivamente con algunos aspectos de la responsabilidad individual y deben colocarse inmediatamente después de los artículos 3 y 4. El artículo 5 debe concluir esta primera serie de principios. Además, al comparar los textos español, inglés y francés de los artículos del proyecto de código, observamos que existen diferencias entre ellos. Debemos destacar la importancia de las traducciones española y francesa, en particular debido al hecho de que la legislación brasileña se basa en el sistema de derecho civil. En ese contexto, conviene recordar que el título del artículo 7 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes se denomina, en la versión inglesa, *Non-applicability of statutory limitations*.

2. Sobre la estructura del proyecto, no tenemos objeción alguna. Sin embargo, podemos suponer que, además de la parte general y la parte sobre tipificación, se incluirán partes adicionales correspondientes no sólo a un tribunal internacional, sino también a un sistema de ejecución de las penas, en el que incluso se pueda considerar una institución correccional internacional.

## COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

## Artículo 1

3. Por lo que se refiere al artículo 1, sobre la definición de los crímenes incluidos en el código, sería preferible suprimir la fórmula «de derecho internacional», que figura entre corchetes, ya que cualquier crimen que se define en un tratado internacional se considera un crimen con arreglo al derecho internacional. Como máximo, podríamos aceptar la sugerencia hecha al final del comentario a ese artículo, es decir que, si se mantuviera esa fórmula, figurara en la segunda línea del proyecto de artículo, después de las palabras «constituyen crímenes»<sup>1</sup>.

## Artículos 2 y 3

4. Parece haber una contradicción entre los artículos 2 y 3 del proyecto. Con arreglo al artículo 2, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es «un acto o una omisión». Sin embargo, el artículo 3 se refiere solamente a quien cometa un crimen o realice un acto que constituya una tentativa de cometer un crimen (párrs. 1 y 3) y a que «será responsable de ese acto» (párr. 2). No distingue entre acto y omisión, distinción que está también prevista en el artículo 5: «el enjuiciamiento [...] no exonerará a nin-

gún Estado de responsabilidad [...] por un acto o una omisión que le sea imputable».

5. Evidentemente, esta contradicción, que también indica la existencia de una laguna en el proyecto, no fue pasada por alto por la Comisión. De hecho, en el párrafo 2 del comentario al artículo 10<sup>2</sup>, la Comisión considera que la palabra «actos» debe interpretarse como «actos u omisiones». Esta interpretación de la palabra «acto» según el comentario «sería objeto, en su momento, de una disposición especial en la que se explicaría el sentido de la palabra cada vez que se empleara en el código». Independientemente de la formulación de esa disposición, la norma del artículo 3 debería revisarse para que incorpore, entre otras normas del proyecto, una disposición similar, por ejemplo, al párrafo 2 del artículo 13 del Código Penal Brasileño (similar a otros códigos penales), en el que se establece que la omisión es penalmente pertinente cuando la persona que la comete hubiera debido y podido actuar para evitar el resultado.

6. Cabe señalar además que la disposición del párrafo 2 del artículo 3 se refiere al menos a tres acciones diferentes relacionadas con los delitos y que requieren una especificación: *a)* la asistencia, *b)* la conspiración y *c)* la instigación. De hecho, se dedican a esa cuestión dos párrafos del comentario al artículo<sup>3</sup>, destacando la importancia de que se elabore más el párrafo 2 de ese artículo y de que su contenido sea objeto de un análisis a fondo y amplio.

7. Respecto al párrafo 2 del artículo 3, cabe señalar que el texto español difiere del francés: el primero se refiere a «asistencia o los medios», en tanto que el otro menciona *une aide, une assistance ou des moyens*.

## Artículo 6

8. El párrafo 1 debería mejorarse, ya que no sólo para el proceso, sino también para la extradición, la mera alegación de la comisión de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no sería suficiente: debe presentarse también información que la apoye.

9. Además, el futuro código mencionará la diferencia existente entre la extradición (que sólo se aplica en el caso del procesamiento ante un tribunal nacional) y la entrega del presunto autor de un crimen para su procesamiento ante un tribunal internacional. Suponiendo que se establezca ese tribunal internacional, el párrafo 3 del artículo 6 ya no existirá y los demás párrafos precisarán algunas modificaciones.

## Artículo 8

10. Deben mejorarse igualmente los apartados *c* y *g* del artículo 8. Realmente, el derecho de un individuo acusado de un crimen a comunicarse con el defensor de su elec-

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párrafo 5 del comentario al artículo 1.

<sup>2</sup> El artículo 10 fue aprobado inicialmente como artículo 8. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 75.

<sup>3</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 106, párrs. 3 y 4.

ción debería ampliarse al defensor de oficio que se le nombre en el caso del apartado *e*. Sin embargo, el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete no debe limitarse al juicio oral, sino extenderse a todas las fases del proceso.

#### Artículo 9

11. Algunas disposiciones (arts. 6 y 9) están vinculadas a la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional. El artículo 9 es particularmente intrigante. Pretende consagrar el principio de la cosa juzgada en las jurisdicciones nacional e internacional. Sin embargo, la Comisión lo redactó antes de haber decidido el sistema jurisdiccional aplicable (tribunal penal internacional o tribunales nacionales). Por consiguiente, se estableció un complejo sistema de excepciones, que terminó por producir efectos negativos, como sucede con la redacción de otros artículos (art. 6). El primer párrafo del artículo 9 debería establecer expresamente lo que se señala en el párrafo 2 del comentario, a saber «que la palabra “absuelto” se refería a una absolución mediante un fallo en cuanto al fondo y no a un sobreseimiento»<sup>4</sup>.

#### Artículo 14

12. Por lo que respecta al artículo 14, lo que se establece respecto a las circunstancias eximentes y atenuantes conforme a los principios generales del derecho parece insuficiente. Las disposiciones son algo vagas, ya que es difícil, basándose sólo en «los principios generales del derecho», indicar qué circunstancias deben tenerse en cuenta. De hecho, el gran número de disposiciones de un alcance general parece ser uno de los mayores problemas que dificultan la labor de codificación de la Comisión. Por lo que se refiere a este proyecto, el derecho penal, por su propia naturaleza y los valores afectados, requiere un alto grado de definición y exige una regulación más detallada.

#### PARTE II

13. Respecto a las disposiciones de la parte II, en la que se definen los crímenes, escogeríamos una tipificación restrictiva. Crímenes tales como la amenaza de agresión (art. 16) y el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 23) podrían incluirse en un código penal internacional, pero no necesariamente en el código que estamos examinando. También parece injustificable incluir un artículo sobre la intervención (art. 17), un concepto demasiado amplio para tratarlo en la esfera de la responsabilidad individual. Los actos tipificados en el artículo podrían considerarse crímenes, pero sin referencia al concepto general de intervención. Es comprensible que la Comisión pueda sentirse tentada a ampliar el mandato que se le confió, tratando de prepa-

rar un proyecto de código que se extienda más allá del marco de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, eso podría producir resultados negativos, entre ellos la inexactitud y la falta de precisión técnica en algunas de las disposiciones del proyecto de código.

14. Sin embargo, hay que señalar también que, con las excepciones de los crímenes de agresión, genocidio y apartheid (arts. 15, 19 y 20), cuyas definiciones no se apartan de las existentes en otros instrumentos internacionales, la tipificación de los crímenes no es suficiente. En el caso del artículo 21, aunque se titule «Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos», podría interpretarse que el texto implica que casos individuales de asesinato o tortura constituirían crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por consiguiente, parece necesario aclarar el alcance de la expresión limitativa «de una manera sistemática o masiva», a fin de indicar que el código sólo abarcará hechos de importancia internacional cometidos o no con la tolerancia del poder estatal. De modo similar, hay un elemento internacional en el crimen de terrorismo («en calidad de agente o de representante de un Estado [...] contra otro Estado»), lo que significa que el crimen descrito en el artículo 24 sólo puede castigarse con arreglo al código cuando sea cometido u ordenado por un agente o representante de un Estado contra otro Estado. La ausencia de un elemento internacional con respecto al crimen tipificado en el artículo 25 (Tráfico ilícito de estupefacientes) no puede justificarse. De modo similar, el crimen de los daños intencionales y graves al medio ambiente se tipifica también sin referencia alguna al elemento internacional.

#### Bulgaria

[Original: inglés]  
[4 de febrero de 1993]

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

##### Artículo 1

1. En el artículo 1 del proyecto sería preferible una definición conceptual que dé un significado general al término «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad». Nuestra posición se basa en el entendimiento de que una definición conceptual define esencialmente la naturaleza de un tipo determinado de crimen, sus características básicas y sus elementos. Es necesario indicar con precisión el método y el principio que se utilizarán para determinar si cierto delito puede considerarse un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por eso, según los tipos de crímenes relacionados más adelante en el proyecto, un crimen determinado puede tener formalmente las características de ese tipo de acto criminal, pero, en circunstancias concretas, su gravedad puede no ser suficiente para calificarlo de agresión contra la paz y la seguridad de la humanidad. De ese modo, se establecerán mejores salvaguardias legales para los derechos personales de los perpetradores. Por otra parte, para cumplir el

<sup>4</sup> El artículo 9 fue aprobado inicialmente como artículo 7. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

principio de derecho penal de que los crímenes y las penas correspondientes deben determinarse sólo por ley, es necesario, como se señala más adelante en el texto, dedicar una parte especial del código a establecer los elementos tipificadores de ese tipo particular de crimen. A ese respecto, debería añadirse al texto del artículo 1 una oración en la que se limitara el alcance del código a los tipos de crímenes relacionados en él. De ese modo, podrían aprovecharse los aspectos positivos de los dos enfoques posibles de la cuestión.

2. Proponemos también que se definan las circunstancias calificadoras de la culpabilidad, como la participación en grupo o los tipos organizados de actos criminales. Un argumento que apoya esta opinión es que, en muchas legislaciones nacionales, la forma organizada o en grupo de cometer un tipo determinado de crimen se considera una circunstancia agravante. No puede aplicarse un denominador común a un acto criminal cometido por un individuo y a un crimen en grupo u organizado, que en la mayoría de los casos tiene consecuencias mucho más graves para la paz y la seguridad de la humanidad. A ese respecto, proponemos que el hecho de que determinado crimen haya sido cometido por un grupo u organización de personas se considere una circunstancia agravante al determinar el tipo y la magnitud de la pena para los crímenes tratados en este código.

3. En el mismo sentido, sugerimos que la definición que figura en el artículo 1 del proyecto de código se cambie como sigue:

*«Artículo 1.—Definición*

»1. A los efectos del presente código, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es un acto o una omisión cometido por un individuo que por sí mismo constituya una amenaza grave e inmediata a la paz o la seguridad de la humanidad o dé como resultado su violación.

»2. En particular, los crímenes definidos en el presente código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.»

*Artículo 9*

4. Los párrafos 3 y 4 del artículo 9 constituyen una importante violación del principio básico de derecho penal de la cosa juzgada y, en ese sentido, representan un abuso de los derechos humanos. A fin de proteger los derechos humanos, proponemos que se añada al final del artículo 3 la siguiente expresión: «siempre que la pena que se le imponga no corresponda aparentemente a la gravedad del crimen cometido». La misma frase debería añadirse al final del párrafo 4, antes de los apartados *a* y *b* del mismo.

5. Ese enfoque permite juzgar, en cada caso particular, si la pena impuesta por un Estado corresponde a la gravedad del crimen cometido, así como aplicar las cláusulas

de los párrafos 3 y 4 del artículo 9 sólo en caso de discrepancia evidente.

*Artículos 15 y siguientes*

6. A partir del artículo 15, se enumeran los diferentes tipos de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A nuestro juicio, esos artículos deberían agruparse en una parte separada. Proponemos que los artículos 1 a 14 se agrupen en un capítulo titulado «Disposiciones generales», en tanto que los restantes artículos podrían incluirse en otro capítulo titulado «Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad».

7. Proponemos que, cuando la persona que cometió el crimen haya sido definida como «autoridad u organizador» (arts. 15, 16, 17, 18 y 20), esa característica se considere una circunstancia agravante, al igual que el hecho de que un individuo haya formado parte de un grupo o haya participado en una forma organizada de cometer cierto tipo de crimen, considerando los argumentos anteriormente mencionados. Esas circunstancias calificadoras deberían considerarse al determinar el tipo y la magnitud de la pena impuesta por un crimen determinado.

8. El texto del párrafo 3 del artículo 17 debería reproducirse íntegramente en el artículo 16, ya que, en ambos casos, los actos cometidos con el propósito de proteger el derecho de una nación a la libre determinación no deben incluirse en el ámbito de aplicación del código.

9. Proponemos que, en el artículo 21, la expresión «persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales» sea complementada por la expresión «incluidos los tratos inhumanos y degradantes basados en esos motivos».

10. Durante el examen del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad propuesto, los representantes de Bulgaria que participan en el debate deberían subrayar que, con arreglo a la Constitución, los acuerdos internacionales que hayan entrado en vigor en nuestro país forman parte de nuestra legislación nacional. Sin embargo, con arreglo a la decisión número 7 del Tribunal Constitucional de la República de Bulgaria respecto al caso constitucional número 6/1992, se presume que «para que los actos que se consideren criminales con arreglo a acuerdos internacionales sean incluidos en la legislación nacional, es necesario especificar los elementos calificadores y las penas respectivas para cada crimen en una ley interna, cuya fuerza se determina con arreglo a los requisitos de la legislación nacional». En otras palabras, para que un individuo que haya cometido crímenes penados en el código sea procesado, es necesario que esos crímenes, definidos en el código, se incluyan en nuestra legislación nacional y que se especifique una pena para cada uno de ellos.

## Costa Rica

[Original: español]  
[6 de enero de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

1. El análisis que se hace a continuación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no sólo contempla el articulado, sino también los comentarios que el Comité de Redacción ha incorporado al pie de cada uno de esos artículos. Se consideró importante tomar en cuenta estos comentarios ya que de alguna manera complementan lo que los artículos pretenden, además de ser un aviso de las tendencias doctrinales que inspiran el proyecto en su totalidad. Un análisis del articulado, por ello, sería incompleto si no se toma en cuenta el comentario que los mismos redactores han consignado.

2. Se ha tratado, en lo posible, de analizar artículo por artículo el proyecto, haciendo la separación en cada una de las grandes secciones o títulos del proyecto, no sólo para facilitar la lectura del informe, sino también para comprender el sentido de la redacción original, a fin de que tenga una utilidad explicativa de las objeciones que se le hacen y de las posibles soluciones que se proponen para superar los problemas de legalidad y de constitucionalidad que pueden estar involucrados con la propuesta original del proyecto.

3. Se ha tratado de incluir la jurisprudencia constitucional y de casación penal más importante, a fin de que la Comisión tome nota de estos precedentes y los valore con el único objetivo de que se adelante a los problemas de negociación del proyecto con los países, muy especialmente con Costa Rica, país que comienza a vivir un renacimiento de la lectura constitucional de la legislación penal y que, por ello, pondrá un especial interés en la compatibilidad del articulado del proyecto con la Carta Magna que actualmente nos rige.

## I.—LA PARTE GENERAL DEL PROYECTO

*Sobre la definición y tipificación de los crímenes (artículos 1 y 2 del proyecto)*

4. El proyecto, en su artículo 1, parece optar por una definición bastante peculiar de las figuras que atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad. Tal tipificación responde a ciertas características que, por unanimidad, se incorporan a la gravedad de los actos que se pretende prohibir mediante las inc. iminaciones.

5. Esta unanimidad está referida a la «crueldad», «monstruosidad» o «barbarie» que pueden estar involucradas en la realización de un hecho punible de los previstos en este proyecto, hechos que acarrearán efectos que producen víctimas entre los pueblos, poblaciones o grupos étnicos del mundo acarrearando resultados masivos. Esta gravedad, como se indica en el comentario al propio proyecto,

[...] es la que constituye el elemento esencial del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, crimen que se caracteriza por el grado de horror y de barbarie, y que socava los fundamentos de la sociedad humana<sup>1</sup>.

6. En general, se puede estar de acuerdo en la extraordinaria gravedad de este tipo de conductas y la necesidad de tomar en cuenta los efectos de las mismas en las víctimas potenciales, ya que no se está hablando de otra cosa más que de bienes jurídicos que transcenden la tutela de una relación de disponibilidad residente en un ciudadano, sino en una pluralidad de habitantes de un pueblo, etnia o raza. La lesión de estos bienes jurídicos puede implicar un delito de carácter masivo y sistemático, como lo admite el mismo proyecto; no obstante, este carácter no puede llevar a la conclusión que la Comisión parece aceptar de manera expresa en el sentido de que siempre debe presumirse la «intención culpable», y que no «necesita probarse», sino que se deduce «objetivamente» de los propios hechos y, por ello, no debe atenderse a «si el autor tenía en conciencia intención criminal»<sup>2</sup>. La admisión que se está haciendo es de una responsabilidad objetiva por hechos que atenten contra la paz y la seguridad de la humanidad, aspecto que parecía superado desde hacía muchos años por el derecho penal garantista.

7. La responsabilidad objetiva ya no es aceptada en ningún sistema de derecho penal liberal, por cuanto obliga a establecer una responsabilidad sin ninguna valoración subjetiva sobre la intención del autor en la realización del hecho y a considerar que el autor en cuestión es merecedor de una sanción por el solo hecho de haber aceptado el riesgo de las consecuencias derivadas de su acto, es decir el que su conducta pueda infringir un principio de derecho. El derecho penal interno de la mayoría de los Estados de derecho, en especial de Costa Rica, ha optado por la negativa a admitir la responsabilidad objetiva en materia penal, optando por la responsabilidad subjetiva fundada en el dolo o culpa que el sujeto haya manifestado con su acción. Las conductas punibles en sistemas jurídicos como el costarricense se presumen dolosas a menos que se diga lo contrario, caso en que el legislador suele describir una conducta culposa. Sin embargo, el dolo no se presume en el actuar del sujeto, sino que el mismo debe demostrarse a fin de afirmar un elemento subjetivo esencial del juicio de tipicidad, que es uno de los primeros pasos del análisis judicial de un caso penal.

8. El problema del dolo está presente en el análisis típico y tiene una trascendencia enorme, ya que no sólo se refiere a la misma tipificación (ya que el dolo se entiende como parte de la descripción), sino que también debe demostrarse, es decir ubicar si en el caso concreto no se produjo un supuesto de error de tipo que haga desaparecer el dolo y la culpa o sólo deje insubsistente el dolo para castigar la conducta (si existe una descripción paralela culposa) por culpa (artículo 34 del Código Penal costarricense). La jurisprudencia penal costarricense ha establecido que el problema del dolo no es un problema de culpabilidad, sino de tipicidad, y que por ello el juez debe poner espe-

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párrafo 2 del comentario al artículo 1.

<sup>2</sup> *Ibid.*, párr. 3.

cial atención a los problemas que suelen rodear el fenómeno de la intencionalidad (voluntad y conocimiento) de la conducta humana.

9. La Sala Constitucional, el más alto tribunal con competencia para interpretar la Constitución Política, ha establecido que las garantías planteadas por el artículo 39 de la Carta Magna que nos rige desde 1949 prohíben la responsabilidad objetiva en materia penal, por lo que cualquier descripción que pretenda responsabilizar al autor presumiendo su actuación culpable para la realización del resultado por el riesgo creado por su conducta o por la previsibilidad de la producción de ese resultado a título doloso en la comisión del hecho, resulta abiertamente inconstitucional.

10. Se considera, por lo anterior, que podría existir una incompatibilidad no sólo legal sino también constitucional con una descripción de responsabilidad objetiva en este proyecto, por lo que debe adoptarse la responsabilidad subjetiva. Este último elemento resulta mucho más coherente, desde el punto de vista de la intención de la Comisión, ya que cuadra perfectamente con el deseo de aplicar el código a individuos y no a Estados.

11. Igualmente, y en relación con el artículo 2 del proyecto, resulta importante indicar que, aunque para efectos de tipificación no hay que atender a si la conducta está o no prevista en el derecho interno, sí debe ponerse especial interés a las prohibiciones constitucionales aplicadas al trabajo legislativo de construcción de las conductas delictivas. En Costa Rica, dentro de estas prohibiciones, como ya se ha explicado, resalta, especialmente, la prohibición de conductas penales sin bien jurídico y aquellas que pretendan un castigo por responsabilidad objetiva. El Comité de Redacción debe estar atento a estas prohibiciones, ya que el proyecto, si alguna vez llega a convertirse en legislación internacional, podría tener serios problemas de aplicación práctica si consigna principios que exceptúan garantías penales establecidas en las constituciones políticas de los Estados.

12. Este artículo 2 tiene otro problema que preocupa en sobremanera y que obliga a sugerir su replanteamiento. Se trata precisamente de la frase: «El hecho de que un acto o una omisión sea punible o no en el derecho interno no afectará a esa tipificación.» En primer lugar, debe decirse que «esa tipificación» refiere concretamente al articulado de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, de allí que se produzcan dos posibles interpretaciones: por un lado, que si hay una coexistencia de descripciones (una de derecho interno y otra idéntica del código de crímenes contra la paz y la humanidad) se deberá aplicar la de derecho internacional o, en defecto de esta primera interpretación, que podrán coexistir las dos jurisdicciones, ambas con plenos poderes para investigar e imponer la sanción, lo que obligaría a aceptar la posibilidad de un posible *non bis in idem*. En segundo lugar, nos parece que es necesario eliminar la frase porque llevaría a explicar los posibles problemas de jurisdicción que se desprenden del primer problema apuntado, en especial sobre las reglas de prescripción, de garantías procesales y de fondo que inspiraran la aplicación de la normativa internacional.

13. El primer orden de problemas resulta insoluble, ya que la constitución política de la mayoría de los Estados latinoamericanos, especialmente la de Costa Rica, prohíbe la doble punición por un mismo hecho, tal y como ocurriría si se aplicara la sanción correspondiente al derecho interno y después la del derecho internacional. En el segundo orden de problemas, bien vale la pena no entrar en definiciones sobre principios jurisdiccionales que obligarían a la aplicación del proyecto, ya que entre otros fenómenos surgiría la dificultad (cuando el Estado que capture sea suscriptor del código de crímenes internacionales) de que aplicara su derecho penal interno y no el del código internacional, en virtud del principio de captura, aun cuando sea otro principio (el de universalidad o el de territorialidad) el que obligue a aplicar las reglas del proyecto. Comprendemos que la intención de la Comisión era evitar este último problema; sin embargo, creemos que, con la redacción actual, se prestaría a todos estos inconvenientes, que bien pueden evitarse eliminando la frase correspondiente a estos aspectos ya indicados<sup>3</sup>.

## II.—PRINCIPIOS GENERALES (ARTS. 3 A 14)

### Artículo 3

14. Por lo que se ha venido estableciendo sobre la responsabilidad subjetiva, creemos necesario que algún artículo contemple el principio de legalidad en materia de este tipo de figuras y, en especial, una definición sobre uno de sus derivados más importantes, como es el principio de culpabilidad.

15. El párrafo 1 del artículo 3 creemos que es omiso y debería contemplar la responsabilidad por dolo, culpa o preterintención, no sólo a título de principio general, sino también para despejar la duda sobre la posible existencia de una punición por responsabilidad objetiva, que es una «espada de Damocles» que pende sobre el proyecto y que compromete su posible éxito futuro.

16. El párrafo 2 se refiere a la complicidad, a la conspiración para delinquir y a la instigación, en un sólo párrafo, técnica bastante cuestionable y que obliga a recomendar la redacción de una sección aparte sobre autoría y participación que contemple los principios más modernos en esta materia, principios que tienden a eliminar la conspiración para delinquir en la medida que dicha punición sea un castigo por ideaciones o resoluciones manifestadas que no se hayan concretado en un efectivo peligro para un bien jurídico penalmente tutelado. La figura de la conspiración es frecuente en el derecho anglosajón, pero resulta desconocida para el derecho de inspiración continental europeo, por lo que pensamos que van existir problemas para su adopción por los países de América Latina, por las reservas muy bien fundadas en recientes conquistas democráticas, en algunos casos, que, como reacción a gobiernos de facto, pretenden salvaguardar posibles salidas a un castigo por el pen-

<sup>3</sup> Algunos miembros del Comité de Redacción, entre ellos Costa Rica, eran partidarios de la eliminación de esta segunda frase del artículo 2, ya que no era estrictamente necesaria.

sar distinto. América Latina tiene trágicas experiencias de regímenes dictatoriales que suelen utilizar la «conspiración» y la «asociación para delinquir» como formas de castigo del pensar distinto y por allí sancionar la disidencia y las conductas contrarias al régimen, aunque no impliquen más que el ejercicio de alguna libertad individual ya coartada de manera directa por el ejercicio del poder autoritario.

17. En cuanto al tema de la responsabilidad del Estado en la comisión de los hechos punibles descritos en el proyecto, resulta importante destacar que, si se sigue una tesis de responsabilidad subjetiva, se debe castigar a los agentes estatales que hayan ejecutado personalmente, o por autoría mediata o con complicidad con otros autores, los hechos descritos en el proyecto. La responsabilidad del Estado, desde esta perspectiva, se circunscribiría, en caso de delitos cometidos por sus órganos, a una responsabilidad solidaria para el resarcimiento de los daños ocasionados. Creemos que llevan razón los miembros de la Comisión cuando indican que una posible responsabilidad de los Estados como autores de estos hechos llevaría a transformar los principios que informan el castigo de estos hechos por responsabilidad subjetiva y obligaría a los redactores a acercarse más al tipo de dogmática penal que se ha venido construyendo para castigar la criminalidad de sociedades transnacionales, las cuales, al igual que los Estados, responden por sus representantes de acuerdo a una serie de reglas y principios que vale revisar acorde con las distintas constituciones políticas.

18. Sobre las conductas concretas de facilitación de la huida de los autores de los delitos o para hacer desaparecer los objetos o útiles del delito, lo recomendable es incriminar en concreto estos delitos y no dejar este tipo de hechos a una simple interpretación de complicidad; este tipo de técnica respeta el principio de legalidad y facilita las tareas probatorias en el proceso. Evidentemente, estos autores de delitos encaminados a facilitar la evasión de los autores de hechos contra la humanidad no participan del hecho principal, pero sí de la realización de estos «encubrimientos», y es por este tipo de delitos que deben ser sancionados.

19. En cuanto al párrafo 3 sobre la tentativa, y que contempla una definición bastante congruente con la legislación interna de la mayoría de los Estados, no se hacen observaciones, salvo que se considera innecesario describir los artículos que pueden aceptar su comisión tentada, ya que ésta es una definición que debe hacerse en cada caso concreto; no puede reducirse el ámbito interpretativo en esta materia por la gran variedad de actos preparatorios y ejecutivos que están involucrados en las definiciones de delitos que interesan al proyecto.

#### *Artículo 4*

20. Comprendemos que el Comité de Redacción considere que nada pueda justificar un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero, y ya lo hemos dicho anteriormente, no se puede fundar una responsabilidad objetiva que no responda a un criterio de voluntad y

conocimiento en el autor y, por supuesto, la posibilidad de tomar en cuenta móviles que puedan demostrar la existencia de un error de tipo o de prohibición en el estudio o análisis judicial del injusto.

21. Es cierto que el juez no debe tomar en cuenta ciertos móviles fútiles o improcedentes para justificar o tratar de aminorar la responsabilidad por un determinado acto, pero también es cierto que una de las manifestaciones más modernas y avanzadas del respeto a la dignidad del hombre es considerar y enaltecer el derecho de defensa, el cual no sólo se manifiesta de manera formal, sino también de manera material, ejerciendo todos los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios disponibles, además de mantener un estado de inocencia del inculcado que le permita mantenerlo mediante la utilización de una serie de hechos o circunstancias que el órgano requirente debe controvertir con el fin de demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Es cierto que los bienes jurídicos que se desea tutelar mediante esta legislación tienen una gran entidad, pero no por ello se puede pasar por alto que el respeto a la dignidad de la justicia comienza por el respeto al inculcado, y de allí que sea necesario e imprescindible no cerrar portillos a la defensa, sino abrirlos para que la pena que al final se imponga no sea una medida del grado de inmoralidad de un acto, sino una medida de un injusto cometido culpablemente por un sujeto.

#### *Artículo 5*

22. Siempre y cuando se hable de la responsabilidad internacional del Estado en los términos que ha sido planteada por la doctrina del derecho internacional, estamos de acuerdo en la redacción actual del artículo. Sin embargo, cabe hacer las advertencias que ya habíamos expuesto más arriba sobre la responsabilidad civil del Estado, solidaria, para la reparación de los daños provocados por este tipo de delitos.

#### *Artículo 6*

23. Indudablemente, estas reglas de extradición deben conciliarse con las reglas de Naciones Unidas (Tratado modelo de extradición<sup>4</sup>) sobre la materia. Preocupan en sobremanera las tesis que se están construyendo actualmente sobre la integración de tribunales internacionales con jueces de diferentes procedencias y con jurisprudencia distinta una y otra. Esto preocupa, puesto que dicha integración podría afectar el derecho de defensa ante la incertidumbre de qué reglas de interpretación se utilizarán para definir los aspectos del injusto que luego se reprocharán al sujeto. En este sentido, cabe recomendar que sean los tribunales nacionales los que juzguen los hechos o concedan la extradición conforme a un tratado multilateral de extradición que contemple los sistemas más modernos de tutela de los derechos individuales del inculcado, así como también el ofrecimiento de garantías mínimas para la persecución de los delitos.

<sup>4</sup> Resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo.

24. Cuidado especial debe ponerse a la integración de políticas globales de cooperación entre las policías y el apoyo conjunto de todos los elementos de justicia para el traslado de prisioneros, materia en la que apenas se están dando los primeros pasos.

25. El tema del tribunal penal internacional es un tema de por sí escabroso, no sólo en cuanto a las posibles competencias que se le vayan a conceder, sino también en la necesidad que sienten todos los Estados de que sus nacionales sean respetados con todas las garantías judiciales que su derecho interno ya establece y concede. El caso de Costa Rica es especial en esta materia, ya que, si bien existe amplitud en conceder la extradición de extranjeros, existe prohibición de extraditar nacionales y por ende una incompatibilidad constitucional con la posibilidad de que Costa Rica deje que uno de sus nacionales sea compelido a abandonar el territorio para ser juzgado por una corporación como la que se pretende crear. Sin embargo, los principales problemas no brotan exclusivamente de este tipo de principios sobre la extradición, ya que la discusión que siempre estará en el tapete será la de cuáles serán las garantías concedidas al inculpado, la precisión de las figuras delictivas a ser impuestas y el tipo de penas previstas para los hechos, además de que siempre estarán las previsiones del derecho interno de cada Estado para ejercer el principio de justicia universal, aspecto que afectaría directamente el ejercicio de las competencias de este tribunal internacional.

26. Sin prejuizar aún sobre el tema, ya que la caracterización de este tribunal internacional aún no se ha delineado, consideramos que podría ser declarado inconstitucional conforme a la actual Constitución Política que nos rige.

#### Artículo 7

27. Es cierto que el tema de la prescripción es un tema de política criminal y que los Estados no siguen reglas uniformes en lo que se refiere a la prescripción; no obstante, últimamente se ha venido sosteniendo que la prescripción se refiere más bien a los poderes reales de un Estado de perseguir al ciudadano y por ende no puede ser una ilimitada posibilidad de persecución: si el Estado falla o es incapaz de juzgar al sujeto en un plazo determinado, esta posibilidad debe fenecer en beneficio del sujeto. Por supuesto que tenemos en cuenta que la atrocidad involucrada en este tipo de delitos justificaría «moralmente» una imprescriptibilidad de la persecución; no obstante, la tendencia jurídica moderna tiende a plazos de prescripción cortos y a un proceso penal munito de garantías pero célere. Así, probablemente, vaya a existir un gran problema de negociación en este aspecto.

28. Quizá lo más conveniente sería fijar un plazo de prescripción que se debe negociar con los países sobre la base del término más largo de prescripción en el derecho interno para los delitos de derecho común, el cual puede llegar hasta 20 años y más, tiempo más que suficiente para una reacción penal oportuna; más plazo obligaría a pensar que no habría una posibilidad de causar efectos de preven-

ción general o especial mediante la pena impuesta y el proceso que se instaure para imponerla.

#### Artículo 8

29. Es conveniente pensar cuáles son los derivados principales del *due process* legal que deben aplicarse a este tipo de asuntos criminales. La Sala Constitucional de Costa Rica, en su sentencia 1739-92, ha definido ampliamente estos principios y aspectos e incorpora todos los que están indicados en este artículo 8. Sería oportuno, eso sí, que se tomara en cuenta que deben delinarse las reglas que han de aplicarse al juzgamiento; podría ser como un documento adicional a este código, que funcione como instrumento interpretativo. En el ámbito latinoamericano, la Convención americana sobre derechos humanos establece una serie de garantías judiciales y penales que informan cualquier tipo de juzgamiento en Costa Rica; aunque no existiese el artículo 8, se aplicarían la Convención y las reglas constitucionales del debido proceso (artículos 39 y 41 de la Constitución Política costarricense).

#### Artículo 9

30. El párrafo 1 prejuzga la existencia de un tribunal penal internacional; sin embargo, debemos entenderlo como referido al tribunal nacional que en virtud del principio de captura o de justicia universal imponga una pena a la conducta realizada por el sujeto: quedan a salvo no sólo la posible competencia del tribunal nacional, sino también la posible lesión al *non bis in idem* que podría estar involucrada como lesión a los derechos procesales del inculpado.

31. El párrafo 2 debe desaparecer, porque limitar la posibilidad de una ejecución más favorable de la pena a un inculpado por este tipo de delitos obligaría a una violación del principio de igualdad; basta con una buena redacción del párrafo 1, permitiendo la completa competencia de los tribunales nacionales para el juzgamiento de las conductas.

32. El párrafo 3 lesiona directamente el principio de *non bis in idem* y debe desaparecer completamente a fin de evitar las lesiones constitucionales que implica.

33. El párrafo 4 admite el principio de captura y de justicia universal, principio que inspira el funcionamiento de las actuales competencias de los países en este tipo de delitos (artículo 7 del Código Penal costarricense).

34. El párrafo 5 también debe ser eliminado, ya que admite la doble condena por los mismos hechos que han figurado para el dictado de una sentencia por delito común.

#### Artículo 10

35. El principio de irretroactividad está bien delineado y funciona en completa concordancia con las definiciones constitucionales de la materia.



*Artículos 11 y 12*

36. Parece que lo que se está planteando es el conjunto de reglas que se han tratado como temas de «inculpabilidad» en la mayoría de códigos latinoamericanos, aunque modernamente se acepta que no se refieren todos a problemas de culpabilidad, sino que hay problemas de tipicidad y justificación que podrían estar involucrados.

37. En el caso del artículo 11, sólo se toma la posibilidad de castigo en el caso de que la orden, manifiestamente ilegal o violatoria de derechos humanos, haya sido aplicada por el agente estatal subordinado jerárquico. En este sentido, pensamos que no sólo los regímenes militares (que utilizan el sistema de obediencia jerárquica) sino también los otros sistemas de derecho penal común siguen utilizando el sistema de la obediencia jerárquica, por lo que cabe recomendar su utilización amplia por este proyecto. Se puede utilizar como modelo la figura de la obediencia jerárquica que está diseñada en el proyecto de código penal para España (1992).

38. Un argumento más que permite fortalecer la idea de que se deben tomar completas las reglas de la obediencia jerárquica es la existencia del artículo 12 sobre la responsabilidad del superior jerárquico, lo que lleva a pensar la posible existencia de errores de tipo y de prohibición aplicables por vía interpretativa en los casos del artículo 11.

*Artículo 13*

39. Todo régimen de inmunidades parece ser exceptuado por este artículo; sin embargo, deben tomarse en cuenta, y como regla procesal penal, las diversas hipótesis en que este tipo de dignatarios de los países pueden ser perseguidos y no dejarlo como una regla de principio que como tal podría ser inaplicable.

*Artículo 14*

40. Si se desea tomar de manera más técnica la necesidad de que el juez aprecie este tipo de circunstancias, es necesario redactar una regla genérica de los aspectos que deben ser tomados en cuenta para la medición del reproche, tal y como se hace en el artículo 71 del Código Penal costarricense vigente. En todo caso, y aunque este artículo toma muchas agravantes y atenuantes para esta medición, ya los tipos penales pueden considerar la existencia de aspectos calificantes que incidan en el monto de pena pero desde la misma incriminación, reduciendo con ello el grado de arbitrio del juez. Es una decisión político-criminal que debe ser valorada.

## III.—LA PARTE ESPECIAL DEL PROYECTO

## a) Aspectos de legalidad de las descripciones

## Principio de legalidad y tipicidad

41. El principio de legalidad criminal, cuyo enunciado universal es (según construcción latina de Feuerbach) *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, y representa-

do en los países de América Latina (artículo 1 del Código Penal del Brasil, artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica y artículo 2, párrafo 20, apartado *d* de la Constitución del Perú), ha sido alcanzado, como principio, por los diferentes pueblos en momentos históricos diferentes y ha sido, de la misma manera, altamente combatido por personas y grupos que suponen el ejercicio del poder como un dominio unilateral mantenido, por lo mismo, por la fuerza y no como la guía de una nación hacia una meta común a través de la democracia participativa. Embrión común a todas las luchas en favor de la legalidad criminal es la oposición contra la arbitrariedad en la justicia penal y contravencional. Esta oposición demarca el nacimiento de lo que hoy podemos llamar un derecho penal y contravencional moderno, caracterizado como liberal y democrático en tanto que señala al poder estatal la necesidad de mostrar al ciudadano obligado, con anterioridad, las conductas sancionables; conductas que implican prohibiciones que, por lo demás, deberán estar justificadas bajo el rubro de necesidad: las conductas prohibidas lo son, ya que realizarlas implicará un grave riesgo para los fines de la convivencia organizada. Pero una conducta de esta clase sólo puede ser sancionada si el poder legislativo la ha señalado como sancionable antes de su realización. De esta manera, el asumir el principio de legalidad criminal implica tener muy claramente planteada la división entre el poder que legisla y se encarga de decir la prohibición, y el poder que juzga, éste último con el deber de declarar la culpabilidad y, con esa base, imponer la sanción.

42. Aparece entonces, con la legalidad criminal, un derecho penal y contravencional cuyo pilar fundamental es la idea de que sólo la ley es la llamada a darle vida al delito y a la contravención, así como a las respectivas sanciones, con lo que se logra arremeter en contra de la arbitrariedad judicial.

43. Históricamente esta arbitrariedad se evidencia, sobre todo, en la inexistencia de límites dentro de los cuales el juez pueda ejercer su función, hecho que le anexa al poder juzgador la facultad de legislar, pues obliga al juez a señalar, en última instancia, cuál es la conducta prohibida. De esta manera, cada sujeto-juez se convierte de hecho en poder legislativo. Nótese que de esta afirmación deriva un gran riesgo: la interpretación judicial se amplía y, de una labor propia de detectar el encuadramiento, se pasa a la labor de decidir si las acciones de un sujeto deben ser punibles o no y así, las carencias, los prejuicios, las creencias, los temores o los credos del juez pueden tener más salida y salida más fácil.

44. El principio de legalidad criminal y su derivado natural, la tipicidad de la conducta que se quiere castigar, al cobrar vigencia en un régimen jurídico, crean una clase de juridicidad penal-contravencional particular, basada en el respeto a los derechos humanos de todos los habitantes, de conocer previamente cuáles son las zonas de prohibición que limitan sus actos (en tanto sujetos sociales).

45. Por medio de este sistema, el legislador, como detentador, siempre de paso, de un poder que reside en los pueblos, según surge de muchos textos constitucionales, está obligado a poner en manos del juez modelos de con-

ducta claramente delimitados para que el juzgador, en la labor de detectar la adecuación típica, pueda tener certeza de cuáles son las prohibiciones que el poder legislador ha querido demarcar. Esta actitud legislativa posee trascendental importancia en sistemas de derecho en los que el legislador deba partir de bases reales para describir modelos de conducta, modelos claros, con límites precisos y en los que no existan, hasta donde sea posible, los detalles innecesarios, y prohibiciones racionales siempre referidas a bienes jurídicamente necesitados de protección penal o contravencional.

b) *Legalidad criminal y los problemas de tipicidad representados por el proyecto*

46. Lo dicho en párrafos anteriores hace necesario aclarar que no es posible, dentro de un marco republicano, observar el principio de legalidad criminal aislado de lo que nosotros llamaríamos su derivado natural: la tipicidad de la conducta penal o contravencional conminada. Sin el complemento fundamental de la tipicidad, la idea de legalidad criminal quedaría simplemente como un mero postulado, por lo demás incompleto, ya que la existencia de narraciones penales o contravencionales imprecisas u oscuras da al juez la potestad de convertirse en legislador, al obligarlo, para detectar la tipicidad de la conducta, a interpretar los límites o alcances que tiene la ley. Por otra parte, la existencia de un principio de legalidad criminal señala un derecho penal republicano, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino que, además, permite predecir la existencia de un orden sancionador basado en bienes jurídicos, con lo cual queremos señalar el hecho de que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas están montadas sobre una base racional y razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia de ese grupo social.

47. De esta manera, es necesario cobrar conciencia de que, cuando se menciona el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se está hablando de mucho más que un mero postulado constitucional o legislativo: se está hablando de la adopción de una particular toma de posición del sistema sancionador, que implica que el Estado tiene un poder que legisla, distinto y separado del que juzga; que el poder que legisla no sólo tiene obligación de describir de manera clara, precisa y delimitada las conductas que quiere prohibir sino que, además, debe prohibir sólo aquellas conductas que afecten bienes fundamentales para la convivencia.

c) *Las lesiones a la legalidad y a la tipicidad*

48. Doctrinariamente se han sistematizado dos maneras de violar los postulados que hemos venido comentando, pero es posible encontrar en las prácticas legislativas y judiciales otras formas de dejar de lado la existencia de las garantías de legalidad-tipicidad. Antes de señalarlas, es necesario advertir que en la práctica policial y otras prácticas extrajudiciales es posible encontrar numerosas maneras y ejemplos de violaciones a estos principios.

Las leyes penales en blanco

49. Las leyes penales en blanco, o remisiones legislativas, son una práctica legislativa común en nuestros países, que consiste en remitir parte del texto de la incriminación (descripción de la conducta) a otras leyes, penales o extrapenales, de igual, mayor o menor rango que la penal. Es lógico pensar que en los casos de remisión a reglamentos, decretos, ordenanzas u otras disposiciones de rango inferior a la ley, la violación al principio de legalidad es total y absolutamente obvia, ya que el texto al que se remite variará por disposición ejecutiva y no legislativa, de manera que un texto penal puede verse totalmente reformado por el decreto, reglamento, ordenanza u otra disposición ejecutiva a la que se remite. En los casos de remisión a leyes de igual o mayor rango, el problema aparece menos grave, aunque, desde un punto de vista de técnica-descripción, es igualmente inconveniente, ya que el análisis de la descripción requerirá la búsqueda de la ley o leyes a las cuales se remite.

50. Lo dicho nos señala que existen, por decirlo de alguna manera, gradaciones en las remisiones que van desde la remisión absolutamente violatoria de los postulados de legalidad (en aquellos casos de remisiones a textos reformables fuera de la potestad del poder legislador) hasta aquellos en que el texto que se remite se encuentra dentro del mismo cuerpo legal en donde se ubica el que remite, con lo cual un análisis de ambos resulta de fácil elaboración. Quedan por mencionar aquellos casos en donde el texto remite a otra disposición legislativa, pero con un grado de generalidad tal que torna difícil la búsqueda: «El que de conformidad con la ley ejerciere ilegalmente...».

51. Nótese como, en estos casos, el tipo obliga a una búsqueda por toda la legislación para reconocer e integrar cuál es el texto típico y, por ende, cuál es la conducta prohibida. De esta manera, los textos con remisión o leyes penales en blanco son momentos límites a partir de los que las descripciones contravencionales pueden considerarse lesivas al binomio legalidad/tipicidad (un ejemplo de esto lo es, sin duda, el artículo 15 sobre la agresión).

Los tipos abiertos

52. A nuestro criterio son algo más que una simple manera legislativa de violar la tipicidad de la conducta para convertirse en verdaderas negaciones al principio de legalidad y en claras aberraciones de un derecho represivo democrático y republicano. Se pueden definir, de manera operativa, como aquellas descripciones de conducta, penal y contravencionalmente conminadas, que no representan límites precisos ni claros en relación con el alcance de la prohibición: por ello no permiten al juzgador ni al ciudadano conocer asertiva y unívocamente la prohibición.

53. Estas descripciones se consideran oscuras, imprecisas o sin límites claros cuando en su elaboración—redacción— el legislador utiliza términos ambiguos o polisémicos, mala sintaxis en la construcción del texto o exceso de elementos interpretables, de tal manera que no existen indicadores claros que permitan al ciudadano y al juez saber hasta dónde llega la prohibición. Así el juzga-

dor se ve en la necesidad de interpretar los alcances de la prohibición, con lo cual asume funciones legislativas: si no hay límite, el acto judicial de adecuación típica (encuadramiento) se convierte en un típico acto legislativo, con la agravante adicional de que habrá tantos actos legislativos—creadores de la norma prohibitiva— cuantas personas distintas—distintos criterios— con función judicial deban aplicar el tipo abierto (un ejemplo de ello es el artículo 20 relativo al apartheid).

#### Los elementos normativos

54. Los elementos normativos, que son una de las causas de apertura de los tipos, merecen mención aparte, aunque la cuestión de la legalidad quede clara: si exigen interpretación hay violación del principio de legalidad criminal.

55. Aunque no sea muy evidente la definición que los distintos autores hayan hecho de los elementos normativos, son unánimes los trabajos consultados en la idea de que los elementos normativos son interpretables. Mayer es quien utiliza por primera vez el término, al decir de Jiménez de Asúa; lo empleó para señalar los componentes de la descripción penal que no tienen más que importancia valorativa determinada. No ocurre con los elementos normativos lo que sí ocurre con el sujeto, o con los accesorios de modo, tiempo u otros, que tienen un lugar con una determinada función, dentro del tipo: los normativos son cualquier palabra, con cualquier función (sujeto, núcleo...), con un valor, son términos valorados (o valoración de los términos utilizados). O mejor aún: términos que el legislador deja sin demarcar, sin darle un determinado sentido y, por ello, deberán ser valorados por el juez. Moral, buenas costumbres, documentos públicos y muchos ejemplos más en las tres legislaciones analizadas.

56. Cuando el término dejado sin definir alude al ordenamiento jurídico (elementos normativos jurídicos), el problema, en general, no existe: el propio ordenamiento o la costumbre habrán definido el término; hay una univocidad de sentido: instrumento público, cónyuge, etc.

57. Los llamados elementos normativos culturales, al contrario de los anteriores, aluden a relaciones, a pautas culturales, a aspectos de creencias sociales, de preferencias grupales, etc. Es aquí donde se plantea el problema desde el punto de vista de la legalidad/tipicidad: en una de las legislaciones estudiadas (artículo 291 del Código Penal de Costa Rica) un tipo castiga a quien ejerza prácticas de brujería, hechicería o cualquier otro acto contrario a la civilización y a las buenas costumbres. Parece, con el texto transcrito, que no es necesaria ninguna explicación adicional, y ese problema se presenta en el artículo 24 sobre el terrorismo.

#### d) *El bien jurídico y el proyecto*

58. Al igual que los tipos penales del derecho interno, los tipos del proyecto son descripciones que traducen, en una forma aseverativa, una pauta normativa. Esto significa que siempre tras el tipo (contravencional o penal) subyace un deber ser. Es asunto de puro estilo. Sin embargo, es peligroso que, al contener sólo de manera elíptica, y no

expresa, la mención normativa, se olvide en la descripción contravencional la existencia de ésta. Es peligroso porque podemos terminar convencidos de que la ley es la ley, pura y simplemente, sin pensar que la norma, que todo tipo traduce, es un imperativo racional con un objeto de protección. Es decir, la norma penal tiene una razón, una racionalidad y una razonabilidad que no se agotan en la mera proposición normativa, sino en su substrato: el bien jurídico. Toda ley prohibitiva penal o contravencionalmente conminada tiene un objeto de protección.

59. De esta manera, así como se dice que no hay delito si no se viola o pone en peligro un bien penalmente tutelado, se debe señalar lo mismo para la norma contravencional.

60. Dentro de una concepción republicana de la sanción, las prohibiciones penalmente incriminadas tienen una base racional, que impide al legislador prohibir sin tener conciencia de la necesidad y la racionalidad de las prohibiciones: la existencia de los bienes jurídicos, por lo tanto, es el derivado directo de la forma política de vida que han escogido estas naciones; de ahí que la frase doctrinaria de «no hay delito si no se viola o al menos se pone en real peligro la integridad del bien jurídico penalmente tutelado» tenga absoluta validez en nuestros sistemas constitucionales y sea punto de fundamento imprescindible en estas observaciones.

61. Se parte, entonces, de que todo tipo de descripción contravencional y evidencia presupone la existencia de un bien jurídico; de ahí que además de ser claros, precisos y delimitados, los tipos deben referirse a la protección de bienes jurídicos, razonables de acuerdo con el quehacer social del grupo.

62. El bien jurídico se origina en la necesidad de convivencia. Un tipo que protege alguna zona de vida cuya necesidad no sea la de todo el grupo, es una prohibición social no razonable y, si bien es cierto que, como ley, es obligatoria, no se justifica su existencia en un Estado cuya forma de vida es republicano-democrática. De ahí que bien jurídico penalmente tutelado y necesidades sociales (de todos) fundamentales están en relación complementaria (se implican), ya que sólo debe elevarse a la categoría de bienes protegidos por la norma represiva aquellos actos individuales que verdaderamente trastocan y pongan en peligro la vida del grupo en tanto que conjunto de seres humanos (con su alteridad) que busquen una meta en común.

#### e) *Carácter fragmentario de la prohibición*

63. Comúnmente se lanza la frase: «el derecho penal tiene un carácter fragmentario», o «el derecho penal es un orden discontinuo de ilicitudes». Y es correcto, pero el derecho penal (en sentido estricto, el de los delitos propiamente dichos) no agota el derecho sancionador sujeto a la legalidad: si la igualdad óptica entre delitos y contravenciones es incuestionable (lo cuestionable son las distintas prácticas policiales, procesales y penitenciarias), es necesario afirmar que el derecho penal internacional tiene también un carácter fragmentario.

64. Permítasenos una breve digresión en torno a esto; lo fragmentario, en todo caso, no es ni el derecho penal ni el derecho penal internacional, sino su centro generador común: el derecho represivo sancionatorio sujeto a la legalidad, las normas con sanción (penal o internacional).

65. Cuando se habla del carácter fragmentario de estos derechos se alude a la idea de que sólo las zonas necesitadas de verdadera protección deben estar penalmente conminadas, en contra de la práctica común que utiliza la normativa penal latinoamericana para regular zonas que, por su trascendencia, o por la temática misma, estarían contenidas en otras ramas jurídicas.

#### BREVE SÍNTESIS DE LOS PROBLEMAS DE LEGALIDAD INVOLUCRADOS

66. En general, consideramos que los tipos penales del proyecto deben ser reelaborados a fin de establecerles mayor claridad en la descripción, disminuir la existencia de elementos normativos y de leyes penales en blanco y ubicarlos de acuerdo a la tutela de bienes jurídicos en concreto.

67. Esta revisión resulta tremendamente importante si se desea triunfar en la negociación de los tipos penales. Hemos hecho las anteriores consideraciones a fin de que la Comisión tome en cuenta estos aspectos doctrinales en la redacción final del documento; en Costa Rica ésta es ya doctrina constitucional y obligaría a rechazar el proyecto por los problemas arriba indicados y que el proyecto en general presenta gravemente.

#### Dinamarca

[Véase *Países nórdicos*]

#### Ecuador

[Original: español]  
[7 de mayo de 1992]

1. El título del código puede llevar a creer que se trata de un simple catálogo de crímenes. Cabría mejor llamarlo «Código Penal para Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad» o «Código de Sanciones para Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», como sugiere el tratadista Jiménez de Asúa.

#### Artículo 1

2. Con el objeto de fortalecer su contenido, convendría añadir un párrafo que dijera:

«Se considerarán actos criminales según el derecho internacional, entre otros, el genocidio, el terrorismo, la agresión y el tráfico ilícito de estupefacientes.»

#### Artículo 17

3. Convendría hablar mejor de «intervención belicista» o «intervención armada», pues hay otros tipos de intervención, por ejemplo de tipo económico.

#### Artículo 19

4. Convendría precisar el apartado *d* del párrafo 2. Su redacción resulta vaga y puede prestarse a equívocos y confusiones entre programas sociales de simple control preventivo de la natalidad con delitos de genocidio.

#### Estados Unidos de América

[Original: inglés]  
[10 de febrero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. El Gobierno de los Estados Unidos de América aprecia la oportunidad de presentar por escrito comentarios y observaciones sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (proyecto de código), como se solicitó en el párrafo 9 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991.

2. Los Estados Unidos apoyan el desarrollo, en el contexto apropiado, de la responsabilidad penal internacional individual y son parte en la mayoría de las convenciones internacionales que contienen el requisito de juzgar o conceder la extradición con respecto a determinados delitos internacionales. Esas convenciones van ya bastante lejos en la tipificación de cierto número de delitos internacionalmente reconocidos que podrían caracterizarse como delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluidos los crímenes de guerra, el genocidio, la tortura, los delitos relacionados con el tráfico de drogas, la esclavitud, el tráfico de mujeres y niños, la piratería, el terrorismo marítimo, el secuestro de aeronaves, el sabotaje aéreo, los crímenes relacionados con materiales nucleares, los crímenes contra funcionarios y diplomáticos y la toma de rehenes.

3. Sin embargo, los Estados Unidos no apoyan el presente proyecto de código porque es defectuoso en muchos aspectos fundamentales. Como muchos de los delitos incluidos en el proyecto de código ya están tratados en convenciones internacionales vigentes, gran parte del proyecto de código es redundante o perturbadora (especialmente cuando se desvía de los pronunciamientos de ley vigentes). Además, muchas de sus sugerencias para la tipificación de nuevos delitos son inaceptables para los Estados Unidos. En conjunto, en el proyecto de código se desconocen conceptos básicos de responsabilidad penal (por ejemplo el estado mental necesario para ser inculinado por un delito). También descuida conceptos de proceso justo básicos para la jurisprudencia de los Estados Unidos y de muchos otros países, tales como que los delitos deben definirse con suficiente precisión para informar a los individuos de qué actos serán considerados punibles. Además, el código, tal como está redactado, no contribu-

ye a resolver ninguna de las dificultades técnicas o lagunas que complican el uso de las convenciones internacionales vigentes como una posible base de jurisdicción *ratione materiae* de un tribunal penal internacional. Aparte de que un proyecto de código no es el único medio de resolver esos problemas, ni necesariamente el mejor, hay que señalar que el presente intento no consigue resolverlos.

4. Los Estados Unidos creen que, respecto a muchos crímenes internacionales, el principal problema no es que no estén definidos, sino más bien que no se encausan adecuadamente. Ese problema es especialmente agudo respecto a los crímenes cometidos en nombre de un gobierno o con su tolerancia. La adopción del código no resolvería ese problema. A juicio de los Estados Unidos, la respuesta más eficaz al problema de la criminalidad internacional es reforzar la cooperación entre los gobiernos en la investigación y el enjuiciamiento de los que cometan actos criminales. Los Estados Unidos creen que el tiempo de la Comisión de Derecho Internacional se utilizaría de un modo más productivo dedicándolo a tales medidas en lugar de continuar su labor respecto al proyecto de código.

#### El problema de la vaguedad

5. Un problema importante del proyecto de código es su vaguedad. Repetidamente, no se definen de un modo adecuado en el código términos fundamentales, y con frecuencia no se especifica con precisión qué acciones dan lugar a una responsabilidad penal. A menudo se adoptan términos políticos que no tienen una definición jurídica aceptada, recubriéndolos de un manto jurídico. Como esos términos políticos son con frecuencia deliberadamente ambiguos, diferentes tribunales nacionales disientirían inevitablemente sobre la interpretación del código. Además, los delitos ambiguamente tipificados no proporcionarían una información adecuada respecto al tipo de actos que podrían constituir la base de la responsabilidad penal. Por consiguiente, el código, en su forma actual, podría menoscabar el principio del proceso justo, básico en la jurisprudencia de los Estados Unidos y otros países.

#### Falta de especificación del estado mental necesario para la imposición de una responsabilidad penal

6. El segundo problema que aparece a lo largo de todo el código es la falta de especificación del conocimiento requerido o la intención necesaria para imponer una responsabilidad penal al acusado. En el sistema de los Estados Unidos, los actos criminales punibles con encarcelamiento deben cometerse ordinariamente a sabiendas o dolosamente. El fallo general del código para tratar la cuestión del conocimiento y la intención del acusado se agrava porque en el artículo sobre los crímenes ambientales —en contraste con los demás artículos— se especifica que ese crimen debe cometerse «intencionalmente». En ningún otro artículo aparece esa disposición, y el significado de tal discrepancia no está claro.

## COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

### Artículo 15

7. La definición de la agresión que figura en el código esta extraída de la aprobada por la Asamblea General en 1974<sup>1</sup>. Sin embargo, la Asamblea General no aprobó esa definición con objeto de imponer una responsabilidad penal, y la historia de la definición muestra que sólo se pretendía que fuera una orientación política y no una definición penal vinculante.

### Artículo 16

8. Se propone en el código la creación de un nuevo delito internacional basado solamente en la amenaza de agresión. Además del defecto existente en la definición de la agresión, en la que se basa este artículo, los Estados Unidos tienen serias reservas respecto a que la simple amenaza de realizar un acto agresivo deba constituir un delito. Si bien es axiomático que ninguna nación tiene derecho a amenazar a otra con un acto de agresión<sup>2</sup>, es igualmente cierto que esas amenazas —si la nación que las profiere no actúa en consecuencia— se resolverán más apropiadamente entre los Estados y no mediante el enjuiciamiento de ciertos individuos ante un tribunal penal. Lejos de reducir los conflictos, ese nuevo delito serviría probablemente para generar tensiones entre las naciones, alentando a la incoación de acciones penales por declaraciones o comportamientos que podrían resolverse mejor mediante un diálogo diplomático constructivo.

### Artículo 17

9. En este artículo se propone el establecimiento de un nuevo crimen internacional denominado «intervención». Ese nuevo crimen no sólo es vago, sino que también pretende aparentemente abarcar actos que no estarían incluidos de otro modo en el crimen, ya excesivamente amplio y vago, de «agresión». Además, aunque se prevé una excepción para los actos realizados con arreglo al «derecho a la libre determinación de los pueblos», no se crea una excepción para los actos de legítima defensa colectiva que están expresamente previstos en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Al igual que el crimen de agresión, este crimen de intervención se basa en una resolución de la Asamblea General que nunca se pretendió que constituyera la base jurídica para imponer una responsabilidad penal a acusados individuales.

10. El artículo sobre la intervención se basa en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>3</sup>, en la que se elucida el principio familiar de que los Estados no deben intervenir en asuntos pertenecientes exclusivamente a la jurisdicción interna de cualquier Es-

<sup>1</sup> Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

<sup>2</sup> Carta de las Naciones Unidas, Art. 2, párr. 4.

<sup>3</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

tado. La criminalización al por mayor del principio de no intervención que se hace en el código no sólo contradice las relaciones prácticas entre las naciones, sino que también constituye una invitación a criminalizar controversias que se resolverían más apropiadamente por la práctica cuidadosa y prudente de la diplomacia o, cuando sea necesario, mediante su remisión al Consejo de Seguridad. Cabe señalar también que todavía existen importantes controversias respecto al alcance preciso de ese principio; algunos Estados, por ejemplo, aún aducen que la preocupación internacional por los derechos humanos constituye una intervención no permisible en sus asuntos internos.

#### Artículo 18

11. El crimen propuesto de dominación colonial adolece de los mismos defectos que las infracciones anteriormente examinadas. Es vago y demasiado amplio, ya que deja sin definir, o incluso describir, la «dominación colonial» o la «dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos». Esta deficiencia es especialmente grave en el actual ambiente internacional, que está viendo surgir naciones más pequeñas del territorio de sociedades más amplias y étnicamente diversas. Cualquier intento de criminalizar conductas tales como la «dominación extranjera» solo serviría probablemente para aumentar las tensiones y los conflictos internacionales.

#### Artículo 19

12. El crimen de genocidio ya está definido en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en la que son parte los Estados Unidos y muchos otros Estados. La ratificación de ese tratado por los Estados Unidos se basó en varios entendimientos. En particular, los Estados Unidos indicaron que entendían que la expresión «intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal», empleado en el artículo II de la Convención, significa la «intención expresa de destruir, en su totalidad o en una parte sustancial, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal» mediante los actos prohibidos en la Convención. En la definición del código, por el contrario, no se establece el estado mental necesario para la imposición de responsabilidad penal.

#### Artículo 20

13. La definición del «crimen de apartheid» en el proyecto de código contiene muchos de los defectos que aparecen en el delito de dominación colonial. Es tan vaga y está redactada de un modo tan amplio que podría entrar en contradicción con las constituciones de los Estados Unidos y de otros países.

#### Artículo 21

14. Este artículo es demasiado vago al imponer una responsabilidad penal. El crimen de «persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales»,

en particular, es tan vago que podría significar casi cualquier cosa. Por ejemplo, una definición de *persecute* es *to annoy with persistent or urgent approaches, to pester* (molestar con propuestas persistentes o apremiantes, importunar)<sup>4</sup>. No debería constituir un crimen internacional contra un partido político «molestar» o «importunar» a otro partido político, pero, tomando al pie de la letra el proyecto de código, esa podría ser la interpretación. Este artículo tampoco considera plenamente el efecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se exponen los derechos humanos concretos reconocidos por la inmensa mayoría de la comunidad internacional. Este artículo parece abarcar también crímenes de derecho común, como el asesinato. Los Estados Unidos no creen que sería útil o incluso razonable hacer de todo asesinato un crimen internacional. Observamos además que la deportación de personas puede, en muchas circunstancias, ser legal; por tanto, la formulación actual es demasiado amplia.

#### Artículo 22

15. Este artículo pretende castigar los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», término que se define tautológicamente como «la violación excepcionalmente grave de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados que consista (sobre todo) en actos de inhumanidad». Este artículo es demasiado vago y no considera ni incorpora expresamente las disposiciones pertinentes de las muchas convenciones internacionales que se ocupan expresamente del derecho aplicable a los conflictos armados<sup>5</sup>. Por ejemplo, la vaga prohibición del «empleo de armas ilícitas» no refleja las complejas realidades de la guerra o los mecanismos jurídicos internacionales establecidos para regular su realización. Además, pensamos que no es acertado incluir sólo los «crímenes de guerra excepcionalmente graves» y desconocer otras violaciones de las leyes de la guerra que también amenazan gravemente la paz y la seguridad de la humanidad.

#### Artículo 23

16. Este artículo es particularmente perturbador. En el texto no se tipifican como crímenes los actos de los propios mercenarios, sino sólo los de «reclutamiento, utiliza-

<sup>4</sup> Webster's Ninth New Collegiate Dictionary

<sup>5</sup> Veanse Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su anexo, Convenio relativo a los derechos y deberes de las Potencias y las personas neutrales en caso de guerra terrestre, Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, Convenio concerniente al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra, Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra

ción, financiación y entrenamiento de mercenarios» por agentes o representantes de un Estado. Nos parece discutible ese enfoque injustificadamente limitado. Los propios mercenarios deben (por definición) ser particulares; los que los reclutan, utilizan, financian o entrenan también son a menudo particulares o rebeldes que no son agentes o representantes de un Estado. Además, el empleo en el proyecto de código de la frase «[el] legítimo ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la libre determinación reconocido por el derecho internacional», que no se define, es sumamente probable que dé lugar a controversias que menoscaben y potencialmente politicen todo el concepto de crimen.

#### Artículo 24

17. En el artículo 24 se pretende castigar el terrorismo internacional, aunque no haya una definición generalmente aceptada de «terrorismo» ni en el proyecto de código se dé ninguna definición adecuada del mismo. El proyecto de código intenta definir el terrorismo mediante una tautología. Lo define como:

realizar, organizar, facilitar, financiar, instigar o tolerar actos contra otro Estado que atenten contra las personas o los bienes y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general.

Esa definición es evidentemente defectuosa porque no se define «terror».

18. Por otra parte, dada la insatisfactoria historia de anteriores intentos de lograr una definición general y universalmente aceptable del terrorismo, los Estados Unidos son escépticos respecto a la posibilidad de lograr el consenso sobre esa disposición, de cualquier modo que se redacte. Para superar la dificultad de lograr el consenso de una definición general del terrorismo, la comunidad internacional ha concertado, en cambio, una serie de convenciones individuales en las que se identifican determinadas categorías de actos que toda la comunidad internacional condena, independientemente de los motivos de los perpetradores. En esas convenciones, que se enumeran en el cuarto párrafo del preámbulo de la resolución 44/29 de la Asamblea General<sup>6</sup>, se requiere que las partes tipifiquen como un crimen la conducta especificada, juzguen a los transgresores o concedan su extradición y cooperen con otros Estados para el cumplimiento efectivo de esas obligaciones. Centrando la atención en tipos concretos de acciones que son inherentemente inaceptables, en lugar de en cuestiones de motivación o contexto, como hace el

<sup>6</sup> Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, Convención internacional contra la toma de rehenes, Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

proyecto de código, el enfoque existente ha permitido a la comunidad internacional avanzar considerablemente en la tarea de emplear armas legales para combatir el terrorismo.

19. Otro problema fundamental del artículo 24 del código es que limita el crimen de terrorismo a los actos cometidos por «agentes o representantes de un Estado». En realidad, muchos actos terroristas son cometidos por individuos que actúan privadamente. Los Estados Unidos no pueden aceptar una definición de terrorismo que excluya los actos cometidos por personas que no actúen como agentes de un Estado o cuya relación con un Estado no pueda probarse definitivamente ante un tribunal.

#### Artículo 25

20. En el artículo 25 se habla de tráfico ilícito de estupefacientes «en gran escala». Aparte de la falta de precisión del término «gran escala», no queda claro si ese término modifica a «tráfico ilícito de estupefacientes» o a «realizar, organizar, facilitar, financiar o instigar». Por consiguiente, no queda claro si la actuación individual debe necesariamente realizarse en gran escala o si se incluye también a los individuos que desempeñan un papel menor en una operación en gran escala. Ese defecto —cabe señalarlo— es común a otros muchos artículos, en la medida en que las actividades consideradas (intervención, agresión, etc.) incluyen típicamente a muchas personas diferentes, a veces con una pequeña intervención.

21. El término «estupefacientes» se utiliza también de un modo diferente que el que es normal en las convenciones internacionales vigentes. Nunca se define en el código el término «estupefacientes», pero se intenta definir el tráfico de estupefacientes de modo que incluya el tráfico de «estupefacientes» y de «sustancias sicotrópicas». Por otra parte, el código tampoco define el término «sustancia sicotrópica». Ese empleo impreciso de términos jurídicos fundamentales hace al artículo fatalmente defectuoso.

22. En una serie de convenciones de las Naciones Unidas, que culminaron con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (denominada en lo sucesivo Convención de Viena de 1988), los términos «estupefacientes» y «sustancias sicotrópicas» tienen significados específicos y diferentes. Según la Convención de Viena de 1988, por «estupefaciente» se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 (art.1, apart. *g*). Por el contrario, por «sustancia sicotrópica» se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 (art.1, apart. *r*). La falta de definición de esos términos en el código, junto con su intento de definir el «tráfico de estupefacientes» de modo que incluya tanto el tráfico de estupefacientes como el de sustancias sicotrópicas, es una invitación patente a la confusión y la incertidumbre.

23. También se establece en el artículo 25 que el tráfico de «estupefacientes» es «ilícito» si se realiza «en viola-

ción del derecho interno o del derecho internacional». No queda claro si la referencia al derecho interno pretende referirse sólo a la legislación del Estado en que se encuentre el individuo (en cuyo caso tiene poco interés) o si pretende incluir el derecho interno de cualquier Estado que sea parte en el código (en cuyo caso constituiría una exposición asombrosamente amplia).

#### Artículo 26

24. Este artículo, que trata de los daños al medio ambiente, es quizá el más vago de todo el proyecto. Faltan en el artículo definiciones de los términos generales en él empleados. No se definen los «daños extensos, duraderos y graves al medio natural», ni tampoco el término «intencionalmente», creando así considerable confusión respecto al estado volitivo que se requiere para la imposición de responsabilidad penal. El término intencionalmente podría significar simplemente que el acusado realizó voluntariamente, es decir sin coerción, un acto que tuvo el efecto no pretendido de causar daños al medio ambiente. También podría entenderse que el término «intencionalmente» sólo impone responsabilidad penal cuando el acusado haya actuado con malas intenciones, sabiendo y pretendiendo causar daños graves al medio ambiente. Tal como está redactado actualmente el artículo, el significado de «intencionalmente» puede dar lugar a diversas interpretaciones. Esa confusión aumenta porque en ninguna parte del código se especifican los estados mental y volitivo necesarios para la imposición de responsabilidad penal.

25. Además, como ocurre en otros artículos, tampoco se considera plenamente en éste el complejo entramado convencional, vigente y en elaboración, respecto a la protección del medio ambiente<sup>7</sup>.

#### CONCLUSIÓN

26. Los Estados Unidos no pueden dar su apoyo al proyecto de código en su forma actual. Por otra parte, dudan de la eficacia de cualquier labor futura encaminada a volver a redactar el presente código debido a los numerosos defectos fundamentales que vician toda su estructura.

<sup>7</sup> Véanse, v. g., Convenio marco sobre el cambio climático; Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia (complementada por varios protocolos); Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, Convenio internacional para la prevención de la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos, Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena.

#### Finlandia

[Véase Países nórdicos]

#### Grecia

[Original: francés]  
[3 de febrero de 1993]

1. El Gobierno de Grecia quisiera, ante todo, felicitar a la Comisión de Derecho Internacional por haber aprobado en primera lectura los artículos del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Quisiera igualmente expresar su agradecimiento al Sr. Doudou Thiam, Relator Especial, por su importante contribución a la elaboración del proyecto.

2. El Gobierno de Grecia considera que la conclusión de la primera lectura de dicho proyecto por la Comisión constituye un resultado particularmente positivo.

3. Por lo que respecta a los artículos 15 a 26, la Comisión ha identificado doce crímenes de especial gravedad que constituyen una afrenta a la humanidad. El Gobierno de Grecia apoya la inclusión de todos esos crímenes en el código. No obstante, sería conveniente que se precisaran más algunas de esas disposiciones, en particular las del apartado a del párrafo 2 del artículo 22 (Crímenes de guerra excepcionalmente graves).

3. Por otra parte, convendría penar, además de la amenaza de agresión (art. 16) y de la agresión (art. 15), la ocupación, la anexión y la sucesión de Estados ilícitas, aprobando una nueva disposición que podría redactarse como sigue:

«Constituye un crimen contra la paz el hecho de no respetar, de modo deliberado, las decisiones obligatorias del Consejo de Seguridad encaminadas a poner fin a un acto de agresión y a hacer desaparecer sus consecuencias ilícitas.»

#### Islandia

[Véase Países nórdicos]

#### Noruega

[Véase Países nórdicos]

#### Países Bajos

[Original: inglés]  
[18 de febrero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. En la primera parte del presente comentario se exponen las opiniones del Gobierno de los Países Bajos respecto a la condición jurídica del proyecto de código y al



modo de vincularlo a un mecanismo, aún por elaborar, que permita aplicar el código con arreglo a las disposiciones del derecho penal internacional. La parte I trata también de las principales características de un mecanismo de esa naturaleza.

2. En la segunda parte se exponen las opiniones del Gobierno de los Países Bajos sobre artículos concretos del proyecto de código de la Comisión.

3. El Gobierno de los Países Bajos desea, sin embargo, comentar brevemente en primer lugar los antecedentes y el significado del proyecto. Los preparativos del código y la cuestión de si sería o no conveniente un tribunal penal internacional tienen una larga historia. En 1947 la Asamblea General, mediante su resolución 177 (II), pidió a la Comisión que preparara un proyecto de código en materia de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. No obstante, el proyecto se retrasó, en parte debido al prolongado debate que sobrevino respecto a la definición de la agresión. El Gobierno de los Países Bajos aplaude que la Comisión, pese a tales obstáculos, haya podido completar en 1991 el primer proyecto del código.

4. Aunque la Comisión ha considerado la conveniencia de establecer un tribunal penal internacional y la posibilidad de hacerlo, el proyecto de código de 1991 no contiene disposición alguna al respecto. Sin embargo, el informe de la Comisión incluye una lista de factores pertinentes para la cuestión que habría que tener en cuenta al tratarla.

5. El Gobierno de los Países Bajos hizo saber sus opiniones sobre la conveniencia de establecer un tribunal penal internacional durante el examen del informe de la Comisión que la Sexta Comisión hizo durante el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General en 1991. Por consiguiente, las opiniones del Gobierno sobre esa cuestión se exponen bastante brevemente en la segunda parte, en la medida en que está relacionada con el código.

#### I.—PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

##### a) *Condición jurídica*

6. A juicio del Gobierno de los Países Bajos, el propósito de este código es designar ciertos delitos como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y establecer un sistema de ejecución (ya sea nacional o internacional) aplicable sólo a esos delitos. Es necesario para ello que tales delitos se definan tan claramente como sea posible y se establezcan por tratado. En todo caso, es necesario hacerlo en relación con el principio *nullum delictum sine lege*. Esta premisa básica es reforzada por el hecho de que se está considerando la posibilidad de establecer un sistema internacional de ejecución que entrañe la creación de un tribunal penal internacional.

7. Por razones prácticas, sin embargo, los comentarios que siguen se formulan en los términos empleados por la Comisión.

##### b) *Ámbito de aplicación del código*

8. El Gobierno de los Países Bajos observa que hay discrepancias sustanciales en la naturaleza de los delitos considerados en el código. Además, la elección es bastante arbitraria e incluye una gran variedad de delitos. Por una parte, se incluyen delitos que se oponen al sentido que la sociedad tiene del bien y el mal y constituyen violaciones masivas de principios humanitarios básicos. Son delitos que, en cualquier caso, son punibles con arreglo al derecho internacional vigente y de los que puede hacerse responsables a individuos. Incluyen el genocidio, por ejemplo, o crímenes de guerra graves. Por otra parte, ciertos delitos incluidos en el proyecto de código, que se basan en criterios oscuros o, en todo caso, no especificados, son principalmente un reflejo de los tipos de crímenes internacionales que acosan actualmente a varios países, por ejemplo el tráfico de drogas.

9. A juicio del Gobierno de los Países Bajos debería existir una estrecha relación entre los delitos que se consideren para su posible inclusión en el código y el sistema de ejecución previsto. Como en el código se prevé un sistema de ejecución internacional de aplicación universal, deberían aplicarse ciertos criterios a los delitos que han de incluirse en el código. Considerando que los Estados son generalmente renuentes a renunciar a cualquiera de sus facultades, especialmente en las esferas del derecho penal y de la imposición de su cumplimiento, hay que suponer, por el momento al menos, que sólo en casos excepcionales se podrá efectuar alguna forma de ejecución internacional.

10. A juicio del Gobierno de los Países Bajos un sistema universal de ejecución del derecho penal sólo sería posible y conveniente respecto de delitos que satisfagan los siguientes criterios:

a) Crímenes que violen principios humanitarios fundamentales, sancionados por la comunidad mundial, y que constituyan un ultraje a la conciencia de la humanidad;

b) Crímenes que, por su propia naturaleza, excluyan probablemente la eficaz administración de justicia en el plano nacional y respecto de los cuales sólo pueda hacerse debidamente justicia en el plano internacional;

c) Crímenes de los que pueda hacerse personalmente responsable a un individuo, independientemente de que actúe o no en el ejercicio de funciones públicas.

Teniendo en cuenta esos criterios, el Gobierno de los Países Bajos opina que el código debería abarcar solamente los crímenes de agresión, genocidio, violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos y crímenes de guerra graves.

11. Esos crímenes son punibles en todo caso, ya sea basándose en tratados internacionales o con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Pueden citarse, en ese contexto, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977, así como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

12. Sin embargo, el Gobierno de los Países Bajos considera que, una vez que se hayan establecido un código y un tribunal penal internacional, sería posible incluir en el código, si es necesario, otros crímenes (y posiblemente crímenes de una naturaleza diferente). No obstante, eso sólo podría lograrse si se abriera la presente estructura de Estados nacionales soberanos de modo que incluyese un mecanismo internacional para la ejecución del derecho penal.

13. El Gobierno de los Países Bajos quiere dejar constancia de que su opinión de que actualmente deben incluirse en el código relativamente pocos crímenes no implica que los crímenes adicionales especificados por la Comisión no sean punibles. No debe pensarse que la lista propuesta por los Países Bajos significa algo diferente de que los crímenes omitidos de la lista propuesta no satisfacen los criterios anteriormente indicados, que se han formulado expresamente con miras a elaborar un código vinculado a un mecanismo internacional de ejecución. Los crímenes no incluidos en la lista, como la mayoría de los mencionados por la Comisión, deberían considerarse quizá mediante tratados individuales y basándose en el principio *aut iudicare, aut dedere*, o en el principio de la universalidad. En los casos de esa naturaleza, la ejecución se realizaría en el plano nacional.

#### c) Vinculación del código y el sistema de ejecución

14. El Gobierno de los Países Bajos considera importante que el código esté estrechamente vinculado a un sistema para ejecutarlo. A ese respecto, observa que el desarrollo del derecho internacional basado en el código se ocupará principalmente de los modos de ejecutarlo internacionalmente más que de hacer ciertos crímenes punibles; todos los delitos que van a incluirse en el código son, en todo caso, punibles con arreglo a los tratados vigentes o el derecho consuetudinario. Por consiguiente, el principal objetivo es elaborar un mecanismo fiable de ejecución internacional. Teniendo eso presente, sería conveniente, por el momento al menos, limitar el número de crímenes incluidos en el código y minimizar así el menoscabo de la jurisdicción nacional de los Estados. A la luz de las consideraciones precedentes, el Gobierno de los Países Bajos no es partidario de un código que prevea ciertos crímenes pero no cree un mecanismo de ejecución. En ese caso, serviría de poco.

15. Por último, vincular los crímenes relacionados en el código a un sistema de ejecución implica que no puede incluirse ninguna cláusula de exención. Los crímenes que el Gobierno de los Países Bajos propondría para su inclusión son ya punibles con arreglo al derecho internacional, en tanto que las cláusulas de exención respecto al mecanismo de ejecución no serían convenientes, ya que minarían la esencia del código y las razones mismas para su adopción.

## II.—EJECUCION DEL CODIGO

16. En su contribución al debate sobre el informe de la Comisión que se realizó en la Sexta Comisión durante el

cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, en 1992, el Gobierno de los Países Bajos expuso en detalle en su intervención<sup>1</sup> sus opiniones sobre las posibilidades y la conveniencia de crear un tribunal penal internacional. Por consiguiente, sólo se incluye a continuación un resumen de sus opiniones sobre el tipo de mecanismo internacional de ejecución que le gustaría que se estableciera. En vista de la naturaleza de esta contribución y del hecho de que las conversaciones relativas a un tribunal penal internacional se hallan aún en una etapa temprana, los comentarios que siguen no constituyen un análisis exhaustivo de los problemas con que se podría tropezar al crear un tribunal penal de esa naturaleza.

17. Se tratan las siguientes cuestiones:

- a) La competencia de un mecanismo internacional de supervisión (denominado en adelante el tribunal penal);
- b) El procedimiento que habría que seguir en caso de que se creara un tribunal penal de esa naturaleza;
- c) Las penas que habrán de imponerse;
- d) La composición de la fiscalía y del tribunal penal.

#### a) Competencia del tribunal penal internacional

##### i) Competencia *ratione materiae*

18. Como el objeto es lograr un sistema de ejecución coordinado con el código, las facultades *ratione materiae* del tribunal penal internacional estarían limitadas a los crímenes que se especifiquen en el código, como se ha sugerido anteriormente.

##### ii) Otorgamiento de jurisdicción

19. El Gobierno de los Países Bajos es partidario de un sistema de jurisdicción preferente, lo que significa que el tribunal penal internacional tendría competencia tan pronto como se sospechara que una persona había cometido cualquiera de los delitos incluidos en el código. Si no se iniciara el procesamiento ante el tribunal penal internacional, los tribunales nacionales adquirirían o requerirían la competencia para procesar al sospechoso. Sin embargo, si el caso se juzgara de hecho ante el tribunal penal internacional, este tribunal pronunciaría su fallo en primera y única instancia.

20. Una cuestión importante que se plantea aquí es la de si el tribunal podría o no juzgar casos en ausencia del acusado. Aunque el Gobierno de los Países Bajos no ha llegado aún a una conclusión definitiva respecto a la conveniencia de un proceso en rebeldía, nos gustaría llamar la atención hacia las desventajas de ese tipo de procesos, ya que son particularmente difíciles y dilatados y pueden suscitar reacciones adversas en la opinión pública.

21. Los siguientes puntos son pertinentes para resolver la cuestión de cuándo tendrá competencia el tribunal penal internacional para conocer de un caso. En primer lugar,

<sup>1</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión, párrs 57 a 76

teniendo en cuenta los criterios establecidos en la primera parte del presente comentario, esa cuestión afecta a la persecución de delitos que son, en todo caso, universalmente punibles. En segundo lugar, el tribunal penal sería competente respecto a cualquier persona culpable de cualquiera de los crímenes especificados en el código, aunque esa persona se hallara en un país o fuera nacional de un país que no fuese parte en ese instrumento. Además, es importante que los Estados que se adhieran al código incorporen en su legislación nacional el principio de la universalidad respecto a los crímenes penados en el código.

22. El Gobierno de los Países Bajos se opondría a un procedimiento que asignara al tribunal penal la función de tribunal de apelación. Sin embargo, esto no excluye un procedimiento para resolver controversias relativas a la interpretación o la aplicación del código en los casos que sean llevados ante los tribunales nacionales tras una decisión de no incoar un proceso ante el tribunal penal internacional.

23. Respecto a la persecución del crimen de agresión, surge la cuestión de la relación que existiría entre el tribunal penal y el Consejo de Seguridad. La opinión del Gobierno de los Países Bajos a ese respecto es que, independientemente de que el Consejo de Seguridad haya debatido o no la cuestión política de si un Estado ha cometido un acto de agresión, el tribunal penal debería tener, en principio, una facultad discrecional plena respecto a la cuestión jurídica de si un individuo es culpable o no del mismo delito. Sin embargo, es muy poco frecuente que el Consejo de Seguridad determine que un acto constituye una agresión, pues tal pronunciamiento tiene invariablemente consecuencias de muy largo alcance. Por consiguiente, sería virtualmente imposible en la práctica que el tribunal penal internacional llegara a una conclusión diferente respecto a la misma situación.

24. A la luz de esas consideraciones, el Gobierno de los Países Bajos cree que no es necesario asignar al Consejo de Seguridad una función procesal concreta en la persecución de presuntos actos de agresión.

#### b) Procedimiento

25. A juicio del Gobierno de los Países Bajos debería establecerse un procedimiento que, al menos, se ajustara a los principios expuestos en el artículo 8 del proyecto de código.

26. El establecimiento de un departamento especial de acusación pública sería esencial para que los casos fueran enjuiciados por el tribunal. Ese departamento de acusación pública podría incoar procesos ante el tribunal:

a) Por propia iniciativa, por ejemplo, si hubiera recibido información de un Estado;

b) Basándose en una resolución aprobada por la Asamblea General. Si la Asamblea General aprobara una resolución de esa naturaleza, correspondería al departamento de acusación pública entablar el procesamiento del caso. El Gobierno de los Países Bajos considera que la Asamblea General es el órgano más apropiado, en vista de la amplitud de su representación y sus facultades;

c) Siguiendo las instrucciones al respecto de un tribunal penal internacional. Esas instrucciones podrían darse a petición de un Estado en caso de que el departamento de acusación pública decidiera en contra del procesamiento (principio de la oportunidad) tras recibir la información proporcionada por ese Estado.

#### c) Penas

27. Teniendo en cuenta el principio *nulla poena sine lege*, el código debería incluir disposiciones relativas a las penas que han de imponerse por esos crímenes. Como el código se ocupa sólo de crímenes de un carácter sumamente grave, los Países Bajos consideran que todos deben estar sujetos a la misma pena, ya sea en forma de sentencias de reclusión, medidas de restricción de la libertad o la confiscación de bienes (como los adquiridos mediante la comisión del crimen). El Gobierno de los Países Bajos se opondría a la inclusión de la pena de muerte como una sanción con arreglo al código, ya que haría imposible que muchos otros países respaldaran el código basándose en el derecho nacional o en el internacional.

#### d) Composición del tribunal y del órgano de acusación

##### i) Composición del tribunal penal

28. A juicio del Gobierno de los Países Bajos, el tribunal penal debería ser relativamente reducido, integrado, por ejemplo, por entre cinco y siete magistrados independientes elegidos por el mismo procedimiento que los miembros de la Corte Internacional de Justicia. El tribunal penal debería ser independiente de la Corte, que es un tipo de órgano enteramente diferente del tribunal aquí previsto. Sin embargo, eso no tiene por qué impedir que los magistrados de la Corte Internacional de Justicia sean designados para integrar el tribunal penal internacional, ni excluiría otras formas de concentración organizacional que subrayaran el carácter universal del tribunal penal.

##### ii) El departamento de acusación pública

29. A juicio del Gobierno de los Países Bajos el departamento de acusación pública debería estar integrado por un fiscal general, designado por la Asamblea General, asistido por uno o varios fiscales y un pequeño número de funcionarios. A juicio de la Comisión, el papel del Secretario General, y especialmente la objetividad que se le exige que mantenga en el ejercicio de las funciones que le asigna la Carta de las Naciones Unidas, serían incompatibles con la función de cabeza formal del departamento de acusación pública.

### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

#### Artículo 1

30. El Gobierno de los Países Bajos preferiría que se suprimiera la frase insertada entre corchetes «[de derecho internacional]». Comparte la opinión de los miembros de la Comisión que consideran que esa inserción es innecesaria y podría introducir cierta confusión en la interpretación del artículo.

### Artículo 3

31. El Gobierno de los Países Bajos propugna que sea punible, en principio, no sólo la comisión de un crimen mencionado en el código, sino también cualquier tentativa de cometerlo. Ese resultado podría lograrse de un modo uniforme, bien sea enmendando el artículo 3, a fin de especificar que la tentativa de cometer uno de los crímenes incluidos en el código es igualmente punible, o volviendo a formular cada una de las disposiciones materiales para incluir las palabras «intente cometer» además de «cometa».

32. En segundo lugar, debe precisarse más lo que abarca el término «quien» en el artículo 3. En particular, debe especificarse en el artículo si se refiere sólo a una persona natural o si podría referirse también a una persona jurídica. La ventaja de esta última interpretación es que abarcaría a grupos de personas que no pueden ser considerados como individuos ni como órganos gubernamentales. El inconveniente es, sin embargo, que esa definición más amplia podría hacer considerablemente más difícil el funcionamiento del sistema de ejecución. En su segunda lectura del código, la Comisión de Derecho Internacional podría considerar más atentamente esa cuestión, ya sea en el texto del artículo o en su comentario.

33. En tercer lugar, el Gobierno de los Países Bajos no tiene una posición clara respecto a la opinión de la Comisión sobre la relación entre el concepto de «plan» y la palabra «conspire» en el párrafo 2 del artículo 3 del código.

34. Por último, sugiere que se suprima la palabra «asistencia», que figura en el párrafo 2 y que considera demasiado vaga y poco definida para justificar su inclusión.

### Artículo 4

35. El Gobierno de los Países Bajos considera que el artículo 4 es redundante, ya que el artículo 14 abarca las mismas cuestiones. Quizá pudiera hacerse en el comentario al artículo 14<sup>2</sup> una referencia al significado del presente artículo 4 y su comentario.

### Artículo 6

36. En la primera parte del presente comentario se exponen las opiniones del Gobierno de los Países Bajos respecto a la importancia de vincular el código a un mecanismo de ejecución. El Gobierno conviene con la Comisión en que este artículo tendrá que enmendarse una vez que se haya llegado a una decisión respecto al establecimiento de un tribunal penal internacional. En esa etapa, se podrán suprimir probablemente algunas partes del artículo. El Gobierno de los Países Bajos tiene que hacer otras dos observaciones en ese contexto.

37. En primer lugar, con respecto a la extradición, es esencial que se den suficientes garantías de que el sospechoso será tratado con arreglo a las disposiciones del

artículo 8 del proyecto de código, lo que podría lograrse bien sea añadiendo una cláusula que prohíba expresamente la extradición si el Estado solicitante no da las garantías descritas en el artículo 8 o añadiendo al artículo 6 la frase «con sujeción a las garantías previstas en el artículo 8».

38. En segundo lugar, respecto a la forma actual del párrafo 1 del artículo 6 («se encuentre el presunto autor»), el Estado interesado sólo tiene jurisdicción en el momento en que el individuo de que se trate se encuentre en ese Estado. Si un país pide a otro que conceda la extradición de una persona que no se encuentre —o no se encuentre aún— en ese país, el país al que se solicita la extradición no tiene —o no tiene aún— jurisdicción. Sólo tendría esa jurisdicción si en la legislación nacional del país que solicita la extradición estuviera consagrada la jurisdicción universal respecto a los delitos incluidos en el código. Debería cambiarse la redacción del artículo con miras a hacerlo más eficaz en la práctica, o debería exigirse que las partes en el código establecieran la jurisdicción universal respecto de los crímenes incluidos en él.

### Artículo 7

39. La aceptabilidad de esta disposición depende en gran parte de los crímenes que se incluyan en el código. En la primera parte de estas observaciones se ha indicado que el código sólo debe incluir un número limitado de crímenes. El Gobierno de los Países Bajos considera que sólo esos crímenes tienen suficiente gravedad para justificar la exención de la prescripción. Los Países Bajos no apoyan las disposiciones de este artículo respecto a ningún otro de los delitos incluidos en el presente proyecto de código.

### Artículo 8

40. El Gobierno de los Países Bajos concede gran importancia a las garantías previstas en este artículo, como ya ha indicado *supra* en su comentario al artículo 6.

### Artículo 9

41. Este artículo, lo mismo que el artículo 6, tendrá que ser enmendado si se establece un tribunal penal internacional. El Gobierno de los Países Bajos tiene que hacer otras tres observaciones respecto a la formulación del artículo 9.

42. En primer lugar, el párrafo 3 del artículo es incompatible con el principio de la cosa juzgada, ya que el factor decisivo para la aplicación de la norma no es el modo en que se defina cierta acción (en el derecho nacional o en el internacional), sino si una acción es punible y si el perpetrador ha sido juzgado por ella.

43. En segundo lugar, la redacción del párrafo 4 del artículo no es satisfactoria. El propósito del artículo es garantizar que la persona que haya cometido un crimen grave no evite, a través de procedimientos nacionales dudosos, un castigo proporcionado a la gravedad del delito. Al mismo tiempo, sin embargo, tiene que garantizar que el delincuente no sea juzgado dos veces, en procesos jus-

<sup>2</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 108 y 109.

tos y apropiados, por el mismo crimen, o condenado dos veces a una pena proporcionada a la gravedad del delito. El Gobierno de los Países Bajos considera que la formulación actual no proporciona salvaguardias adecuadas, en especial respecto a la última contingencia.

44. En tercer lugar, aparte del párrafo 3 de este artículo, que ya se ha examinado, los problemas relativos a la norma de cosa juzgada sólo pueden impedirse mediante la concesión de competencia exclusiva al tribunal penal internacional previsto (como se explica en la primera parte de estas observaciones). En cualquier otra circunstancia surgirían problemas respecto a esa norma. Por consiguiente, la Comisión tiene que examinar esa cuestión cuando elabore un sistema de ejecución.

#### Artículo 10

45. El Gobierno de los Países Bajos considera que deberían suprimirse de este artículo las palabras «de conformidad con el derecho internacional», en el párrafo 2 *in fine*. Desde la segunda guerra mundial se han codificado en el derecho internacional ciertos delitos. Como resultado de ello, esa expresión prejuzgaría la posibilidad de enjuiciar y sancionar a los perpetradores de crímenes que no estén codificados pero puedan considerarse delitos con arreglo a la costumbre internacional.

#### Artículo 15

46. El Gobierno de los Países Bajos observa que existe una incongruencia en la redacción de los dos primeros párrafos de este artículo. El párrafo 1 se refiere a la comisión de un crimen por un individuo («el que [...] ejecute [...] u ordene [...]»), en tanto que el párrafo 2 se refiere a las acciones de un Estado («la agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado»). Ya sea en el propio artículo o en el comentario correspondiente<sup>3</sup>, debe aclararse la opinión de la Comisión sobre la relación entre la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado.

47. Para evitar cualquier ambigüedad, las palabras «incompatible con la Carta de las Naciones Unidas» deberían colocarse después de las palabras «uso de la fuerza armada» en la primera línea del párrafo 2. Así, el párrafo terminaría con las palabras «de otro Estado». Además, esos términos deberían definirse en el comentario.

48. La primera parte del párrafo 3 es inapropiada en este artículo, ya que se refiere a la aportación de pruebas, no a la definición del delito. En la segunda parte del párrafo se prevé facultar a un órgano político para que determine si un acto concreto constituye un delito. Se violaría así el principio *nullum crimen sine lege*. Por lo tanto, habría que suprimir ese elemento de la definición del crimen de agresión.

<sup>3</sup> El artículo 15 fue aprobado inicialmente como artículo 12. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 77 y 78.

49. El principio *nullum crimen sine lege* desempeña un papel en la formulación del apartado *h* del párrafo 4 del artículo 15. Aquí, facultar al Consejo de Seguridad para que determine retrospectivamente que ciertos actos constituyeron una agresión y, por ello, pueden dar lugar a un proceso violaría ese principio. La única alternativa sería que el Consejo de Seguridad estipulara de antemano y en términos generales qué constituye una agresión.

50. El párrafo 5 podría establecer, por inferencia, que una decisión del Consejo de Seguridad no es obligatoria para un tribunal penal internacional (previsto). Ese párrafo y el comentario correspondiente<sup>4</sup> deberían revisarse si se estableciera un tribunal internacional. Por razones de claridad, la palabra «existencia» debería ir seguida de la expresión «o no».

51. El significado del párrafo 6 no está claro. Es discutible si, en realidad, añade algo a las disposiciones del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. El Gobierno de los Países Bajos recomienda que se suprima ese párrafo.

52. También debería suprimirse el párrafo 7.

#### Artículo 16

53. El Gobierno de los Países Bajos considera que este crimen no debería incorporarse al proyecto de código; en varios casos, lo abarcaría la prohibición de la agresión como tal y, por consiguiente, se aplicarían a él las disposiciones del artículo 15.

#### Artículo 17

54. Este artículo debería omitirse también del código. Una razón para ello es que ciertos tipos de intervención están, en todo caso, cubiertos por la prohibición de la agresión y son, por consiguiente, punibles con arreglo al artículo 15. A juicio del Gobierno de los Países Bajos, los tipos de intervención no abarcados por el artículo 15 no son suficientemente graves para merecer la inclusión en el código. Por otra parte, la definición parece demasiado vaga y ambigua para que sea posible la ejecución de esas disposiciones.

#### Artículo 18

55. Por las mismas razones que las dadas respecto al artículo 17, el Gobierno de los Países Bajos considera que no es conveniente que este artículo se incluya en el código.

#### Artículo 19

56. El Gobierno de los Países Bajos es partidario de que el genocidio se incluya en el código. Ciertamente, es un crimen que, más que cualquier otro, ultraja el sentido que

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 6.

la sociedad tiene del bien y del mal. Es de esperar que el código facilite la ejecución de la prohibición del genocidio, que ya ha sido proscrito en una convención separada.

57. El Gobierno de los Países Bajos observa una discrepancia entre el crimen de agresión, cuya preparación ya constituye un delito, y el genocidio, cuya preparación no lo constituye. Como se sugirió respecto al artículo 3, el problema podría resolverse enmendando cada una de las disposiciones materiales para ajustarlas a una formulación uniforme; o añadiendo al artículo 3 una nueva disposición en la que se especifique que el planeamiento de la comisión de cualquiera de los crímenes incluidos en el código es, por sí mismo, un crimen.

#### Artículo 20

58. El Gobierno de los Países Bajos no es partidario de la inclusión de este crimen en el código. Por una parte, la propia naturaleza del delito puede plantear problemas virtualmente insolubles respecto a la responsabilidad, el enjuiciamiento, etc. Por otra parte, el apartheid constituiría generalmente una violación sistemática o masiva de los derechos humanos.

#### Artículo 21

59. El Gobierno de los Países Bajos opina que este crimen debe incluirse en el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y que merece la atención por sí mismo, independientemente de los procedimientos de vigilancia de tales violaciones establecidos en diversas convenciones de ámbito regional o mundial en materia de derechos humanos. Estos procedimientos tienen como finalidad primordial evaluar —retrospectivamente— el cumplimiento por un Estado de su responsabilidad de respetar los derechos humanos más que —como se prevé en el código— la responsabilidad penal de un individuo que viole esos derechos. Además, muchos de los procedimientos de vigilancia existentes han resultado inadecuados en los casos de violaciones de los derechos humanos que abarcaría el artículo 21 del presente código.

60. Por otra parte, existe una estrecha relación entre este artículo y el crimen de genocidio. Por consiguiente, por razones de coherencia, las violaciones de los derechos humanos deberían incluirse en el código junto con el genocidio.

61. Respecto al texto del artículo 21, el Gobierno de los Países Bajos haría el siguiente comentario: sería conveniente que el término «persecución» se interpretara del mismo modo que el término incorporado a la Convención sobre el estatuto de los refugiados. Esa es, de hecho, una interpretación más estricta que la que figura en el comentario al artículo<sup>5</sup>. A juicio del Gobierno de los Países Bajos la referencia en el comentario a la persecución «por funcionarios del Estado o por grupos que ejercen un poder

de hecho sobre un territorio determinado»<sup>6</sup> da al concepto una interpretación mucho más amplia que la que se le da en el contexto de la Convención sobre el estatuto de los refugiados.

62. El Gobierno de los Países Bajos preferiría también la palabra «y» en vez de «o» en la expresión «de una manera sistemática o masiva». Solo deberían incluirse en el código las violaciones que se realicen de una manera sistemática y masiva, porque sólo en esas circunstancias constituyen actos que se oponen gravemente al sentido del bien y del mal de la sociedad.

63. El Gobierno de los Países Bajos es también partidario de que la expresión «de una manera sistemática o masiva» se incluya en el encabezamiento del artículo a fin de aclarar que se aplica a las cinco violaciones en él enumeradas. Además, eso serviría para establecer que ciertos aspectos del apartheid quedan dentro del ámbito de aplicación de este artículo. Por consiguiente, los apartados *c* y *d* del párrafo 2 del artículo 20, que a juicio del Gobierno de los Países Bajos deberían omitirse del código, podrían estar cubiertos en el comentario al artículo 21.

64. El Gobierno de los Países Bajos preferiría también una afirmación más clara, quizá en un artículo general (como el artículo 3), del hecho de que el código afecta sólo a los individuos que hayan cometido un crimen en el ejercicio de funciones oficiales. Ese requisito debería incluirse en el código propiamente dicho: no es suficiente tratar la cuestión en el comentario.

65. Por último, el comentario debería incluir más referencias a las convenciones universales de derechos humanos. Sin embargo, esas referencias no deberían incorporarse a las definiciones de los crímenes.

#### Artículo 22

66. El texto de este artículo refleja los esfuerzos de la Comisión por lograr un compromiso entre dos enfoques diferentes de esta categoría de delito: por una parte, se ha tratado de formular una definición general de crímenes de guerra y, por la otra, se han enumerado actos que se considera que podrían constituir crímenes de guerra.

67. El Gobierno de los Países Bajos apoya la opinión de los miembros de la Comisión que se oponen a una enumeración de actos considerados como «crímenes de guerra excepcionalmente graves». En primer lugar, una enumeración de ese tipo no aparece en ninguna otra parte del texto y, en segundo lugar, impediría también la inclusión de cualquier nuevo método bélico en las disposiciones del código.

68. Al mismo tiempo, el Gobierno aprecia que es sumamente difícil hallar un término general que sea lo bastante preciso sin limitar el ámbito de aplicación del artículo más de lo necesario. A ese respecto, la expresión «infracciones graves» no sería adecuada, considerando que ciertos actos descritos como «infracciones graves» en los Convenios

<sup>5</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 111 a 113.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 112, párr. 9.

de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I de 1977 no son suficientemente graves para incluirlos en el código, en tanto que otros que no se describen como «infracciones graves» merecen ser incluidos. Por otra parte, el Gobierno de los Países Bajos considera que la frase «actos de crueldad o barbarie» se define de un modo demasiado vago y da demasiado margen de interpretación subjetiva para resultar adecuada.

69. El Gobierno de los Países Bajos sugiere por consiguiente que el párrafo 2 del artículo 22 se refiera a «crímenes de guerra graves» —omitiendo el calificativo «excepcionalmente»—, que se definen como sigue:

a) Infracciones graves definidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I a esos Convenios;

b) Otras violaciones graves de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

Estrictamente hablando, la categoría *a* no es absolutamente necesaria dado que la categoría *b* abarca la misma disposición. Sin embargo, se afirmaría expresamente en beneficio de la claridad. El calificativo «graves» implica que el código no abarca todos los crímenes de guerra. La cuestión de si una violación puede considerarse «grave» surgirá primordialmente cuando se considere la posibilidad del enjuiciamiento de un crimen.

70. El Gobierno de los Países Bajos coincide con la Comisión en que este artículo debería ser aplicable también a los conflictos armados nacionales, dado que en esas circunstancias pueden cometerse igualmente crímenes de guerra graves. Por consiguiente, podría invocarse el artículo en respuesta a violaciones de los derechos humanos por insurgentes. Además, se evitaría así la necesidad de decidir si un conflicto determinado es nacional o internacional. El Gobierno de los Países Bajos considera que, en el comentario al artículo<sup>7</sup>, debería especificarse que su aplicación amplía el alcance del derecho vigente, ya que los crímenes de guerra no se mencionan en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra. Además debería examinarse en el comentario la relación entre esta disposición y el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo adicional II, en el que se insta a las partes en el conflicto a que cooperen para lograr una amnistía tan amplia como sea posible una vez que hayan cesado las hostilidades.

#### Artículos 23 a 26

71. El Gobierno de los Países Bajos se opone a la inclusión en el código de los artículos 23 a 26, ya que ninguno de ellos satisface los criterios establecidos en la primera parte de estas observaciones.

72. Además, el concepto de «terrorismo internacional», que es el tema del artículo 24, podría crear problemas casi insuperables de definición e interpretación.

73. El tráfico de drogas, que constituye el tema del artículo 25, pertenece a una categoría enteramente diferente

que crímenes tales como el genocidio, la agresión o las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos. El Gobierno de los Países Bajos quisiera recalcar de nuevo su opinión de que el mecanismo previsto para ejecutar internacionalmente el código no sería el medio más adecuado de sancionar este delito. En tales casos, serían más apropiados los instrumentos nacionales de ejecución, basados posiblemente en el principio de la universalidad o, como alternativa, en el principio *aut iudicare, aut dedere*, cuya aplicación se establecería mediante un tratado.

### Países nórdicos

[Original: inglés]  
[22 de diciembre de 1992]

#### OBSERVACIONES GENERALES

##### A.—Consideraciones de principio

1. Los países nórdicos están básicamente a favor de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, el presente proyecto debe complementarse ampliamente, tanto respecto a importantes cuestiones de principio, como cuándo ha de eximirse de responsabilidad a un perpetrador, como respecto a la redacción concreta de diversas disposiciones penales. Además, la redacción del proyecto se desvía de la que parece usarse generalmente en los textos legislativos y, por consiguiente, el código no podría ser usado en su forma actual por los tribunales de muchos países.

##### B.—Relación con un tribunal penal internacional

2. Una de las dificultades básicas del presente código es que no está clara su condición jurídica. Por una parte, podría ser una convención tradicional, con arreglo a la cual cada país se compromete a incorporar como crímenes en su legislación interna los actos punibles mencionados en la convención y a estipular la pena apropiada o iniciar un proceso de extradición. Un argumento contra esa solución es, sin embargo, que la mayoría de los crímenes incluidos en el proyecto de código ya están sancionados por las convenciones vigentes o por el actual derecho internacional y nacional.

3. Por otra parte, podría pensarse en establecer un código penal internacional que sea independiente del derecho penal nacional. Dado ese punto de partida, es difícil evaluar el proyecto actual, ya que sólo se ocupa brevemente de los requisitos procesales para juzgar un caso ante un tribunal penal.

4. Tal como interpretan el proyecto los países nórdicos, la intención es simplemente tipificar varios actos con arreglo al derecho internacional, pero queda por decidir si esos crímenes serán juzgados por un tribunal penal internacional o por un tribunal del país interesado, o por ambos. Interpretamos también que el proyecto significa que los países que se adhieran al código no adquirirán, por ello, la obligación jurídica de garantizar que su legislación penal interna abarque todos los actos definidos como crímenes en el proyecto de código. No obstante, muchos sis-

<sup>7</sup> Ibid., págs. 113 a 115.

temas judiciales, como el de los países nórdicos, requerirán que haya disposiciones penales correspondientes en su legislación interna para incoar actuaciones con arreglo al código. Por consiguiente, habrá que considerar si se exigirá a los Estados partes en el instrumento final que adopten las medidas necesarias, incluso de tipo legislativo, para garantizar la aplicación del código.

5. Existe una necesidad definida de un tribunal que pueda juzgar ciertos crímenes particularmente graves para los que, debido a su carácter internacional, la jurisdicción nacional es generalmente limitada, como ocurre con la agresión, la intervención y el genocidio. Por otra parte, los países nórdicos hallan menos razones para establecer un tribunal penal internacional para que juzgue crímenes que indudablemente son de carácter internacional, pero que se han sancionado hasta ahora con arreglo al derecho penal interno de los países respectivos. A nuestro juicio, sería preferible usar el proyecto de la Comisión como base para elaborar un código que se ocupe de violaciones de la paz y la seguridad de la humanidad tan graves que puedan servir como fundamento de un futuro tribunal penal internacional y ser incluidas en su jurisdicción.

#### *C.—Observaciones generales sobre el proyecto de código*

6. En cierta medida, varios de los artículos se basan directamente en convenciones internacionales vigentes relativas a los crímenes respectivos; en tales casos, debería aclararse la relación entre el proyecto de código y esas convenciones.

7. Otro problema, particularmente a la luz del alto grado de precisión que requiere el derecho penal, es que varios de los artículos fundamentales son tan vagos y ambiguos que crearían más confusión que claridad. Además, muchos de los artículos utilizan conceptos generales con implicaciones políticas, lo que los expone a una variedad de interpretaciones. Esta observación se aplica, por ejemplo, a la redacción del artículo 16: «cualquier otra medida que pueda dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado». Puede resultar difícil determinar con precisión lo que implica ese concepto.

8. Resulta evidente de cuanto antecede que los crímenes que vayan a incluirse en ese código deben satisfacer dos criterios. En primer lugar, deben ser actos que constituyan en realidad un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, es decir que satisfagan el criterio de tipificación. En segundo lugar, su naturaleza debe ser tal que puedan ser regulados por este tipo de instrumento, es decir deben satisfacer el criterio de adecuación. Como se señala más adelante, en las observaciones sobre artículos concretos, el proyecto de código incluye varios artículos que, a juicio de los países nórdicos, no satisfacen esos criterios. Un código basado en esos criterios sería mucho menos amplio que el presente proyecto. Los crímenes que deberían mantenerse son primordialmente los tipificados en los artículos 15 a 22.

9. Otro problema del presente proyecto es que no especifica el grado de responsabilidad que debe subsistir. Tal como interpretan el proyecto los países nórdicos, es suficiente en general que se haya cometido efectivamente un delito. Sin embargo, en algunos artículos, se especifica que la disposición sólo es aplicable a los actos que se cometan «intencionalmente». En otros casos, se especifica que deben concurrir motivos especiales, v. g. el artículo 20, «con el fin de instituir...». A nuestro juicio, debería disponerse, en un artículo separado de la parte I, que el código sólo se aplica básicamente a los actos cometidos intencionalmente. Las excepciones a esa regla podrían especificarse en los artículos respecto a los cuales la intención sea reforzar o debilitar los requisitos de la responsabilidad subjetiva.

10. Por otra parte, en el proyecto no se tiene en cuenta el hecho de que hay una diferencia importante entre los casos en que el acto haya sido ejecutado por individuos por propia iniciativa y aquellos en que la ejecución sea consecuencia de una decisión de los más altos órganos gubernamentales de los países respectivos. Los casos en los que las decisiones sean adoptadas, por ejemplo, por una asamblea nacional integrada por varios centenares de miembros plantean problemas evidentes. En ese contexto, en el apartado c del párrafo 2 del artículo 20 se hace referencia a cuando «cualesquiera medidas legislativas...» puedan constituir una política de apartheid. ¿Se pretende en esa disposición que todos los miembros de la asamblea nacional que apoyaron la promulgación de esa norma sean sancionables con una pena? En todo caso, no se trataría de una actuación particularmente práctica. En tales ocasiones, la responsabilidad penal recaería casi automáticamente en el Estado, ya que son los más altos órganos gubernamentales los que actúan, y tienen jurisdicción con arreglo al derecho internacional, para proponer o promulgar legislación en nombre del Estado. A juicio de los países nórdicos, no se indica con suficiente claridad en quién recae la responsabilidad, si en los individuos o en el propio Estado. La responsabilidad penal de un Estado plantea problemas de ejecución que difieren fundamentalmente de los que plantean los artículos dirigidos contra individuos. La opinión de los países nórdicos es que el código debería aplicarse sólo a actos criminales cometidos por individuos.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

11. Los siguientes comentarios reflejan el modo de pensar preliminar de los países nórdicos sobre artículos concretos del proyecto visto como un conjunto.

##### *Artículo 1*

12. Este artículo parece dar una definición jurídica del término «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» y puede interpretarse, tal como está redactado actualmente, como antitético. Por ello, la disposición debe suprimirse, ya que no se requiere tal definición. Además, podría resultar confusa debido a que difícilmente podría decirse que algunos de los crímenes incluidos en el proyecto de código son de esa naturaleza.



*Artículo 2*

13. Los principios establecidos en el artículo son aceptables respecto a crímenes que normalmente no son sancionados con arreglo a la jurisdicción nacional, ya que serían contrarios al derecho internacional. Sin embargo, el proyecto de código incluye crímenes que son generalmente objeto de legislaciones nacionales en conflicto. A nuestro juicio, cuando se dé ese caso, la disposición debe hacerse menos categórica.

*Artículo 3*

14. El artículo constituye una buena ilustración de las dificultades asociadas a la técnica empleada en el proyecto de código. Si el propósito es establecer un código penal internacional, la cuestión de determinar la responsabilidad individual, la participación criminal, la complicidad, los diversos tipos de tentativa, etc., debe resolverse satisfactoriamente desde el punto de vista de la interpretación.

*Artículo 4*

15. No es difícil imaginar motivos —por ejemplo en diversos tipos de situaciones de emergencia— que afectarían a la cuestión de la responsabilidad penal. No obstante, según la redacción del artículo, no se concedería ninguna importancia a tales consideraciones. Debido a ello, el artículo causa considerables problemas y, por tanto, no es aceptable en su forma actual.

*Artículo 5*

16. Esta disposición debe conservarse en el proyecto de código a fin de mantener la responsabilidad penal de los individuos y, al mismo tiempo, no liberar a los Estados de responsabilidad por las reparaciones de guerra, etc.

*Artículo 6*

17. Los países nórdicos suponen que el término «juzgarlo» abarca también la decisión de no procesar a un perpetrador. Esta interpretación concuerda con la interpretación correspondiente de formulaciones similares empleadas en otros contextos internacionales. Si se estableciera un tribunal penal internacional habría que desarrollar más la sustancia del principio «juzgar o conceder la extradición».

*Artículo 7*

18. La imprescriptibilidad puede ser aceptable respecto a los crímenes más grave, pero es bastante más dudosa en los casos en que las legislaciones penales nacionales en conflicto establezcan la prescripción después de un cierto período de tiempo.

*Artículo 8*

19. El artículo demuestra claramente que los requisitos procesales para un juicio de conformidad con el proyecto de código deben determinarse en relación con la formula-

ción de las disposiciones penales. Las reglas mínimas establecidas para las actuaciones judiciales, que son extraídas de los requisitos de los derechos civiles, son razonables en sí, pero son claramente insuficientes como normas procesales para un tribunal.

*Artículo 9*

20. Varias de las soluciones sustantivas que derivan de esta disposición pueden discutirse. Por ejemplo, según el párrafo 4, cualquier individuo podrá ser juzgado por los tribunales nacionales de un Estado aunque haya sido juzgado por un tribunal de otro Estado por el mismo delito, si el primer Estado ha sido la principal víctima del crimen. Los países nórdicos interpretan que esa disposición significa que la norma se aplica, por ejemplo, aunque la persona de que se trate haya cumplido ya una larga sentencia de reclusión. Por ello, la disposición se opone claramente a principios tradicionales con fuerza legal en el derecho penal y debería redactarse en términos menos categóricos. Una solución razonable podría ser establecer que el conocimiento por un tribunal nacional no impedirá que un crimen sea juzgado con arreglo al código, pero que habrá que tener en cuenta la pena que la persona condenada esté cumpliendo o vaya a cumplir con arreglo a la sentencia pronunciada por el tribunal nacional.

*Artículo 11*

21. La disposición establece que el hecho de que un individuo actuara en cumplimiento de órdenes de un superior no lo exime de responsabilidad penal si «ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden». Debe definirse más claramente la palabra «posibilidad» tal como se emplea en esta disposición. Las consecuencias de negarse a acatar una orden pueden variar mucho, oscilando desde una reprimenda o el despido hasta la pena de muerte. La intención no puede ser que todas esas circunstancias liberen al perpetrador de responsabilidad penal. Este problema debería tratarse expresamente en el propio texto del código.

*Artículo 12*

22. Esta disposición, que se refiere al hecho de que un superior no haya tratado de impedir un acto criminal, lleva la tipificación de esa falta de actuación más allá de lo que es aceptable en los países nórdicos. Para que exista tal responsabilidad, se requiere generalmente que las disposiciones sustantivas establezcan la obligación de actuar por parte de la persona que ha omitido hacerlo. Además, puede ser difícil conciliar la disposición con la definición de responsabilidad individual establecida en el artículo 3.

*Artículo 13*

23. Cabe presumir que incluso los Jefes de Estado no pueden estar exentos de responsabilidad internacional por sus actos si los mismos constituyen un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esa regla debe aplicarse incluso cuando lo contrario esté establecido en la Constitución de un Estado determinado.

*Artículo 14*

24. Los párrafos 1 y 2 deben colocarse en artículos separados debido a que hay una diferencia fundamental entre las circunstancias que eximen de responsabilidad al perpetrador de un acto y las circunstancias que afectan a la magnitud de la sentencia.

25. Tal como está redactado actualmente, el artículo no da indicación alguna de las circunstancias que han de tenerse en cuenta al juzgar un crimen. Por ello, cualquier tribunal tiene libertad para interpretar la disposición, lo que difícilmente se ajusta a la norma del imperio del derecho. A juicio de los países nórdicos, sería apropiado determinar el significado de la legítima defensa y el estado de necesidad. El problema del consentimiento puede surgir también en diversos contextos.

26. Por otra parte, el proyecto de código incluye otros dos artículos que tratan de las razones por las que puede eximirse de responsabilidad a un perpetrador, a saber los artículos 11 y 13. Esos artículos deberían combinarse con el artículo 14. Un modo de hacerlo podría ser enumerar las circunstancias que eximen de responsabilidad a un individuo y las que no le eximen. Las circunstancias indicadas en los artículos 11 y 13 del texto actual figurarían entonces entre las que no eximen de responsabilidad.

27. Otro problema del proyecto de artículos es que no incluye ninguna disposición que rija los casos en que el perpetrador está loco o, por alguna otra razón, no era responsable de sus acciones en el momento de cometer el acto.

28. El párrafo 2 del artículo 14 debería regular también las circunstancias agravantes. Además, es preciso definir y ejemplificar lo que significan los términos circunstancias atenuantes y agravantes, pues la disposición, tal como está redactada actualmente, carece prácticamente de sustancia.

*Artículo 15*

29. La disposición relativa a la agresión cumple los dos criterios establecidos anteriormente en la sección C. Sin embargo, es discutible que la definición sea adecuada en todos sus aspectos. En el párrafo 3 se incluye una referencia a la posibilidad de que el Consejo de Seguridad determine la agresión. Desde un punto de vista político, la competencia del Consejo de Seguridad en esta materia está bien fundada. Sin embargo, en un contexto legal, no es un enfoque aceptable, ya que el fallo de un tribunal dependería entonces de una evaluación política.

*Artículo 16*

30. Los criterios establecidos en la sección C *supra* se cumplen también, a juicio de los países nórdicos, en este artículo. Sin embargo, la disposición podría limitarse quizá a la «amenaza de agresión violenta», a fin de evitar querellas por faltas menos graves o que no lleguen a constituir verdaderas amenazas.

*Artículo 17*

31. La disposición cumple los criterios mencionados en la sección C, pero en algunos aspectos parece solapar el artículo 24 sobre el terrorismo. Esos dos artículos deberían examinarse atentamente, ya que podría ser suficiente mantener sólo el artículo 17, que es el más amplio de los dos. Existen, sin embargo, poderosos argumentos políticos para prohibir expresamente el terrorismo en un artículo separado o, alternativamente, en un párrafo separado del artículo 17.

*Artículo 18*

32. A juicio de los países nórdicos, esta disposición no cumple el criterio de adecuación establecido en la sección C. La expresión «dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos» es demasiado imprecisa y probablemente demasiado amplia. Con su redacción actual, la disposición podría aplicarse, por ejemplo, a diversas formas de boicoteo comercial, así como a las situaciones en que un país donante estipula ciertas condiciones en relación con la asistencia para el desarrollo. Por ello, la disposición es susceptible de diferentes interpretaciones y podría provocar conflictos. Por consiguiente, debe dársele mucha mayor precisión si se quiere conservarla.

*Artículo 20*

33. Los países nórdicos opinan que la disposición sobre el apartheid no cumple el criterio de la adecuación. Más aún, la definición del crimen está comprendida claramente en el artículo 21, relativo a las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos.

*Artículo 22*

34. Aunque la disposición se refiere a los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», no todos los actos especificados en ella pertenecen a esa categoría, aunque sean claramente actos criminales. Esto se aplica, por ejemplo, al «retraso injustificado de la repatriación de prisioneros de guerra después del fin de las hostilidades activas», en el apartado *a* del párrafo 2.

*Artículo 23*

35. A juicio de los países nórdicos, los actos a que se refiere la disposición no son, por sí mismos, suficientemente graves para incluirlos en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en particular debido a que el uso de tales fuerzas en agresiones armadas o en la opresión de grupos étnicos está abarcado en artículos anteriores. Con su texto actual, la disposición cubre también la complicidad por negligencia al financiar los servicios de mercenarios y es discutible que tal acto deba siquiera considerarse un delito.

*Artículo 24*

36. El alcance de la disposición es demasiado limitado desde un punto de vista sustantivo. Es difícil comprender

por qué sólo deben incluirse los casos en que el terrorista sea «agente o representante de un Estado». Los demás crímenes incluidos en el proyecto de código no están sujetos a tal limitación, ya que los individuos pueden contravenir esas disposiciones sin actuar en nombre de un Estado. La mayoría de los crímenes que podría abarcar este artículo son de tal naturaleza que ya están sancionados generalmente por la legislación penal nacional, así como por ciertas convenciones. Por consiguiente, hay razones para presumir que, en muchos casos, pueda haber disposiciones conflictivas en las legislaciones penales nacionales.

#### Artículo 26

37. Es importante establecer alguna forma de régimen jurídico internacional que trate de la cuestión de la responsabilidad en relación con el daño ambiental transfronterizo. Desde un punto de vista sustantivo, es evidente que el artículo no tiene el grado de precisión necesario para una disposición penal. Por lo tanto, la cuestión debería volver a examinarse.

#### FORMAS DE SANCIÓN

38. Los países nórdicos presumen que el encarcelamiento sería la pena más apropiada, ya que el proyecto de código sólo debe incluir crímenes tan graves que una sentencia de prisión sea la única forma de sanción concebible. Por lo que se refiere a la pena de muerte, los países nórdicos han expresado en varias ocasiones que es inaceptable, incluso para los crímenes más graves.

39. Respecto a la evaluación de la sentencia, opinamos que debería establecerse una escala de penas para cada uno de los artículos. Probablemente también deberían prescribirse sentencias mínimas en relación con varias de las disposiciones penales.

40. También hay una necesidad evidente de disposiciones relativas a la confiscación, además del encarcelamiento. Ese tipo de sanción sería bastante práctico, por ejemplo en los casos en que se hayan robado objetos culturales con ocasión de una guerra.

#### CONCLUSIÓN

41. A juicio de los países nórdicos es más conveniente centrar el proyecto en los crímenes más graves contra la paz y la seguridad de la humanidad, elaborando por tanto un código relativamente limitado.

#### Paraguay

[Original: español]  
[30 de noviembre de 1992]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. En el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son calificados éstos como

crímenes de derecho internacional, que el proyecto no define, sino enumera. El proyecto no distingue, como otros instrumentos internacionales, entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

2. Los principales delitos previstos son: la agresión y la amenaza de agresión, la intervención, la dominación colonial y el apartheid. Otro grupo lo constituyen el reclutamiento, la utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios. Un tercer grupo está formado por el genocidio, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el tráfico ilícito de estupefacientes y los daños intencionales y graves al medio ambiente.

3. Muchos de estos delitos, como el genocidio, los crímenes de guerra y las torturas, ya han sido previstos por instrumentos emanados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

4. Este proyecto viene a completar esas normas, buscando una eficaz protección de los derechos humanos y una mejor tutela de los principios de no intervención y de autodeterminación de los pueblos. Contribuye a enriquecer la protección jurídica de la comunidad internacional.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

##### Artículo 3

5. En el texto en español del párrafo 1 se deberían reemplazar las palabras «podrá ser sancionado» por «será sancionado». La naturaleza de la norma penal es que ésta sea imperativa. Esta modificación se aplica igualmente a los párrafos 2 y 3.

##### Artículo 7

6. Cualquiera que sea el criterio que se tenga respecto a la derogación del principio penal de la prescripción de la acción penal y de la pena, no se hace en este artículo sino seguir el sistema establecido respecto de delitos de este tipo por instrumentos internacionales análogos. Cabe, sin embargo, en lugar de declarar la imprescriptibilidad, establecer un plazo o prescripción mayor que el de los delitos comunes.

##### Artículo 9

7. Los párrafos 1 y 2 consagran el principio de la cosa juzgada, pero el párrafo 3 le quita buena parte de su efecto al disponer que, cuando alguien fue condenado por delito de derecho común, puede ser juzgado y condenado de nuevo por el crimen previsto por este código. Tal disposición conspira contra el principio *non bis in idem*, contra el derecho de no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho, garantía de legalidad para el imputado instituida para preservar la seguridad jurídica.

8. La misma observación cabe hacer a las normas de los apartados *a* y *b* del párrafo 4. Cabe reconocer, sin embargo, que lo dispuesto por el párrafo 5 contribuye a mitigar los efectos de los citados párrafos.

9. Con relación al párrafo 2 *in fine* del comentario<sup>1</sup>, cabe expresar que un sobreseimiento libre (definitivo) tiene el mismo alcance en nuestro derecho que una sentencia absoluta, aunque se dicte en el sumario y no en el plenario del proceso.

#### Artículo 10

10. La limitación del principio de la irretroactividad penal no es aconsejable. Es ésta una norma cardinal de ordenamiento jurídico, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y es peligroso autorizar excepciones a ella. Creemos por ello que es conveniente la supresión del párrafo 2 de este artículo. Tampoco resulta aceptable el párrafo 3 del comentario<sup>2</sup>, queriendo dar a la ley (*lex*), injustificadamente, un sentido muy amplio, comprendiendo en ella no sólo la ley escrita, sino la costumbre y los principios generales del derecho. Ello conduce prácticamente a la anulación del citado principio de legalidad de los delitos y las penas.

#### Artículo 14

11. El párrafo 1 del artículo dispone que:

El tribunal competente apreciará la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales de derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen.

En una materia tan importante penalmente como los eximentes (causas de justificación, causas de inculpabilidad y de imputabilidad), parece inconveniente otorgar un desmedido arbitrio al juez, el hecho de remitirse a los «principios generales del derecho». Más prudente sería, si no se quiere enunciar esas causas eximentes, remitirse a la legislación del país donde se cometió el delito.

#### Artículo 15

12. En este artículo y en otros se estipula que el autor será condenado a una pena «una vez declarado culpable de ese acto...», lo que constituye una evidente redundancia, pues es obvio que la pena sólo puede imponerse cuando en el proceso se ha probado la culpabilidad del autor.

13. Por otra parte, la Comisión ha estimado que convendría incorporar al proyecto de código el crimen de anexión del territorio o de una parte del territorio de un Estado soberano por otro Estado recurriendo a la violencia o a otros medios ilícitos.

#### Artículo 16

14. La norma del párrafo 1 es demasiado amplia e imprecisa. Caracterizar la amenaza de agresión como «proferir una amenaza», u «ordenar que sea proferida», no configura bien la figura delictiva. Debe ser razonable-

mente verosímil el riesgo de que la agresión se produzca, exteriorizado por medio de hechos.

#### Artículo 17

15. La intervención en los asuntos internos o externos de un Estado puede asumir formas más sutiles, encubiertas y eficaces que el fomento de actividades armadas y su financiación, por ejemplo atentados o medidas de orden económico o de otro orden, que perturben gravemente la vida de un país, forzándolo a aceptar las exigencias que quieran imponerle.

#### Artículo 19

16. El delito de genocidio ya fue incluido en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y se mantiene la estructura en este instrumento. Si cabe la modificación, podría incluirse en el apartado e a los adultos además de los niños.

#### Artículo 21

17. Es similar al delito de genocidio (art. 19), como se puede ver cotejando las disposiciones de uno y otro artículo, si bien el fin que debe motivar el delito de genocidio no figura en este artículo. Además, las violaciones de los derechos humanos deben ser sistemáticas o masivas. Las diferencias no son, aparentemente, fundamentales.

#### Artículo 22

18. Existe ya una abundante serie de convenios internacionales sobre crímenes de guerra a la cual se hace mención en el comentario que acompaña a este artículo<sup>3</sup>. Cabe preguntarse si es necesaria una nueva incriminación con la característica de que el crimen de guerra sea «excepcionalmente grave» y si es ése un buen criterio para crear una figura delictiva, respecto de la cual ya existen tipificaciones. La mayor o menor gravedad es, sí, un criterio válido para graduar la pena.

#### Artículo 24

19. En este artículo se prevé el terrorismo, no el cometido por particulares o grupos privados, sino por agentes o representantes de un Estado, de lo cual existen casos en la comunidad internacional contemporánea.

#### Artículo 26

20. Dada la gravedad actual de los problemas ecológicos, se ha creído conveniente que los atentados graves al medio ambiente sean erigidos en delitos de derecho penal internacional.

<sup>1</sup> El artículo 9 fue aprobado inicialmente como artículo 7. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

<sup>2</sup> El artículo 10 fue aprobado inicialmente como artículo 8. Para el comentario, *ibid.*, págs. 75 y 76.

<sup>3</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 113 a 115.

## Polonia

[Original: inglés]  
[29 de marzo de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

*La cuestión de las penas*

1. En la esfera del derecho internacional público es muy difícil establecer un régimen uniforme de penas que sea aceptable para todos los Estados. Existe una gran variedad de conceptos y filosofías acerca del régimen de penas establecido en el derecho interno de los Estados. Algunas penas aplicables en ciertos países, que se basan en una tradición jurídica y cultural de larga data, son desconocidas en otros; por ejemplo la pena de muerte y la mutilación física.

2. La primera cuestión importante en materia de penas es si debe establecerse una pena específica para cada crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad por separado o si en cambio, ya que todos esos crímenes revisten el mismo grado de gravedad y seriedad extremas, debe adoptarse una fórmula general en todos los casos, es decir la misma pena para todos los crímenes con un grado mínimo y un grado máximo, según existan o no circunstancias atenuantes o agravantes. En la práctica, la segunda opción (es decir establecer una misma pena aplicable a todos los crímenes) tendría más probabilidades de ser aceptada por todos los Estados. El establecer una pena distinta para cada crimen requeriría un análisis muy cuidadoso de la segunda parte del proyecto de código, pero probablemente no impediría que en el futuro inmediato se conciliaran en forma satisfactoria las discrepancias.

3. Teniendo en cuenta la diversidad de sistemas jurídicos y filosóficos y de tradiciones que se reflejan en el derecho penal de los países, el Gobierno de Polonia se inclina por la segunda opción: el período de la pena de prisión (perpetua o por un período de 10 a 35 años) debería ser determinado estrictamente por el tribunal, con arreglo a las circunstancias del caso; y si este último lo estimara necesario, sería complementado con trabajos de interés general, la incautación total o parcial de bienes y la privación de algunos o de todos los derechos civiles y políticos (como lo ha propuesto el Relator Especial en el proyecto de artículo Z<sup>1</sup>).

4. Por consiguiente, el Gobierno de Polonia apoya el establecimiento de una pena única, con un grado mínimo y un grado máximo. Por otra parte, resulta obvio que algunos crímenes podrían considerarse más graves que otros; por ejemplo, el genocidio o la agresión, y que no sería posible considerarlos y tratarlos de la misma manera que al tráfico de estupefacientes, pero correspondería al tribunal tomar en cuenta tales diferencias cuando hubiera de deci-

dir entre la prisión perpetua y la prisión por un período (mínimo) de 10 años.

5. La segunda cuestión en materia de penas es la del tipo de penas aplicables y las penas que habrá que prever en el código deberán aplicarse.

6. En cuanto a la prisión perpetua, Polonia comparte la opinión de que las personas que han cometido «los más graves de los crímenes más graves» deben ser separadas y alejadas de la comunidad internacional y nacional para siempre a fin de proteger a la humanidad y de evitar que tales crímenes se repitan en el futuro.

7. En lo que tiene que ver con la pena de prisión temporal (por un período de 10 a 35 años), el Gobierno de Polonia opina que el individuo que ha sido condenado a esa clase de pena debe cumplir totalmente la condena, sin que deba otorgársele el derecho a solicitar una liberación anticipada.

8. Polonia señala a la atención el hecho de que el proyecto de código no determina qué sujeto u organismo está facultado para ejecutar la pena de prisión ni, por consiguiente, en qué Estado deberán cumplir la pena las personas que han sido condenadas. Tal determinación sería importante, puesto que el rigor de las instituciones penales y las cárceles difiere de un país a otro y es necesario tener en cuenta esas diferencias.

9. A juicio del Gobierno de Polonia, el problema principal en relación con las penas complementarias (adicionales) parece ser su «localización territorial» en uno u otro país. Se plantea la cuestión de determinar respecto de qué Estado la pena de privación de algunos o de todos los derechos civiles o políticos podría ser efectivamente aplicable. Además, dicha pena sólo podría ser dictada por un tribunal del Estado del cual fuese nacional la persona condenada.

10. Los trabajos de interés general, como pena complementaria, suscitan también algunas dudas. En primer lugar, tal pena debería aplicarse sólo en los casos de transgresiones menores, pero no de crímenes. En segundo lugar, tales dudas atañen a la cuestión de para quién deberían realizarse esos trabajos y de qué sociedad o Estado se beneficiaría con ellos.

11. En principio, Polonia opina que la restitución de los bienes sustraídos es materia del derecho y la jurisdicción internos de cada país interesado. Sin embargo, aun en el ámbito nacional existen problemas y dificultades, de sobra conocidos, en torno a la reivindicación de bienes.

12. La incautación total o parcial de bienes como posible pena sería útil en muchos casos. En cuanto al problema de a quién deberían adjudicarse los bienes incautados en el ámbito internacional, el Gobierno de Polonia sostiene la posición de que, con arreglo a un principio de derecho largamente establecido, la parte de dichos bienes que haya sido sustraída debe ser restituida a su legítimo propietario o a los herederos de éste.

<sup>1</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 86 y 87, nota 280.

13. La entrega a organizaciones humanitarias del resto de los bienes no sustraídos que hayan sido incautados o su adjudicación a un fondo especial de las Naciones Unidas podría originar ciertos problemas prácticos, especialmente en lo que respecta a la propiedad inmobiliaria.

*La incoación de un proceso penal (presentación de casos al tribunal)*

14. El proceso penal respecto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad podrá ser incoado en primer lugar, pero no exclusivamente, por los Estados. A juicio del Gobierno de Polonia, en algunos casos sería más conveniente y también más adecuado que otras entidades interesadas (por ejemplo organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de carácter internacional) y no los Estados incoaran el procedimiento penal; por ejemplo en el caso de los crímenes contra el medio ambiente, las violaciones de los derechos humanos o los crímenes de guerra. Por consiguiente, las organizaciones interesadas en cada caso deberían tener el derecho de entablar la acción penal respecto de los crímenes que se describen en el proyecto de código.

15. Polonia no comparte la opinión de que el derecho a presentar una acusación deba encomendarse a una fiscalía especial anexa al tribunal, ya que sería difícil establecer otro órgano penal internacional responsable de investigar y determinar los fundamentos de la acusación.

16. Los crímenes de agresión y amenaza de agresión previstos en el proyecto de código constituyen también violaciones de la paz y la seguridad internacionales. Por consiguiente, en esos casos es necesario subrayar y tomar en cuenta la posición y los derechos del Consejo de Seguridad. El propio Consejo de Seguridad no debería tener competencia para adoptar ninguna medida judicial ni para incoar directamente un proceso penal; la solución opuesta no sería lógica ni adecuada. Además, exigiría modificar la Carta de las Naciones Unidas. Una decisión del Consejo de Seguridad en la cual se estableciera que ha habido un acto de agresión o de amenaza de agresión debería ser obligatoria para el tribunal, pero si el Consejo de Seguridad no adopta tal decisión, el tribunal debería tener plenas facultades para decidir por sí mismo que el acto de que se trata constituye agresión o amenaza de agresión. Sin embargo, esa decisión del tribunal no sería obligatoria para el Consejo de Seguridad.

17. Ello permitiría evitar que fuese posible obstruir el procedimiento penal cuando el Consejo de Seguridad no pudiera adoptar una decisión sobre el asunto en sentido afirmativo.

18. En suma, cada decisión del Consejo de Seguridad en sentido afirmativo sería obligatoria para el tribunal; o, por el contrario, el tribunal, actuando a nivel jurídico y no político, tendría que adoptar su propia decisión y continuar el proceso penal, aun cuando el Consejo de Seguridad no adoptara una decisión al respecto. Como lo han señalado varios miembros de la CDI durante el examen del tema en su 43.º período de sesiones, la Corte Internacional de Justicia, en el fallo que dictó el 27 de junio de 1986 en el caso

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*<sup>2</sup>, no se negó a examinar la cuestión de si uno de los Estados partes en la controversia había cometido un acto de agresión que no había sido caracterizado como tal por el Consejo de Seguridad. En ese caso, la Corte decidió (citando la Definición de la agresión<sup>3</sup>, que refleja el derecho consuetudinario en la materia) por 12 votos contra 3, que los Estados Unidos, al lanzar ciertos ataques contra el territorio de Nicaragua y cometer otros actos que entrañaban la utilización de la fuerza, habían violado la obligación que respecto de Nicaragua les imponía el derecho internacional, de no utilizar la fuerza contra otro Estado.

*Actos que puedan constituir una tentativa de cometer un crimen*

19. El Gobierno de Polonia opina que es improcedente trasladar en forma automática las transgresiones previstas en el derecho interno al derecho internacional. Es también dudoso hacerlo en relación con la tentativa. Tales dudas son mucho más graves respecto de las otras formas de transgresión, entre ellas los preparativos, la ayuda o asistencia y la incitación al crimen. No obstante, el Gobierno de Polonia está dispuesto a considerar la tentativa como un concepto útil que podría aplicarse a los tipos de crímenes descritos por el proyecto de código en sus artículos 15, 17, 19, 21, 22, 24, 25 y 26.

20. El Gobierno de Polonia considera que, en esencia, el crimen de amenaza de agresión parece configurarse como una «pretentativa de agresión», y que resultaría excesivo calificar de crimen una «tentativa de amenaza», fuere cual fuere su naturaleza.

21. En el caso de los crímenes que se describen en los artículos 18, 20 y 23 del proyecto de código, el elemento fundamental parece ser el resultado antijurídico del acto concreto; por consiguiente, cuando no exista ese resultado (por ejemplo cuando sólo se haya llevado a cabo una tentativa de cometer un crimen), debería examinarse y analizarse cuidadosamente el acto de manera diferente, quizás fuera del marco de la responsabilidad penal.

22. En cuanto al conjunto de la segunda parte del proyecto de código, el Gobierno de Polonia opina que el orden en que figuran los distintos crímenes no parece significar que se los haya colocado en una escala o jerarquía de gravedad. El Gobierno de Polonia está de acuerdo con el criterio seguido en el código, de no establecer una distinción entre los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

<sup>2</sup> *Fond, C I J Recueil 1986*, pags 14 y ss, parrs 198 a 201 y 227 a 238

<sup>3</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo

## COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

*Artículo 1*

23. No parece ser necesario en este contexto poner entre corchetes la expresión «de derecho internacional». El código tendrá forma de tratado y sólo puede establecer crímenes de derecho internacional en el marco del derecho internacional. Por otra parte, muchos ordenamientos jurídicos nacionales reconocen los crímenes descritos en el código, a los cuales también se considera crímenes en el derecho interno. Por consiguiente, si se omitieran las palabras que figuran entre corchetes, se suscitara la cuestión del «doble reconocimiento» de esos crímenes como crímenes en el derecho internacional y a la vez en el derecho nacional.

*Artículo 2*

24. El Gobierno de Polonia sugiere que se sustituyan las palabras «sea punible» por las palabras «constituya un crimen» o «sean ilegítimos».

*Artículo 3*

25. El Gobierno de Polonia apoya la idea de que en el proyecto de código se limite la responsabilidad penal por los crímenes que en él se describen exclusivamente a los individuos.

26. Hay tres categorías de individuos a los que podría responsabilizarse plenamente y someterse a un castigo en virtud de las disposiciones del código:

- a) Los dirigentes y organizadores de crímenes (arts. 15 a 20);
- b) Los agentes o representantes de los Estados (arts. 23 y 24);
- c) Toda persona (individuo) (arts. 19, 21, 22, 25 y 26).

La última categoría es la más general.

27. En lo que tiene que ver con estas categorías, el Gobierno de Polonia opina que la aprobación, a los efectos de los artículos 23 y 24, de una limitación personal de la responsabilidad (párr. 26, apart. *c supra*) va demasiado lejos. Cuando el individuo no sea un agente o representante del Estado, no se configuran las características definitorias de los crímenes que figuran en los artículos 23 y 24. Por lo tanto, cabe preguntar por qué sólo ha de considerarse responsable de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad a una categoría determinada de individuos, si los resultados antijurídicos y la gravedad de esos actos, cuando han sido perpetrados por personas que no son agentes o representantes de los Estados, son los mismos.

*Artículo 5*

28. El artículo 5 constituye una barrera bien equilibrada contra la posible interpretación de las disposiciones del

proyecto de código en el sentido de que exoneran a los Estados de su responsabilidad con arreglo al derecho internacional por todas las actividades ilegítimas que les sean imputables. El enjuiciamiento, la condena y la imposición de sanciones a los individuos en virtud de las disposiciones del código por los crímenes que en él se describen no es en ningún caso un sustituto de la responsabilidad de los Estados. La esencia de la responsabilidad de los Estados por sus actos tiene una naturaleza distinta y existe en un plano diferente.

*Artículo 6*

29. El artículo 6 establece la prioridad correcta de jurisdicción, reconociendo la posición especial del Estado en cuyo territorio se ha perpetrado el crimen. Es importante que en los párrafos 1 y 2 del artículo 6 no se determine por anticipado la jurisdicción del futuro tribunal penal internacional.

*Artículo 7*

30. La disposición con arreglo a la cual no se aplicará la prescripción a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad constituye una prueba directa de que tales crímenes pertenecen fundamentalmente al derecho internacional y que deben ser configurados y establecidos en virtud de este derecho.

*Artículo 8*

31. Se plantean algunas dudas acerca de la expresión «las garantías mínimas reconocidas a todo ser humano en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho». Polonia estima que sería necesario reconocer las garantías máximas o más amplias en lugar de las «mínimas». Por otra parte, no resulta claro lo que significan las palabras «garantías [...] en cuanto a los hechos» y cómo deben interpretarse.

32. En lo tocante a la expresión «por la ley o por un tratado», el Gobierno de Polonia estima que el distinguir entre la ley y los tratados da a entender que un tratado no es una ley o que tiene una naturaleza distinta de la legal. El Gobierno de Polonia propone que se omitan las palabras «o por un tratado», manteniendo simplemente la expresión «por la ley».

*Artículo 9*

33. El principio de la cosa juzgada, que se menciona en el título de este artículo, ha sido elaborado en el texto de tal manera que prácticamente pierde su sentido y su significación fundamentales. Por esa razón, Polonia considera que sería necesario continuar perfeccionando dicho artículo.

*Artículo 10*

34. El Gobierno de Polonia está de acuerdo con la forma en que se ha enunciado en él el principio de la irretroactividad. Quienes hubieran cometido crímenes antes de la

entrada en vigor del código podran ser por consiguiente sometidos a juicio y a las penas correspondientes

#### Artículo 11

35 El artículo 11 refleja la experiencia derivada fundamentalmente del Tribunal de Nuremberg<sup>4</sup>. En términos generales, el haber recibido una orden no exime de responsabilidad (es decir en principio no se exceptúa esa clase de situaciones) cuando, en las circunstancias imperantes en ese momento, hubiera sido posible para un subordinado no acatar la orden. En la práctica, cabe esperar que muchos individuos que hayan perpetrado crímenes utilicen esa excepción ante el tribunal penal internacional como un excelente argumento de defensa.

36 El Gobierno de Polonia opina que en esos casos sería difícil para el tribunal interpretar en forma adecuada y objetiva la expresión «sí, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden». No resulta claro lo que significa realmente esa oración. Hay muchas interpretaciones posibles. ¿significa exclusivamente una amenaza a la seguridad personal del subordinado o se refiere también a la seguridad de los miembros de su familia u otros parientes cercanos? Polonia considera que sería necesaria una mayor precisión. A juicio del Gobierno de Polonia, el artículo 11 es una de las disposiciones fundamentales para determinar la responsabilidad en muchos casos concretos.

#### Artículo 13

37 En las disposiciones del artículo 13 no se reconoce inmunidad alguna en razón de la posición o el cargo que ocupara un individuo que ha cometido un crimen, incluidas las personas que hayan actuado como Jefes de Estado o de Gobierno. Es una limitación grave pero lógica y razonable a la inmunidad plena de los Jefes de Estado. Tal inmunidad no puede permitirles colocarse al margen de la responsabilidad penal por delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

#### Artículo 14

38 En lo concerniente al párrafo 1, el Gobierno de Polonia desearía subrayar que, a su entender, este párrafo abarca las causas tradicionales de justificación en el derecho penal, entre ellas la legítima defensa, la coerción, el estado de necesidad, la violencia mayor y el error, todas las cuales se relacionan con la existencia o no de responsabilidad. Las circunstancias atenuantes y quizás otra clase de circunstancias que podrían ser tenidas en cuenta por la Comisión en la segunda lectura solo determinan un aumento o disminución del grado de la pena.

39 El párrafo 2, según estima el Gobierno de Polonia, debería complementarse con el agregado de las palabras «circunstancias agravantes» y también «otras circunstan-

cias tales como la personalidad del transgresor, la gravedad de las consecuencias del crimen y demás que proceda tener en cuenta».

#### Artículo 15

40 El apartado *h* del párrafo 4 constituye una cláusula complementaria importante que permitiera al Consejo de Seguridad tomar en cuenta el futuro desarrollo del derecho internacional en lo tocante a la definición de la agresión y en especial a las nuevas formas de agresión que podrían surgir en el futuro.

#### Artículo 21

41 Como se determina en el título de este artículo, solo su carácter sistemático o masivo transforma a las violaciones de los derechos humanos en crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Tal determinación excluye sin duda de la definición de ese crimen a las violaciones individuales y ocasionales de los derechos humanos. Sin embargo, a juicio del Gobierno de Polonia, hay cierta incongruencia en la construcción del artículo 21. Aunque el título del artículo determina que el carácter de sistemáticas o masivas es un atributo necesario de las violaciones que en él se describen, dicho atributo aparece luego solo una vez en la enumeración detallada de las cinco formas (ejemplos) del crimen. Por consiguiente, no resulta claro si es necesario que los asesinatos o las torturas tengan también carácter sistemático o masivo para ser reconocidos como crimen en virtud del artículo 21. Tampoco queda claro si es preciso o no leer las disposiciones esenciales del artículo juntamente con su título. Si solo las violaciones que sean sistemáticas o masivas constituyen un crimen en virtud de las disposiciones del artículo y en caso contrario no están incluidas en el proyecto de código, ello debe expresarse claramente no solo en el título sino también en el texto del artículo.

#### Artículo 25

42 La expresión «en gran escala» tiene carácter subjetivo, y a falta de instrucciones, siquiera generales, sobre como debe interpretarse, sería difícil para el tribunal dilucidar la cuestión de cuando se ha actuado en gran escala y cuando no.

#### Artículo 26

43 Sería razonable complementar la expresión «duraderos» anteponiéndole las palabras «de efectos» («de efectos duraderos») porque, como ha mencionado la Comisión, la expresión «duraderos» no se refiere al período en que se produce el daño, sino a la naturaleza duradera de sus efectos.

44 Las observaciones formuladas anteriormente respecto de la expresión que figura en el artículo 25 («en gran escala») se aplican también a los calificativos «extensos» y «graves», que determinan el carácter de los daños causados al medio ambiente que se mencionan en el artículo 26.

<sup>4</sup> Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg—Historique et analyse memorandum du Secrétaire général* (N<sup>o</sup> de venta 1949 V7)



45. No hay armonía entre el artículo 26 y el artículo 22, relativo a los crímenes de guerra, que se refiere también a la protección del medio ambiente (párr. 2, apart. d). Con arreglo a las disposiciones del artículo 22, también constituye un crimen el hecho de que un individuo emplee los métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar daños, aun cuando la finalidad que se persiga con el empleo de dichos métodos no haya sido la de ocasionar daños al medio ambiente, en tanto el artículo 26 se basa en el concepto de intención y voluntariedad («el que intencionalmente»).

### Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

[Original inglés]  
[29 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. El Gobierno del Reino Unido está preocupado por la continua falta de rigor en la preparación del proyecto de artículos y la consiguiente falta de precisión. Muchos de los crímenes propuestos en la segunda parte están definidos vagamente, sin expresar con claridad los elementos que han de constituir el crimen. Al definir cualquier crimen la necesidad de precisión jurídica es fundamental.

2. Al abordar este tema, el Reino Unido ha mantenido siempre la opinión, expresada a menudo en la Sexta Comisión, de que la Comisión debe comenzar por un concepto utilizable de lo que constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Un miembro de la Comisión se ha referido al «andamiaje» de la clasificación tripartita de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, que ha orientado la labor de la Comisión<sup>1</sup>. Esa clasificación no aparece en el proyecto y ha servido simplemente para subdividir una categoría de crímenes cuyos parámetros exteriores si están definidos. Como orientación para la enumeración de delitos concretos, el criterio de la «suma gravedad» es insuficiente, por ser muy subjetivo y elástico. Las opiniones firmemente contrapuestas que se expresaron en la Comisión respecto a los crímenes que habría que incluir en el código atestiguan las dificultades inherentes a un enfoque enumerativo sin un concepto utilizable. Para que la labor de la Comisión tenga éxito es fundamental que haya una distinción racional entre crímenes internacionales y crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Al identificar los delitos que se considera que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión ha seguido correctamente como orientación el proyecto de código de 1954<sup>2</sup>. Menos satisfactoria es la utilización como base del artículo 19 del proyecto elaborado por la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados<sup>3</sup>, que no se ocupa de la responsabilidad penal individual; muchos de los aspectos más discutibles del presente pro-

yecto de código se deben a la utilización de ese artículo por el Relator Especial. Esta observación se aplica en particular a los artículos 18 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera), 20 (Apartheid) y 26 (Daño ambiental). El basarse en ese artículo es equivocado ya que, al hacerlo, no se reconoce la distinción fundamental entre responsabilidad de los Estados y responsabilidad penal individual. El proyecto de código debe ocuparse sólo de esta última.

3. Varios de los proyectos de artículos tendrían que volver a redactarse en caso de que se estableciera una jurisdicción penal internacional. También es evidente que, para que el código funcione eficazmente, será necesario que reciba un amplio apoyo. Tal como está redactado actualmente, es poco probable que el código logre ese apoyo; ciertamente, el Reino Unido no puede apoyarlo. De hecho, estando muchos de los crímenes que la Comisión ha incluido en la segunda parte sancionados ya en convenciones internacionales, es cada vez más difícil ver qué laguna va a llenar el código.

4. A petición de la Asamblea General, la Comisión está firmemente comprometida actualmente a elaborar un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional. El Reino Unido ha indicado ya en la Sexta Comisión que comparte la opinión muy extendida de que la labor sobre el tribunal no debe realizarse juntamente con la relativa al código. El Reino Unido cree que tendría más sentido, al elaborar el programa general de trabajo de la Comisión, suspender toda labor sobre el código hasta que haya completado la elaboración de un estatuto para un tribunal. Ese estatuto constituiría una base adecuada para que la posición fuera examinada por la Asamblea General.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

##### Artículo 1

5. En el proyecto se adopta un enfoque enumerativo para la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Este enfoque, que ya fue adoptado en el artículo 1 del proyecto de código de 1954, es el único que permitiría definir adecuadamente los elementos constitutivos de cada delito. Sin embargo, ya se han señalado anteriormente las deficiencias de la metodología de trabajo de la Comisión. Los motivos para la inclusión o la exclusión de cada delito parecen arbitrarios. Es difícil discernir las razones para la exclusión de la esclavitud, la piratería, el tráfico de mujeres y niños y el secuestro de buques y aeronaves, que son todos delitos bien establecidos en el derecho internacional, al tiempo que se incluyen «crímenes internacionales» anteriormente desconocidos, como las actividades de los mercenarios y los daños intencionales y graves al medio ambiente. La inclusión de las palabras «de derecho internacional» no es necesaria ni útil.

##### Artículo 2

6. El Reino Unido reconoce que una aclaración de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno

<sup>1</sup> *Anuario* 1986, vol I, 1961<sup>a</sup> sesión, párr 67

<sup>2</sup> Aprobado por la CDI en su sexto periodo de sesiones, texto reproducido en *Anuario* 1985, vol II (segunda parte), págs 8 y 9

<sup>3</sup> *Anuario* 1976, vol II (segunda parte), pág 71

respecto a la tipificación de un acto o una omisión como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad puede ser conveniente y necesaria. Sin embargo, de los términos de este artículo no se deduce claramente qué problema se está resolviendo. Es difícil concebir que deban sancionarse con arreglo a un código internacional actos que no sean en general de un tipo punible en virtud de las legislaciones penales nacionales. Puede sospecharse que el artículo tiene por objetivo que el perpetrador de un delito penado en el código no pueda ser exonerado debido a que el acto no fuera punible con arreglo a la ley vigente en el momento de su comisión en el lugar en que fue cometido. La referencia al Principio II de los Principios de Nuremberg<sup>4</sup> en el comentario<sup>5</sup> apoya esa interpretación. Si esto es lo que pretende la Comisión, debería decirse en el artículo.

### Artículo 3

7. Este artículo está enfocado correctamente hacia la responsabilidad penal de los individuos. Sin embargo, no se incluye en el párrafo 1 ningún requisito de dolo —o *mens rea*—, que es un elemento fundamental para los crímenes graves. La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, por ejemplo, se refiere en su artículo II a «actos perpetrados con la intención», lenguaje que se repite en el párrafo 2 del artículo 19 del código. El párrafo 1 refleja el enfoque de los que consideraban en la Comisión que la intención podía deducirse de la «naturaleza masiva y sistemática de un crimen». Ese enfoque confunde los elementos de un crimen con su prueba. La enormidad de los actos cometidos puede entrañar una presunción de intención en los más altos niveles de mando, aunque incluso allí deberían poderse presentar pruebas para refutar la presunción, en caso de que existan. Sin embargo, la gran mayoría de los posibles acusados habrán desempeñado sólo una pequeña parte en acontecimientos de gran alcance y, en su caso, el grado de conocimiento del individuo es fundamental. La cuestión aparece claramente al estudiar el párrafo 2. Debería establecerse en el código, ya sea en general en la parte I, o en la parte II respecto de cada crimen, que el dolo es un elemento esencial.

8. En el párrafo 3 se atribuye responsabilidad por la tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Será esencial que se indiquen los artículos a los que se pretende aplicar esa disposición. No tendría sentido, por ejemplo, hablar de tentativa de cometer una amenaza de agresión (art. 16).

### Artículo 4

9. Sería más apropiado que esta disposición formara parte del artículo 14 (Circunstancias eximentes y atenuantes) pues allí podría establecerse simplemente que el móvil no constituye una circunstancia eximente. En la medida en que el móvil constituya uno de los requisitos de

un crimen, ese hecho podría y debería incluirse en la definición de ese crimen. El subterfugio contra el que se dirige este artículo, a saber que un perpetrador alegue un móvil diferente del requerido como elemento de un crimen, podría resolverse adecuadamente en el marco de la definición de ese crimen, y es en definitiva una cuestión de prueba de si existió el móvil requerido. Cualquier otro móvil es irrelevante.

### Artículo 5

10. Si bien se acepta el principio en que se basa este artículo, su texto debería ser tal que admitiera al menos la posibilidad de que un requisito para exonerar a un Estado de su responsabilidad podría ser entregar a determinados individuos para que sean juzgados.

### Artículo 6

11. A falta de una jurisdicción penal internacional con jurisdicción obligatoria, la Comisión ha tenido que formular este artículo desde la posición ventajosa de la ejecución indirecta y nacional del código. Para ser eficaz, ese enfoque requiere: a) una amplia participación, no sólo de los Estados «víctimas», b) una base amplia para la jurisdicción y c) la limitación de la excepción del delito político. El proyecto de artículos cumple sólo el segundo de esos requisitos. Y el tratamiento de la jurisdicción universal es superficial. Tanto si la Comisión tiene éxito en la elaboración de un estatuto para un tribunal penal internacional como si no lo tiene, será necesario, como se reconoce en el comentario<sup>6</sup>, elaborar reglas más específicas para la aplicación efectiva del código. El Reino Unido supone que se seguirá para ello la orientación de los artículos 2 a 11 de la Convención internacional contra la toma de rehenes y otras convenciones similares.

12. La obligación de juzgar o conceder la extradición, contenida en el párrafo 1, figura en muchas convenciones internacionales. En el comentario se desarrolla más el significado de «juzgar», que se pretende que abarque todas las fases del proceso penal, enfoque que convendría que se incorporara al artículo. Sin embargo, sería preferible que se empleara la fórmula más usual «someter el caso a las autoridades competentes con fines de enjuiciamiento». También hay que aclarar que los Estados a que se hace referencia en este artículo son sólo los que sean partes en la convención que contenga el código. El concepto de jurisdicción universal se basa en la noción de que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad afectan a todos los Estados dondequiera que se hayan cometido e independientemente de la nacionalidad del perpetrador o de la víctima. Sin embargo, el párrafo 2 refleja la dificultad que encontró la Comisión para asignar prioridades cuando varios Estados soliciten la extradición con objeto de juzgar al perpetrador. Con objeto de facilitar la prueba, se da habitualmente prioridad en las convenciones vigentes al Estado en cuyo territorio se cometió el cri-

<sup>4</sup> Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Texto reproducido en *Anuario 1985*, vol II (segunda parte), párr 45

<sup>5</sup> Véase *Anuario 1987*, vol II (segunda parte), pag 14

<sup>6</sup> El artículo 6 fue aprobado inicialmente como artículo 4. Para el comentario, véase *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), págs 73 y 74

men. Sin embargo, la concesión de la prioridad al Estado territorial menoscabaría la aplicación efectiva del código si estuvieran implicados funcionarios públicos de ese Estado o el crimen fuera el resultado de su política oficial. Pese al artículo 13, para ser realistas, hay que admitir que la probabilidad de que una disposición sea viable será remota cuando se solicite la extradición de altos funcionarios o jefes militares al Estado en el que hayan desempeñado sus funciones oficiales. Otro problema práctico surge cuando se solicite la extradición sin verdadera intención de juzgar. En el párrafo 2 sería preferible establecer un orden de prioridades con la obligación concomitante de que el Estado que conceda la extradición se asegure de que el Estado que la solicite tenga una intención de buena fe de juzgar al perpetrador.

#### Artículo 7

13. La norma sugerida podría entorpecer los intentos de reconciliación nacional y la concesión de la amnistía por crímenes. La Comisión debería examinar más atentamente si habría de permitirse la amnistía y en qué condiciones, así como el efecto que tendría sobre el proyecto de artículos. A ese respecto, hay que examinar el artículo 9. Si, por ejemplo, un Estado concediera una amnistía a todos los funcionarios públicos que hubieran participado en la comisión de un crimen penado en el código, el artículo 9 permitiría aún, con ciertas condiciones, su enjuiciamiento por otro Estado o por un tribunal penal internacional. Si la amnistía puede considerarse un intento de buena fe de reconciliación nacional o una medida cínica destinada a evitar la aplicación indirecta del código dependerá de las circunstancias. Claramente, la concesión de amnistías podría menoscabar la eficacia de la ejecución indirecta del código y es una cuestión que la Comisión tiene que considerar.

#### Artículo 8

14. Esta es una disposición fundamental, una de las pocas que atañen a la aplicación adecuada del código. Las garantías judiciales tienen especial importancia cuando se acuse al perpetrador de crímenes odiosos de los tipos enumerados y que provoquen grandes emociones. El artículo 8 mejoraría si las aclaraciones que figuran en los párrafos 6, 7 y 8 del comentario se incorporaran al texto del artículo<sup>7</sup>.

#### Artículo 9

15. En este artículo se reconoce la interrelación entre el derecho interno y el internacional: con arreglo a él, los individuos no están exentos de una doble culpabilidad cuando ciertos delitos de derecho común constituyan también crímenes con arreglo al código. El Reino Unido se reserva su posición sobre esa propuesta que, a primera vista, contradice las disposiciones correspondientes del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las liber-

tades fundamentales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos ambos en que es parte. Por el momento, el Reino Unido desea señalar sólo que el párrafo 4 va aún más lejos y permite que un individuo sea juzgado en más de un Estado por un crimen penado en el código, aunque el párrafo 5 actuaría para reducir la pena tras la condena. Tal como está redactado actualmente ese párrafo, nada impediría al Estado en cuyo territorio se cometió el crimen, o que haya sido la principal víctima del mismo, juzgar y castigar a un individuo que ya haya sido juzgado y castigado en el Estado del que sea nacional, en ambos casos por el mismo crimen de uno de los tipos establecidos en el código. La única salvaguardia es la mencionada en el párrafo 5. Si el problema que trata de resolver este aspecto de la norma es un castigo demasiado indulgente en el Estado del que es nacional un individuo, el párrafo 4 tendría más sentido si hiciera depender la jurisdicción de los tribunales nacionales en él especificados de la falta de castigo adecuado en la primera instancia.

#### Artículo 11

16. Si bien conviene con la Comisión en que esta disposición podía haber formado parte del artículo 14<sup>8</sup>, el Reino Unido acepta que la importancia de la cuestión y su relación con la tratada en el artículo 12 justifican su inclusión en este lugar. El texto, extraído del proyecto de código de 1954, no es plenamente satisfactorio: un individuo no estaría exento de responsabilidad penal si, «dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar [la orden de un superior jerárquico]». En la redacción actual dista mucho de estar claro cuándo el cumplimiento de órdenes actuará como una circunstancia eximente respecto a un crimen penado en el código porque, dadas las circunstancias del caso, no fue posible desobedecer la orden. Además, esa redacción parece alterar profundamente el principio establecido en el artículo 8 del estatuto del Tribunal de Nuremberg de que las órdenes de un superior no constituyen una circunstancia eximente, pero pueden considerarse para mitigar la pena<sup>9</sup>. Tampoco es coherente con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, en la que se establece que «no podrá invocarse una orden de un funcionario superior... como justificación de la tortura» (art. 2, párr. 3). Este artículo debe examinarse de nuevo, teniendo en cuenta los crímenes considerados en el presente código y la tendencia general del derecho internacional hacia la ampliación de la responsabilidad individual.

#### Artículo 13

17. Evidentemente, es importante para la aplicación eficaz del código que no se exima a los funcionarios, incluidos los Jefes de Estado o de Gobierno, de responsabilidad penal por razón de su carácter oficial. Sin embargo, la Co-

<sup>8</sup> Véase el párrafo 4 del comentario en *Anuario* 1991, vol II (segunda aparte), pag 108

<sup>9</sup> Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg—Historique et analyse, memorandum du Secrétaire general* (N° de venta 1949 V 7)

<sup>7</sup> El artículo 8 fue aprobado inicialmente como artículo 6. Para el comentario, véase *Anuario* 1987, vol II (segunda parte), pags 16 y 17

misión no ha considerado aquí, ni en el artículo 9, la posible inmunidad de proceso judicial de esos funcionarios. La Comisión debería considerar la inmunidad de jurisdicción que los funcionarios puedan invocar con arreglo al derecho internacional, así como examinar la relación entre este proyecto y las normas vigentes sobre la materia.

#### Artículo 14

18. Evidentemente, no es deseable que sea vaga una disposición tan vital tanto para la conceptualización de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como para los derechos del acusado. Cuanto más grave sea el crimen, menos probable es que se permita una gran variedad de circunstancias eximentes y atenuantes. Si, como se prevé actualmente en el artículo 6, serán los tribunales nacionales los que tengan jurisdicción con arreglo al código, hay que volver a redactar el artículo 14. No puede permitirse que los tribunales nacionales esbozen circunstancias eximentes y atenuantes que serán admitidas con arreglo al código. Se perderían totalmente la equidad y la coherencia. Es sintomático del apresuramiento y la falta de precisión con que se han elaborado estos artículos que en el párrafo 1 se deje abierta la posibilidad de que haya circunstancias eximentes de determinados crímenes sin ningún intento de enumerarlas. Una enumeración separada sería el mejor enfoque; aunque ciertas circunstancias eximentes de carácter general se aplicarían a todos los crímenes, es difícil concebir «eximentes universales» que abarquen adecuadamente las circunstancias de cada uno de los crímenes tipificados en la parte II.

#### PARTE II

19. La característica más decepcionante del proyecto es con mucho su parte II, así como los crímenes en ella enumerados. Como señaló uno de los miembros de la Comisión, es fácil expresar una indignación moral, pero menos fácil describir en términos jurídicos abstractos las normas primarias y todas las consecuencias jurídicas derivadas de su violación<sup>10</sup>. El enfoque adoptado por la Comisión tiene tres deficiencias fundamentales. En primer lugar, esa Comisión no se guió por un concepto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad al seleccionar los crímenes que habían de incluirse en esa parte del proyecto. Como consecuencia, los crímenes enumerados en la parte II no pueden considerarse como un catálogo coherente y lógicamente defendible de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En segundo lugar, los artículos no mantienen la distinción entre crímenes internacionales en general y crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, ni entre los crímenes cometidos por un individuo y los que pueden ser atribuibles al Estado. En tercer lugar, muchas de las definiciones de los crímenes contenidos en esta parte proceden de resoluciones de la Asamblea General y convenciones internacionales que no han recibido en todas las ocasiones un apoyo amplio y que, en todo caso, requieren un examen mucho más atento para asegurarse de que la redacción sea la apropiada para un código penal. Los comentarios que siguen deben conside-

rarse solamente como un muestrario de críticas, en el que se identifican algunos de los peores defectos de la parte II en su versión actual.

#### Artículo 15

20. El Reino Unido tiene graves dudas respecto a este artículo. En su mayor parte, es una repetición de la Definición de la agresión que figura en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Esa resolución tenía por objeto ayudar a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, aclarando un concepto fundamental de la Carta de las Naciones Unidas, pero que había quedado sin definir. El Reino Unido concuerda enteramente con los miembros de la Comisión que consideraron que una resolución encaminada a servir de orientación a los órganos políticos de las Naciones Unidas es inapropiada como base para el enjuiciamiento penal ante un órgano judicial. Es claramente insuficiente que en el comentario se sugiera que se responda a ese criticismo al dejar de mencionar la resolución por su nombre<sup>11</sup>. El texto de la resolución requiere una adaptación cuidadosa a fin de prescribir clara y específicamente qué actos entrañan una responsabilidad penal individual. El apartado *h* del párrafo 4 viola el principio *nullum crimen sine lege*, al tiempo que actúa con un posible efecto retroactivo en contravención del artículo 10.

#### Artículo 16

21. Este artículo es inaceptable. Si hay un crimen de amenaza de agresión (lo que es dudoso) sería más apropiado para la responsabilidad de los Estados que para la responsabilidad penal individual. La definición contenida en el párrafo 2 es insatisfactoria, ya que deja sin aclarar la naturaleza exacta del crimen, pese al intento de una definición enumerativa realizado por la Comisión. Las acciones enumeradas en el párrafo 2 tienen una cualidad colectiva que las hace inapropiadas para la creación de una responsabilidad penal individual. La frase «o cualquier otra medida que pueda dar al Gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado» no comienza siquiera a satisfacer el grado de precisión que requiere un código penal.

#### Artículo 17

22. En su sexto informe, el Relator Especial planteó la cuestión retórica, «teniendo en cuenta los matices y los grados que abarca, ¿no es el concepto de intervención demasiado general y demasiado variado en sus manifestaciones para constituir un concepto jurídico?»<sup>12</sup>. «Intervención» es ciertamente un término de gran generalidad conceptual, que carece de la precisión necesaria para

<sup>11</sup> El artículo 15 fue aprobado inicialmente como artículo 12. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 77 y 78.

<sup>12</sup> *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 200, documento A/CN.4/441, párr. 22.

<sup>10</sup> *Anuario... 1985*, vol. I, 1883.ª sesión, párr. 3.

definir un comportamiento criminal. Las actividades enumeradas en el párrafo 2 hacen poco en favor de la aclaración y la precisión necesarias del concepto. En todo caso, es dudoso que la intervención sea un crimen que deba entrañar una responsabilidad penal individual. Las fuentes en que se basa la Comisión, en particular el fallo en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*<sup>13</sup>, se refieren a la licitud o ilicitud de la intervención de un Estado en los asuntos internos o externos de otro Estado. No se ocupan de la responsabilidad penal y aún menos de la responsabilidad penal individual en derecho internacional. La «intervención» no está reconocida en derecho internacional como un crimen que entrañe una responsabilidad penal individual ni, a juicio del Reino Unido, debe ser reconocida como tal.

#### Artículo 18

23. Términos tales como «dominación colonial» y «dominación extranjera» no poseen el contenido jurídico necesario para su inclusión en un código de crímenes ni tienen fundamento alguno en el derecho penal internacional. La «dominación colonial» es, en todo caso, un concepto pasado de moda y que recuerda actitudes políticas de otra era. Su presencia en el artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados no justifica en modo alguno su inclusión en el código. El Reino Unido lamenta la introducción de términos que son poco más que consignas políticas en un código que pretende ser un instrumento jurídico. En vez de emplear etiquetas que abarcan comportamientos tanto permisibles como no permisibles, la Comisión debería identificar y definir los actos o prácticas que se pretende castigar. Los actos cometidos durante «una dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera» pueden, cuando se definan mejor, encajar en otras disposiciones del código relativas, por ejemplo, al genocidio (art. 19) o las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos (art. 21).

#### Artículo 19

24. La Comisión debería examinar la relación entre el código y el artículo IX de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en el que se establece la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en caso de controversias entre las partes contratantes relativas, en particular, a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio.

#### Artículo 20

25. Como el presente proyecto pretende actualizar las disposiciones del proyecto de código de 1954, para tener en cuenta la evolución posterior también debería tener

plenamente en cuenta la Comisión la evolución política durante el decenio transcurrido desde que inició la labor sobre el presente proyecto. El examen del apartheid en la Comisión se centró naturalmente en Sudáfrica, aunque posteriormente se suprimió la mención de ese Estado, y el proyecto de artículo se aplica ahora sin referencia a una época o un lugar. La Comisión tiene fundamentalmente que reconsiderar este artículo a la luz de las nuevas circunstancias internacionales.

#### Artículo 21

26. En todo código de crímenes de derecho internacional hay que ocuparse evidentemente de las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos. Para calificar a un acto de «violación sistemática o masiva de los derechos humanos» tiene que cumplir dos requisitos: la excepcional gravedad del acto y la manera sistemática o masiva de cometerlo. La lista expresa de actos es bienvenida, pero el artículo es incompleto e insatisfactorio. El comentario evidencia que las definiciones de los términos empleados, como la tortura o la esclavitud, pueden hallarse en convenciones internacionales vigentes. Aun suponiendo que los tribunales nacionales pudieran identificar la fuente pertinente, las definiciones allí contenidas no están exentas de controversia. De hecho, como se indica en el comentario, puede dudarse de que la definición de la tortura que figure en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes deba abarcar sólo los actos cometidos por funcionarios. En su redacción actual, el artículo no contiene ninguna definición precisa de la conducta criminal ni ningún concepto unificador claro.

#### Artículo 22

27. Al optar por un compromiso que concilie tendencias en conflicto dentro de la Comisión, ésta se expone a hacer proliferar las categorías de crímenes de guerra sin ningún provecho concomitante. Si la Comisión decidiera conservar este artículo, el Reino Unido preferiría que la disposición concordara con las tipificaciones vigentes de los crímenes de guerra, reemplazando la frase «crímenes de guerra excepcionalmente graves» por «violaciones graves de los Convenios de Ginebra», por ejemplo.

#### Artículo 23

28. Si bien las actividades mercenarias pueden ser censurables, en ciertas circunstancias, el Reino Unido opina que no tienen lugar alguno en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esas actividades no están suficientemente extendidas ni son tan graves como para merecer su inclusión en el código. Tampoco han alcanzado aún un reconocimiento general como crímenes internacionales. La Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios no ha recibido aún más que un puñado de adhesiones.

<sup>13</sup> *Fond, C I J Recueil 1986*, págs 14 y ss, párrs 198 a 201 y 227 a 238

*Artículo 24*

29. El Reino Unido lamenta que la Comisión, al igual que en el proyecto de 1954, haya limitado el alcance del artículo al terrorismo patrocinado por un Estado. El terrorismo internacional no se limita ya a los actos de agentes o representantes de los Estados. Al tratar de distinguir entre terrorismo internacional y terrorismo «interno», la Comisión ha pasado por alto la importante categoría del terrorismo no patrocinado por un Estado pero dirigido contra Estados, que merece estar incluido en una definición de terrorismo internacional. El Reino Unido instaría, por tanto, a la Comisión a que volviera a considerar la definición de terrorismo, incluida la actual omisión del terrorismo «interno». Este último constituye en la práctica, para muchos Estados, un problema mayor que el terrorismo internacional. Tendría que considerar también la relación entre este artículo y los crímenes internacionales omitidos en el código, como el secuestro de buques y aeronaves y la toma de rehenes, que podrían quedar incluidos en la actual definición de terrorismo internacional.

*Artículo 25*

30. En el proyecto de código de 1954 se omitieron los crímenes relacionados con el tráfico de drogas, junto con la piratería, el tráfico de mujeres y niños, la falsificación de dinero y la interferencia en los cables submarinos. El Reino Unido hubiera deseado que se analizaran más detalladamente esos delitos con miras a determinar si constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A juicio del Reino Unido, el tráfico de drogas, aunque sea un crimen internacional, representa un caso marginal para la inclusión en un código como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Puede preguntarse qué se ganaría al incluir en el código una actividad que es considerada criminal por la inmensa mayoría de los Estados y enjuiciada efectivamente como tal en la mayoría de ellos.

*Artículo 26*

31. El origen de esta disposición es el artículo 19 del proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, donde su inclusión dio lugar a controversias. Lo mismo ocurre aquí, ya que no existe ciertamente ningún reconocimiento general de los «daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente» como constitutivos de un crimen internacional, y mucho menos de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Los daños ambientales pueden dar lugar a responsabilidad civil y penal con arreglo a las legislaciones nacionales, pero tipificar tales daños como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad sería extender demasiado el derecho internacional.

## CONCLUSIÓN

32. El Reino Unido considera que la Comisión podría dedicar más útilmente sus limitados recursos a otros temas de su programa de trabajo. Como se indicó anteriormente, cree que la labor sobre este tema debe suspenderse, al menos hasta que se haya completado la labor sobre un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional.

**Senegal**

*[Original: francés]  
[18 de diciembre de 1992]*

1. Ya durante los debates celebrados sobre este tema en la Sexta Comisión, la delegación senegalesa se felicitaba por la calidad del informe presentado por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, así como por los esfuerzos realizados, durante 10 años, para elaborar un código de crímenes y el estatuto de una jurisdicción penal internacional<sup>1</sup>.

2. El Gobierno del Senegal estima también que la comunidad internacional no puede desconocer ya los problemas que plantea la evolución de la criminalidad con dimensiones internacionales.

3. La represión de esos crímenes requiere a menudo la intervención de varios sistemas jurídicos, cuyas legislaciones no suelen ser compatibles. Esa situación engendra conflictos espaciales de jurisdicción, lo que dificulta una represión pronta y eficaz de los crímenes, sin contar las tensiones que originan a menudo las peticiones de extradición.

4. Por ello, hay una necesidad urgente de que la comunidad internacional intente armonizar las legislaciones penales a fin de luchar eficazmente contra los crímenes y delitos de carácter internacional. Esa empresa debe orientarse de modo prioritario hacia la prevención, debido a las lagunas existentes en la represión como medio de lucha contra la criminalidad.

5. Por todas esas razones, el Senegal sostiene el principio de la elaboración de una convención en materia de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y de una jurisdicción penal internacional, en la inteligencia de que dicha convención debe definir el marco jurídico de una cooperación judicial internacional, necesario más que nunca para luchar contra el crimen y la delincuencia de modo general, en particular mediante la asistencia técnica y financiera a los países en desarrollo.

<sup>1</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión, párrs. 47 a 52.*

**Sudán**

*[Original arabe]  
[26 de enero de 1993]*

1. Debe insertarse, al comienzo del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, un artículo en el que se definan los términos y expresiones empleados en el texto que requieran una explicación jurídica definitiva para evitar que puedan surgir interpretaciones individuales o controversias.
2. En las disposiciones del proyecto de código no se distingue entre los crímenes cometidos por una persona en el territorio de su propio país y los cometidos en otro país. Hay que incluir una distinción entre esos dos tipos de crímenes y hay que determinar qué tribunal es competente para fallar respecto a los crímenes contra extranjeros cometidos por nacionales de un país determinado.
3. Es necesario determinar qué tribunal o tribunales son competentes para fallar sobre los crímenes especificados en el proyecto de código.
4. El que no se hayan determinado penas para cada uno de los crímenes especificados en el proyecto de código significa que el texto no es suficientemente completo para permitir un comentario respecto a las penas apropiadas y que probablemente lleven a la reducción de tales crímenes.

**Suecia**

*[Véase Países nórdicos]*

**Turquía**

*[Original ingles]  
[15 de enero de 1993]*

**OBSERVACIONES GENERALES**

1. Es conveniente que el proyecto de código se apruebe inicialmente como una declaración para convertirlo posteriormente en un documento vinculante.
2. El hecho de que algunas de las cuestiones tratadas en el proyecto se hayan extraído de ciertos tratados y de que ciertos órganos nacionales estén autorizados a incoar procesos y pronunciar fallos sobre esas cuestiones puede crear dificultades para los Estados signatarios al tratar de armonizar sus obligaciones con arreglo a tales tratados con las derivadas del proyecto de código.
3. El proyecto mejoraría si pudieran especificarse penas junto con los crímenes. Sin embargo, sería conveniente permitir que los jueces decidan la pena aplicable entre un mínimo y un máximo fijados en vez de estipular sentencias determinadas para cada crimen.

4. No deben incluirse en el proyecto crímenes sobre los que no se haya logrado un completo acuerdo.

**COMENTARIOS SOBRE ARTICULOS CONCRETOS***Artículo 7*

5. Aunque la idea en que se basa el artículo es sostenible, en caso de que se estableciera en el futuro un tribunal penal internacional, debería preverse un conjunto de normas —quizá relativamente amplio— sobre la prescripción para los casos de abuso del derecho en acciones incoadas contra ciertos países.

*Artículo 10*

6. Según ese artículo, nadie será condenado por actos cometidos antes de la entrada en vigor del código. El principio que figura en el párrafo 2 está incluido entre los principios básicos de derecho penal y debe emplearse en el proyecto.

*Artículo 15*

7. Tras la enumeración de los actos de agresión, en el apartado *h* del párrafo 4 del artículo 15 se señala que el Consejo de Seguridad podrá también determinar, con arreglo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, otros actos que podrán igualmente considerarse crímenes. Sin embargo, uno de los pilares básicos del derecho penal, que constituye una salvaguardia para el delincuente, es que los elementos de los delitos y las penas aplicables deben estar predeterminados. A la luz de ese principio, no sería apropiado que el código contuviera una disposición de ese tipo, que podría dar lugar a la determinación de delitos que no podían preverse de antemano.

*Artículo 16*

8. En el artículo 16 del proyecto se menciona el uso de la fuerza entre los crímenes contra la seguridad de la humanidad. En ese artículo se estipula en su párrafo 1 que se sancione a la autoridad o el organizador que profiera una amenaza de agresión. En el párrafo 2 del mismo artículo se indica que la amenaza de agresión consiste en declaraciones y demostraciones de fuerza que puedan hacer pensar a los gobiernos que se contempla seriamente una agresión contra sus países. Ese concepto figura también en la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, como la Carta constituye un tratado que obliga a los Estados Miembros, y no a los individuos, sería esencial que se aclarara cómo surgirían responsabilidades personales de tal crimen. Por otra parte, en los casos en que ciertos individuos cometen un crimen de amenaza de agresión, pueden darse a menudo evaluaciones subjetivas respecto a los elementos constitutivos del crimen, o a si la persona actuó o no en nombre de su gobierno, o al decidir quién cometió realmente el crimen.

*Artículo 22*

9. Habría que volver a considerar si los actos mencionados en el apartado *a* del párrafo 2, bajo el título «Crímenes de guerra excepcionalmente graves», corresponden realmente a ese encabezamiento.

10. En el apartado *f* del párrafo 2 se prevé que se consideren crímenes de guerra los actos de agresión contra bienes de excepcional valor religioso, histórico o cultural. Sería conveniente ampliar ese párrafo para incluir el robo, el contrabando y la destrucción de esos bienes de valor religioso, histórico, cultural y científico o tecnológico cuando se realicen en el ambiente caótico de una guerra.

**Uruguay**

*[Original español]  
[17 de noviembre de 1992]*

1. El Gobierno del Uruguay expresa su más firme apoyo a la idea de elaborar un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad con la convicción de que la vigencia de un cuerpo normativo de tal naturaleza contribuirá en forma relevante a la instauración del predominio universal del derecho a través de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional.

2. Idéntica reacción le merece la idea del establecimiento permanente de una jurisdicción penal internacional de carácter universal y la creación a tal efecto de un tribunal penal internacional llamado a juzgar a las personas físicas a las que se pueda imputar responsabilidad por crímenes de derecho internacional.

3. Dentro de tal orden de ideas y como comentario al artículo 6, estima que sería altamente conducente a los propósitos perseguidos que la Comisión se abocara tan pronto como le fuera posible a la elaboración del estatuto de dicho tribunal.

4. No le merece observaciones el criterio provisional adoptado por la Comisión de proceder a la formulación de una lista de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, definiéndolos individualmente en el proyecto de articulado.

5. En cuanto a las figuras delictivas incorporadas y a su tipificación, hace reserva de opinión hasta una etapa posterior y más avanzada de los trabajos de la Comisión.

6. No obstante dicha reserva, el Gobierno uruguayo estima pertinente, con relación al artículo 26, adelantar desde ya algunos comentarios y observaciones en concordancia con lo expuesto por sus representantes en distintos foros internacionales, y particularmente por el Presidente de la República, Luis Alberto Lacalle, en el discurso pronunciado en la sesión plenaria que tuvo lugar el 13 de junio de 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>1</sup>.

7. El Uruguay entiende que una defensa eficaz del medio ambiente sólo es posible en el marco de la cooperación internacional, mediante la acción conjunta de todos los Estados, concluyendo instrumentos internacionales que consagren obligaciones precisas de carácter jurídicamente vinculatorio y que atribuyan competencia a tribunales nacionales e internacionales, según sea el caso, que hagan posible hacer efectiva la responsabilidad de los autores de conductas ecológicamente ilícitas.

8. En el sentido señalado, el Gobierno uruguayo ha resumido su pensamiento, en el orden nacional, en el proyecto de ley remitido a la consideración del poder legislativo sobre la «Prevención del Impacto Ambiental» y, a nivel internacional, en el documento titulado «Pautas para un Proyecto de Código Ambiental Internacional», presentado a la Asamblea General en el transcurso del cuadragésimo séptimo período de sesiones, que contiene un capítulo específico dedicado a la responsabilidad civil y penal.

9. Con respecto concretamente al artículo 26 y a la tipificación del delito que contempla dicha disposición, considera, con base en los antecedentes señalados, que el requisito de la «intencionalidad» debería ser suprimido, teniendo presente la naturaleza de las consecuencias de la conducta del agente—daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural— y dar paso o prioridad al principio de la responsabilidad, que en el caso singular del medio ambiente debería abarcar no sólo los casos de daños causados intencionalmente (dolosos), sino también los causados por negligencia o falta de previsión (culposos), dado que el bien que se intenta tutelar es, en última instancia, la sobrevivencia de la humanidad.

10. Asimismo entiende que sería apropiado, desde el punto de vista de la técnica normativa, seguir el planteamiento metodológico empleado en varios proyectos de artículos y hacer una enumeración descriptiva de las principales conductas que configuran el delito previsto contra el medio natural, sancionando a los agentes responsables, sean ellos particulares, dirigentes de empresas o representantes de un Estado.

11. El Gobierno del Uruguay se complace en destacar la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, transmitido a los Gobiernos de los Estados Miembros, al tiempo que manifiesta su aspiración de que la continuación de tal labor siga ocupando un lugar preponderante en la atención de la Comisión.

CONF 151/26/Rev I (vol I, vol I/Corr 1, vol II, vol III y vol III/Corr 1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 93 I 8 y corrección), vol III *Declaraciones formuladas por los Jefes de Estado o de Gobierno durante el segmento cumbre de la Conferencia*, págs 246 y ss

<sup>1</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/



## II.—Comentarios y observaciones recibidos de un Estado no miembro

### Suiza

[Original frances]  
[14 de enero de 1993]

1. Como esta es la primera vez que los Estados disponen del conjunto del proyecto de artículos del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Gobierno de Suiza desea hacer ante todo comentarios de carácter general antes de presentar observaciones relativas a ciertos artículos del proyecto.

#### OBSERVACIONES GENERALES

2. La elaboración de un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ha resultado, desde el inicio de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, una empresa ardua. En efecto, este proyecto trata de una materia que no está exenta de controversias políticas. La dificultad de la tarea no hace, sin embargo, menos urgente la adopción por los Estados de tal instrumento, como lo ilustran hoy trágicamente ciertas situaciones regionales. El objetivo que debe guiar a los Estados consiste, sin duda, en establecer normas que sean suficientemente precisas para basar en ellas una imputación conforme al principio intangible *nullum crimen, nulla poena sine lege*, según el cual no podría imputarse un comportamiento ni pronunciarse una sentencia más que en virtud de la violación, por comisión u omisión, de una disposición legal expresa. Por consiguiente, deben enunciarse claramente los hechos susceptibles de dar lugar a una condena. Es imperativo que el derecho penal conserve sus cualidades de claridad y previsibilidad. En caso contrario, la sanción estaría viciada de arbitrariedades y desconocería los derechos fundamentales de la defensa. El Gobierno suizo apoya, por ello, la alternativa seguida por la Comisión, consistente en preferir una definición enumerativa de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en vez de una definición conceptual, que dejaría al juez un margen de interpretación demasiado amplio. El Gobierno de Suiza aprueba igualmente la inserción en el proyecto de disposiciones que recuerden reglas tan esenciales como *non bis in idem* (art. 9) o la irretroactividad (art. 10).

3. Otra observación general parece obligatoria. La idea fundamental en que se apoya todo el código —al menos, tal como nosotros lo interpretamos— es penalizar ciertos actos de especial gravedad a fin de reforzar la paz y la seguridad que la humanidad tiene derecho a pretender. Por ello, los individuos que, por su comportamiento, hayan comprometido deliberadamente la paz o menoscabado la seguridad de la humanidad serían personalmente (art. 3, párr. 1) responsables de sus actos ante una jurisdicción nacional o internacional<sup>1</sup>. El Gobierno suizo suscribe ese enfoque, en la medida en que contribuye a «responsabili-

zar» a los que, por sus funciones, tienen ocasión de socavar los fundamentos mismos de la sociedad humana. La razón de Estado no basta para justificarlo todo.

4. Sin embargo, podría surgir una dificultad. Las amenazas a la paz son, esencialmente, causadas por los Estados. Solo los órganos estatales —en realidad será a menudo el Gobierno— pueden cometer una agresión, recurrir a la intervención o practicar la dominación colonial. No es cierto que la violación de obligaciones que incumben a los Estados a fin de mantener la paz pueda ser objeto sin más de una imputación. Cabe incluso preguntarse si no hay peligro de que la imputación individual de ciertos actos estatales, pese al artículo 5 (Responsabilidad de los Estados), lleve a un resultado paradójico, el de atenuar la responsabilidad internacional del Estado de que se trate, puesto que la exigencia de ésta no constituirá ya necesariamente la sanción última en las relaciones internacionales. Quizá sea conveniente que la Comisión vuelva a estudiar el problema planteado por el paso del comportamiento estatal a la culpabilidad individual.

5. El Gobierno de Suiza parte de la idea de que el futuro instrumento reagrupará en una disposición especial la definición de términos fundamentales. Además, habida cuenta de las posibles divergencias de interpretación, el proyecto de código debería contener una cláusula de solución de las controversias entre los Estados partes que permita llegar a una decisión jurídicamente obligatoria.

6. Por último, no cabe duda alguna de que el futuro instrumento debería tratar la cuestión de las penas. El pronunciamiento de la sanción forma parte integrante del procedimiento penal y en particular del procedimiento del juicio. Por otra parte, es difícil imaginar que un tribunal penal internacional, si llega a establecerse, pueda decidir acerca de la culpabilidad del acusado sin tener también la competencia de imponer una pena. Procedería así acompañar la definición de cada crimen por la indicación de la pena correspondiente, siguiendo el ejemplo de la sistemática adoptada por la mayoría de los códigos penales nacionales. Además, la solución consistente en incluir una escala de penas aplicable a todos los crímenes no parece plenamente compatible con la regla *nulla poena sine lege*. Con arreglo ella, cada imputación debe ir acompañada de una sanción precisa e individualizada. En caso contrario, el futuro código, aparte de la función represiva que le correspondería, no podría desempeñar el papel preventivo que, en buena doctrina, debe asignársele igualmente.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTICULOS CONCRETOS

##### Artículo 3

7. A juicio del Gobierno de Suiza sería preferible no incluir en el proyecto la expresión «a que se refieren los artículos» (párr. 3). En efecto, no es seguro que cada uno de los crímenes incluidos en el proyecto de código admita la

<sup>1</sup> La cuestión de la creación de una jurisdicción penal internacional será objeto de observaciones separadas en el momento oportuno

tentativa. El crimen de dominación colonial, por ejemplo, para ser admitido por un juez, parece implicar un mínimo de ejecución, lo que excluye la noción misma de tentativa. De todos modos, la expresión es superflua, pues la tentativa —punible— de cometer un crimen contra la paz y la seguridad se refiere evidentemente a un crimen definido en el proyecto de código y no en otro instrumento.

#### Artículo 6

8. Las disposiciones relativas a la extradición están evidentemente ligadas a las referentes a la creación de un tribunal penal internacional. Sin embargo, independientemente de la elección que se haga en materia de jurisdicción, pueden surgir conflictos de competencia cuando concurren varias solicitudes de extradición. La Comisión ha indicado su preferencia por el Estado en que se haya cometido el crimen, al que debería concedérsele una consideración particular. A juicio del Gobierno suizo, esa solución merece ser apoyada. En efecto, es indudable que el Estado donde ha ocurrido el crimen, que en cierto modo ha sido su víctima, tiene una vocación privilegiada para conocer del asunto. Sin embargo, el Estado en que se presume que se ha perpetrado el crimen estará expuesto a veces a presiones incompatibles con una sana administración de la justicia. Asimismo, en ciertos casos (el apartheid, por ejemplo, como ha señalado la Comisión), el Estado en el que se haya cometido el crimen podría tener una responsabilidad directa en su comisión y tratar de encubrir al acusado. Por ello, el artículo 6 se limita, con buen criterio, a indicar una preferencia en favor del principio de la territorialidad y no establece una verdadera regla de prioridad.

#### Artículo 14

9. La idea de reunir en un solo artículo dos nociones fundamentales del derecho penal, tan diferentes una de otra como las circunstancias eximentes y las circunstancias atenuantes, parece discutible. Las circunstancias eximentes tienen por efecto privar al acto de su carácter ilícito, ya que el actor no ha actuado con conciencia y voluntad. En suma, falta la responsabilidad, condición de la represión. Las circunstancias atenuantes, por el contrario, no privan al acto de su carácter ilícito. Simplemente, moderan sus consecuencias penales. Por ello, convendría prever dos disposiciones distintas.

#### Artículo 15

10. La definición propuesta de la agresión se basa en gran parte —lo que está perfectamente justificado— en la que figura en el anexo a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974. Ahora bien, ese texto está destinado a un órgano político. Además, con arreglo al Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, corresponde al Consejo de Seguridad determinar la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Por consiguiente, el problema que se plantea es el de saber si las determinaciones del Consejo de Seguridad obligan al juez nacional. En cierto sentido, parece conveniente que así sea. En efecto, resulta difícil admitir que un juez nacional pueda calificar de agre-

sión un acto que el Consejo de Seguridad, principal responsable del mantenimiento de la paz, no haya considerado como tal. Sin embargo, por otra parte, se sabe que la actuación del Consejo de Seguridad puede ser paralizada por el ejercicio del derecho de veto. Por ello, las decisiones de los tribunales estarían subordinadas a las del Consejo de Seguridad. No es evidente que la seguridad del derecho ganara con ello. No parece conforme a una sana concepción de la justicia prever que las decisiones del Consejo de Seguridad, órgano político por excelencia, puedan servir directamente como base a los tribunales nacionales cuando tengan que determinar la culpabilidad individual y fijar la cuantía de la pena. En definitiva, sería preferible no insertar el párrafo 5, que está colocado entre corchetes.

#### Artículo 16

11. El artículo 16 trata de la amenaza de agresión, calificada, al igual que la agresión, como crimen contra la paz. Suiza se ha preguntado ya en la Sexta Comisión, durante el debate anual sobre la labor de la Comisión<sup>2</sup>, si tal asimilación está justificada. En otros términos, ¿debe figurar la amenaza de agresión en el proyecto de código como un crimen separado? Se puede dudar de ello. En efecto, ¿cómo condenar, cuando la amenaza no se ha materializado mediante un comienzo de ejecución? ¿Cómo distinguir la amenaza, punible, de los actos preparatorios, que en buena doctrina no lo son? Se puede incluso admitir la hipótesis de que la incriminación de la amenaza de agresión pueda favorecer, con las desagradables consecuencias que se puede imaginar, el recurso a la fuerza en ejercicio del derecho de legítima defensa. Por lo demás, ¿constituirían actos suficientemente graves para considerarlos crímenes contra la paz las maniobras de intimidación consistentes, según el artículo 16, «en declaraciones, comunicaciones [y] demostraciones de fuerza» que, por definición, no se traduzcan en un acto de agresión? Se puede dudar de ello. Habida cuenta de cuanto antecede, el Gobierno de Suiza concluye que no es conveniente ampliar el campo de aplicación del proyecto de código a la amenaza de agresión. En todo caso, tal disposición sería de difícil aplicación.

#### Artículo 17

12. La principal dificultad que plantea el artículo 17 consiste, sin duda, en la definición de la intervención. A ese respecto, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>3</sup> representa una útil contribución. Como ha precisado la Comisión en su comentario<sup>4</sup>, la intervención debe entrañar un elemento de coerción, es decir atentar contra el libre ejercicio de su soberanía por el Estado que sea víctima de ella. Pero la in-

<sup>2</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión, párrs. 66 a 74.*

<sup>3</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

<sup>4</sup> El artículo 17 fue aprobado inicialmente como artículo 14. Para el comentario, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

crimación debería limitarse a las formas de injerencia más graves. Prácticamente, sólo la coerción que entrañe el empleo de la fuerza armada parece tener el grado de gravedad necesario para constituir un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

#### Artículo 18

13. En esta disposición se condenan la dominación colonial y las demás formas de dominación extranjera cuando se impongan por la fuerza. ¿Debe considerarse también dominación extranjera el «neocolonialismo», como parecen pensar ciertos miembros de la Comisión? Es dudoso. Por reprehensible que sea en el plano político, el «neocolonialismo» no es un concepto jurídicamente establecido. Por lo demás, conviene señalar que el «neocolonialismo», aunque pueda ser constatado objetivamente, no se impone necesariamente por la fuerza en el marco de un plan o de una alianza. Resulta a menudo de las disparidades económicas entre los países y, en realidad, será muy difícil probarlo. Por tanto, cabe preguntarse si no convendría eliminar toda referencia al «neocolonialismo» en el comentario relativo al artículo 18<sup>5</sup>.

#### Artículo 22

14. El derecho humanitario internacional conoce hoy dos categorías de infracciones: «las infracciones graves» (enumeradas expresamente en los artículos 50, 51, 130 y 147 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 85 del Protocolo adicional I, que remite igualmente al artículo 11 del mismo Protocolo), denominadas también crímenes de guerra, por una parte, y todas las demás violaciones del derecho humanitario internacional, por la otra.

15. La Comisión, fiel al criterio según el cual el código no debería incluir más que actos de suma gravedad, se propone introducir una tercera categoría: la de los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», que englobaría pues las «infracciones graves» particularmente graves. Hay que ser conscientes, por ello, de que ese artículo 22, una vez que entrara en vigor el código, podría tener como efecto que a los crímenes de guerra que no figuraran en la lista de esa disposición se les aplicara sólo una pena relativamente ligera.

16. Por lo demás, resulta difícil comprender las razones por las que la Comisión ha incluido, entre los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», «la destrucción en gran escala de bienes de carácter civil» (párr. 2, e) y no los ataques contra la población civil o las zonas desmilitarizadas, así como el uso perverso del emblema protector de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

17. Convendría, por tanto, que la Comisión volviera a examinar las consecuencias que esa disposición podría tener en el derecho internacional humanitario antes de aprobarla en segunda lectura.

#### Artículo 23

18. En el comentario al artículo 23<sup>6</sup>, la Comisión recuerda que, a tenor del artículo 47 del Protocolo adicional I, de 1977, a los Convenios de Ginebra, los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatientes o de prisioneros de guerra. Se imponen dos precisiones, que podrían incluirse en el comentario. La disposición mencionada permite a una parte en el Protocolo rehusar ese estatuto a un mercenario; no la obliga a ello. Además, el mercenario desprovisto del estatuto de combatiente y de prisionero de guerra se beneficia, como todo civil que sea objeto de una sospecha legítima de realizar una actividad perjudicial para la seguridad del Estado, del párrafo 3 del artículo 5 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, que le asegura, en particular en caso de enjuiciamiento, el derecho a un proceso equitativo y regular. Se beneficia igualmente de las garantías fundamentales previstas en el artículo 75 del Protocolo adicional I.

#### Artículo 24

19. Parece que los elementos constitutivos del crimen de terrorismo internacional podrían, según las circunstancias, no ser claramente diferenciables de los de la intervención, definida como el hecho de intervenir en los asuntos internos o externos de un Estado mediante el fomento de actividades subversivas o terroristas. La financiación o la instrucción de bandas armadas por agentes de un Estado con objeto de crear un estado de terror en el ánimo de la población y de favorecer así la caída del gobierno de otro Estado, ¿quedan incluidas en ambas disposiciones?

#### Artículo 25

20. Se plantea aquí la cuestión de saber si está justificada la inserción en el código de una disposición relativa al tráfico internacional de estupefacientes. Después de todo, se puede considerar ese tráfico como un delito de derecho común, cuyo móvil sería esencialmente el provecho personal. Sin embargo, esa apreciación desconoce una evolución que hace surgir vínculos cada vez más estrechos entre el tráfico internacional de estupefacientes y el terrorismo local o el terrorismo internacional. No faltan buenas razones para hablar, como se hace comúnmente, de narcoterrorismo. Además de sus efectos nefastos en la salud y el bienestar, el tráfico internacional de estupefacientes tiene un efecto destabilizador en ciertos países y constituye, por tanto, un obstáculo a unas relaciones internacionales armoniosas. En ese sentido, el tráfico internacional de estupefacientes aparece como un crimen a la vez contra la paz y contra la seguridad de la humanidad. Por ello, es justo, como hace la Comisión, insertar en el proyecto de código una disposición que tipifique ese tráfico, ya sea efectuado por agentes del Estado o por simples particulares.

<sup>5</sup> El artículo 18 fue aprobado inicialmente como artículo 15. Para el comentario, *ibíd.*, pág. 75.

<sup>6</sup> El artículo 23 fue aprobado inicialmente como artículo 18. Para el comentario, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), págs. 30 a 32.



DOCUMENTO A/CN.4/449

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

PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

*[Original: francés]  
[25 de marzo de 1993]*

ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		127
	<i>Parrafos</i>	
INTRODUCCION	1-17	127
PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL		
Titulo I —Creacion		
Proyecto de artículo 1 —Establecimiento del Tribunal		
a) Texto propuesto	18	129
b) Comentario	19	129
Proyecto de artículo 2 —El Tribunal, organo judicial de las Naciones Unidas		
a) Texto propuesto	20	129
b) Comentario	21	129
Proyecto de artículo 3 —Sede del Tribunal		
a) Texto propuesto	22	129
b) Comentario	23	129
Proyecto de artículo 4 —Derecho aplicable		
a) Texto propuesto	24	129
b) Comentario	25-31	130
Proyecto de artículo 5 —Competencia del Tribunal		
a) Texto propuesto	32	130
b) Comentario	33-40	130
Proyecto de artículo 6 —Cuestiones de competencia		
a) Texto propuesto	41	131
b) Comentario	42	131
Proyecto de artículo 7 —Garantias procesales		
a) Texto propuesto	43	131
b) Comentario	44-46	131
Titulo II —Organizacion y funcionamiento		
Proyecto de artículo 8 —Jurisdiccion permanente del Tribunal		
a) Texto propuesto	47	132
b) Comentario	48-52	132
Proyecto de artículo 9 —Residencia del Presidente y del Secretario		
a) Texto propuesto	53	132
b) Comentario	54	132
Proyecto de artículo 10 —Reglamento interno		
a) Texto propuesto	55	132
b) Comentario	56	132

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Proyecto de artículo 11 —Requisitos		
Texto propuesto	57	132
Proyecto de artículo 12 —Designación de los magistrados		
a) Texto propuesto	58	132
b) Comentario	59-60	133
Proyecto de artículo 13 —Elección del Presidente y [del] [de los] Vicepresidente [s]		
a) Texto propuesto	61	133
b) Comentario	62	133
Proyecto de artículo 14 —Nombramiento del Secretario		
Texto propuesto	63	133
Proyecto de artículo 15 —Composición de las Salas del Tribunal		
a) Texto propuesto	64	133
b) Comentario	65-71	133
Proyecto de artículo 16 —Compatibilidad con otras funciones		
a) Texto propuesto	72	134
b) Comentario	73	134
Proyecto de artículo 17 —Separación del cargo		
Texto propuesto	74	134
Proyecto de artículo 18 —Inmunidad diplomática		
Texto propuesto	75	134
Proyecto de artículo 19 —Vacantes		
Texto propuesto	76	134
Proyecto de artículo 20 —Compromiso solemne		
a) Texto propuesto	77	134
b) Comentario	78	134
Proyecto de artículo 21 —Estudios, remuneraciones y sueldos		
a) Texto propuesto	79	135
b) Comentario	80	135
Proyecto de artículo 22 —Presupuesto del Tribunal		
Texto propuesto	81	135
<b>Título III —Procedimiento</b>		
Proyecto de artículo 23 —Presentación de casos al Tribunal		
a) Texto propuesto	82	135
b) Comentario	83-84	135
Proyecto de artículo 24 —De la intervención		
a) Texto propuesto	85	135
b) Comentario	86	136
Proyecto de artículo 25 —De la acusación		
a) Texto propuesto	87	136
b) Comentario	88-90	136
Proyecto de artículo 26 —De la instrucción		
a) Texto propuesto	91	136
b) Comentario	92	137
Proyecto de artículo 27 —Del juicio en rebeldía		
a) Texto propuesto	93	137
b) Comentario	94-96	137
Proyecto de artículo 28 —De la entrega del acusado al Tribunal		
a) Texto propuesto	97	137
b) Comentario	98-102	137
Proyecto de artículo 29 —Sobreseimiento		
a) Texto propuesto	103	137
b) Comentario	104-105	138
Proyecto de artículo 30 —Prisión preventiva		
Texto propuesto	106	138
Proyecto de artículo 31 —Del proceso		
Texto propuesto	107	138

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Proyecto de artículo 32 —Del acta del proceso		
Texto propuesto	108	138
Proyecto de artículo 33 —La sentencia		
a) Texto propuesto	109	138
b) Comentario	110	138
Proyecto de artículo 34 —Las penas		
a) Texto propuesto	111	138
b) Comentario	112-113	139
Proyecto de artículo 35 —Los recursos		
a) Texto propuesto	114	139
b) Comentario	115-118	139
Proyecto de artículo 36 —El cumplimiento de la pena		
a) Texto propuesto	119	139
b) Comentario	120-121	140
Proyecto de artículo 37 —El indulto y la libertad condicional		
a) Texto propuesto	122	140
b) Comentario	123	140

#### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Comité Internacional de la Cruz Roja, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , Ginebra, 1986, págs. 25 y ss
y Protocolos adicionales I y II (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, págs. 642 y ss
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibid., vol. 213, pag. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N.º 243, 10 de octubre de 1979
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 999, pag. 241
Convención americana sobre derechos humanos (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibid., vol. 1144, pag. 123

## Introducción

1. En sus tres informes anteriores<sup>1</sup> el Relator Especial ya había estudiado la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Esos tres informes no tenían por objeto presentar en esa etapa un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, sino más bien de suscitar el debate en profundidad en la Comisión acerca de aspectos muy importantes relativos al establecimiento de un tribunal de ese tipo, con el objeto de que un debate de ese carácter pudiera dar la orientación necesaria para elaborar un proyecto de estatuto.

<sup>1</sup> *Anuario 1990*, vol. II (primera parte), pag. 25, documento A/CN.4/430 y Add.1, *Anuario 1991*, vol. II (primera parte), pag. 39, documento A/CN.4/435 y Add.1, y *Anuario 1992*, vol. II (primera parte), pag. 57, documento A/CN.4/442

2. En el presente informe, por el contrario, se presenta a la Comisión un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. Responde a lo dispuesto en los párrafos 4, 5 y 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General, de 25 de noviembre de 1992, sobre el informe de la Comisión de Derecho Internacional acerca de la labor realizada en su 44.º período de sesiones<sup>2</sup>. El texto de esos párrafos es el siguiente:

*La Asamblea General,*

[ ]

<sup>4</sup> *Toma nota con reconocimiento del capítulo II del Informe de la Comisión de Derecho Internacional titulado «Proyecto de código de*

<sup>2</sup> *Anuario 1992*, vol. II (segunda parte)

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», dedicado a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional;

5. *Invita* a los Estados a que presenten al Secretario General, si es posible antes del 45.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, sus observaciones por escrito respecto del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional<sup>3</sup>;

6. *Pide* a la Comisión de Derecho Internacional que prosiga su labor sobre esta cuestión mediante la puesta en práctica, con carácter prioritario, de la propuesta relativa a la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, a partir de su siguiente período de sesiones, comenzando por examinar las cuestiones indicadas en el informe del Grupo de Trabajo y en los debates celebrados en la Sexta Comisión con miras a redactar un estatuto sobre la base del informe del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como cualesquiera observaciones escritas recibidas de los Estados, y que presente un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones; [...]

3. Con esa perspectiva se preparó el presente informe. A este respecto, conviene señalar en primer término que el presente proyecto se basa en la hipótesis de que el tribunal sería un órgano de las Naciones Unidas. Es difícil concebir que las Naciones Unidas pidan a la Comisión, en una resolución, que elabore el estatuto de un tribunal que no sería un órgano de las Naciones Unidas. Por ese motivo el proyecto no plantea otra posibilidad.

4. Por otra parte, el presente informe no pretende aportar soluciones definitivas a un problema de tamaño complejidad. Constituye más bien un plan de trabajo, de presentación de los diferentes capítulos del estatuto de un tribunal. Ha procurado, además, respetar el espíritu y la labor de la Comisión, que aspiraba a contar con un órgano con estructuras flexibles, no permanentes y de bajo costo.

5. Se observará que, con tal fin, el proyecto es simple y no implica todos los órganos que existen normalmente en la jurisdicción penal. De esta manera, no hay un órgano de instrucción que funcione independientemente del órgano encargado del fallo. Toda oficina de instrucción tiene vocación de permanencia. Por ese motivo en el proyecto se ha establecido un sistema en el que se encomienda la investigación al propio tribunal, es decir al órgano encargado de fallar, más frecuentemente en el curso de la audiencia misma.

6. Asimismo, en lo que respecta a la acusación, en el proyecto no se propone la creación de una oficina dirigida por un Procurador General con la asistencia de todos los funcionarios que supone el funcionamiento de un órgano de ese tipo. Se ha preferido la solución más flexible, que consiste en dejar la acusación a cargo del Estado que presente la denuncia.

7. Esta última solución dista de ser absurda. Como lo indica *infra* el comentario al proyecto de artículo 25 (De la acusación), se ha adoptado en algunos proyectos de tribunal penal en que el Estado denunciante designa un agente, llamado también «procurador». Sin embargo, se propuso una posibilidad más clásica en la versión B del artículo 25.

8. En lo que respecta al órgano encargado de fallar, no tiene composición permanente. Los jueces que componen una sala no son siempre los mismos. Cambian según cambien los asuntos de los cuales se ocupan, y el Presidente del Tribunal tiene, a ese respecto, un papel prominente. Él escoge a los magistrados de una lista en la que figuran todos los magistrados designados por los Estados. Sólo se fija en forma definitiva el número de jueces que deben conocer de un asunto determinado.

9. El hecho de que los órganos del tribunal no funcionen a tiempo completo tiene ciertas consecuencias, especialmente en lo que respecta a la remuneración de los magistrados y a la compatibilidad o no de las funciones de magistrado con otras funciones.

10. En lo que se refiere a la competencia del tribunal, el proyecto de artículo que se ha propuesto no tiene la ambición de solucionar todas las dificultades que plantea esa cuestión. Se observa que la competencia del tribunal no es exclusiva, sino concurrente, ya que cada Estado tendrá la facultad de juzgar por sí mismo o de entregar un acusado al tribunal. Esta opción parece contar con la adhesión del mayor número de miembros de la Comisión. Por otra parte, esa competencia está subordinada al consentimiento de dos Estados: el Estado denunciante y el Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito.

11. Resulta más difícil todavía la cuestión de la competencia en razón de la materia. El Relator Especial espera que los miembros de la Comisión hagan una contribución sustantiva a esta cuestión difícil y delicada que se ha debatido desde hace largo tiempo sin llegar a una solución. No ha habido acuerdo acerca de una lista de delitos que deberían ser objeto de esa competencia.

12. Por ese motivo, a la espera de la existencia de un código penal, una solución consistiría en que la competencia material del tribunal estuviera determinada por acuerdos particulares entre Estados partes o por aceptación individual, actos que podrían realizarse en cualquier momento.

13. Otro problema es el de la pena aplicable. En general, en el derecho interno, el código penal y la jurisdicción penal son objeto de instrumentos separados. En la materia que se estudia, los autores de los proyectos anteriores no habían considerado útil ni oportuno elaborar instrumentos separados respecto de una u otra cuestión. Es en los proyectos de estatuto del tribunal que se prevén las sanciones y, en general, se dejaba al tribunal la aplicación de las penas que consideraba apropiadas sin referencia a un código determinado. El presente proyecto se refiere a la ley penal de uno de los Estados interesados. Esta solución es, desde luego, imperfecta, pero al menos remite a la ley de un Estado.

14. Otro problema, que tiene un carácter completamente diferente, es el de saber cómo se ha de asegurar la comparecencia del acusado ante el tribunal. Se trata de una cuestión importante. Con arreglo al proyecto, que se ajusta a la opinión general de la Comisión, no se admite ante el tribunal el procedimiento *in absentia*. Si el acusado no comparece voluntariamente, es necesario estar en condiciones de hacerlo comparecer por otros medios. Entre los Estados partes se prevé una norma simplificada

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



de presentación del acusado ante el tribunal por simple demanda de éste, aunque con reservas acerca del respeto de algunos principios. Entre Estados que no sean partes en el estatuto o entre Estados partes y Estados que no lo sean, sólo el procedimiento de extradición puede hacer que se haga comparecer al acusado a falta de la comparecencia voluntaria.

15. Por cuanto el tribunal no puede concertar acuerdos de extradición, a menos que se le reconozca esa capacidad, correspondería al Estado parte que se propusiera

presentar una denuncia al tribunal obtener la extradición del acusado a su territorio y entregarlo al tribunal.

16. En cuanto a la cooperación entre el tribunal y los Estados partes, o los que no lo fueran, convendría completar en primer lugar el proyecto con algunas disposiciones anexas.

17. El Relator Especial realiza una presentación sumaria del proyecto que, una vez más, no pretende resolver todos los problemas delicados que plantea la creación de una jurisdicción penal internacional. Constituye, a lo más, un plan de trabajo para la Comisión.

## Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional

### TÍTULO I

#### CREACIÓN

##### PROYECTO DE ARTÍCULO 1.—ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL

###### a) *Texto propuesto*

18. El texto del proyecto de artículo 1 propuesto es el siguiente:

###### ***Artículo 1.—Establecimiento del Tribunal***

**Se establece un Tribunal Penal Internacional cuya competencia y funcionamiento se prevén en las disposiciones del presente Estatuto.**

###### b) *Comentario*

19. En el texto francés de este proyecto de artículo se utiliza el adjetivo «*criminelle*» deliberadamente, de preferencia con respecto al adjetivo «*pénale*», a fin de indicar claramente que se trata de crímenes y no de delitos. El tribunal sólo podrá conocer de delitos si existe un vínculo de conexión con un crimen del cual se esté ocupando.

##### PROYECTO DE ARTÍCULO 2.—EL TRIBUNAL, ÓRGANO JUDICIAL DE LAS NACIONES UNIDAS

###### a) *Texto propuesto*

20. El texto del proyecto del artículo 2 propuesto es el siguiente:

###### ***Artículo 2.—El Tribunal, órgano judicial de las Naciones Unidas***

**El Tribunal será un órgano judicial de las Naciones Unidas.**

###### b) *Comentario*

21. Cabe destacar la importancia de que el tribunal penal sea un órgano de las Naciones Unidas. En opinión

del Relator Especial, la coexistencia, en tanto órganos de las Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia y de un tribunal penal internacional no sería contraria a la Carta de las Naciones Unidas. En el Artículo 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se dispone, en efecto, que ésta es el «órgano judicial principal» de las Naciones Unidas, lo que deja lugar a otro órgano judicial competente en materia penal. Parece confirmar lo anterior la reciente resolución del Consejo de Seguridad por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991<sup>4</sup>.

##### PROYECTO DE ARTÍCULO 3.—SEDE DEL TRIBUNAL

###### a) *Texto propuesto*

22. El texto del proyecto del artículo 3 propuesto es el siguiente:

###### ***Artículo 3.—Sede del Tribunal***

**La sede del Tribunal será [...]**

###### b) *Comentario*

23. La determinación de la sede del tribunal es una cuestión que tiene un carácter esencialmente político. Corresponde a la Sexta Comisión de la Asamblea General examinarla y presentar propuestas a la Asamblea. Sin embargo, la Comisión, si lo desea, puede examinar asimismo el problema y formular propuestas a la Asamblea General.

##### PROYECTO DE ARTÍCULO 4.—DERECHO APLICABLE

###### a) *Texto propuesto*

24. El texto del proyecto de artículo 4 propuesto es el siguiente:

<sup>4</sup> Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, de 22 de febrero de 1993.

**Artículo 4.—Derecho aplicable**

El Tribunal aplicará los convenios y acuerdos internacionales relativos a los crímenes correspondientes a su competencia [, así como los principios generales del derecho y la costumbre].

b) *Comentario*

25. De los debates de la Comisión de Derecho Internacional queda en claro que, de los elementos que podrían constituir el derecho aplicable, sólo los convenios y acuerdos internacionales no fueron objeto de controversia.

26. Por el contrario, los principios generales del derecho y la costumbre fueron objeto de controversia. Ello explica los corchetes entre los cuales se hallan esos dos conceptos.

27. Esa posición restrictiva responde tal vez a la prudencia. Cabe señalar, sin embargo, que en ningún proyecto anterior se había limitado a este respecto el derecho aplicable por un tribunal penal internacional.

28. En el proyecto de estatuto de tribunal penal internacional elaborado en 1926 por la Asociación de Derecho Internacional<sup>5</sup> se enumeraban como fuentes de derecho aplicable los tratados, convenios y declaraciones internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y las decisiones judiciales como medios auxiliares para determinar las normas de derecho (art. 23).

29. Con arreglo al artículo 2 del proyecto de estatuto revisado presentado en 1953 por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional, de las Naciones Unidas<sup>6</sup>, el tribunal «aplicará el derecho internacional, inclusive el derecho penal internacional y, cuando sea procedente, el derecho nacional».

30. En un proyecto más reciente elaborado por Ch. Bassiouni<sup>7</sup> se prevén los elementos enumerados en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

31. Con el objeto de mantener fidelidad a la labor realizada por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, en el presente proyecto de artículo sólo se conservan formalmente los convenios y los acuerdos.

## PROYECTO DE ARTICULO 5—COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

a) *Texto propuesto*

32. El texto del proyecto de artículo 5 propuesto es el siguiente:

<sup>5</sup> ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference, Vienna, 5-11 August 1926*, Londres, 1927, págs. 130 a 142. Véase también Naciones Unidas, *Historique*, pag. 66, apéndice 4.

<sup>6</sup> *Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional, 27 de julio-20 de agosto de 1953* [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/2645)], anexo.

<sup>7</sup> Association internationale de droit penal, *Nouvelles études pénales* (Eres, Siracusa, Italia, 1992).

**Artículo 5.—Competencia del Tribunal**

1. No se presumirá la competencia del Tribunal.

2. El Tribunal tendrá competencia para juzgar a todo individuo a condición de que el Estado del que sea nacional y el Estado en que se presume que se ha cometido el crimen hayan aceptado su competencia.

3. En tanto se aprueba un código de crímenes correspondientes a su competencia, las infracciones correspondientes a la competencia del Tribunal se determinarán mediante acuerdos particulares concertados entre Estados partes o por acto unilateral de un Estado.

4. En esos acuerdos o actos unilaterales se determinarán y definirán con precisión las infracciones respecto de las cuales se reconoce competencia al Tribunal.

5. El Tribunal no podrá juzgar otros acusados que los que se le remitan ni juzgar a los acusados por otros hechos que aquellos por los cuales hayan sido acusados.

b) *Comentario*

33. El proyecto de artículo 5 se refiere a la competencia en razón de las personas y a la competencia en razón de la materia.

34. La competencia del tribunal para juzgar a un individuo, es decir su competencia en razón de las personas, está subordinada al acuerdo de los dos Estados interesados: el Estado del cual el individuo sea nacional y el Estado en cuyo territorio se presume que se ha cometido el crimen.

35. En derecho penal interno hay dos reglas principales de competencia: la competencia territorial y la competencia personal. La competencia territorial es la regla que se aplica más generalmente. Pero no es la única. Hay excepciones importantes en las legislaciones internas. Especialmente, cuando se trata del honor o de los intereses fundamentales de un Estado, éste prefiere la regla de la competencia personal.

36. En el presente proyecto, so pena de alejarse absolutamente de la realidad, no cabe descartar una de las dos reglas en beneficio de la otra. Por ese motivo debe atribuir la competencia tanto el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen como el Estado del que sea nacional el autor.

37. La cuestión de la competencia material del tribunal es asimismo muy compleja. No existe todavía un código de crímenes internacionales.

38. Los debates de la Comisión no han permitido, salvo respecto del genocidio y, tal vez, del apartheid, determinar la existencia de infracciones que correspondan a la competencia material del tribunal. En esta etapa el proyecto no ha de ser excesivamente ambicioso. La competencia material del tribunal debe limitarse a algunas infracciones respecto de las cuales exista acuerdo general en la comunidad internacional. Corresponderá a la Comisión, por lo tanto, definir, si puede hacerlo, con este espí-

ritu, las infracciones que corresponderán a la competencia del tribunal.

39. Se propone en el presente informe que, en tanto los Estados partes adoptan un código de crímenes internacionales, se definan las infracciones que correspondan a la competencia del tribunal mediante acuerdos entre los Estados partes. Asimismo, cualquier Estado, en el momento de adherirse al estatuto del tribunal o en cualquier otro momento, podrá definir los crímenes a cuyo respecto reconocerá la competencia del tribunal.

40. Se ha propuesto un método de ese tipo, que parece más flexible, en el proyecto de estatuto para la creación de una sala en lo penal de la Corte Internacional de Justicia<sup>8</sup>.

#### PROYECTO DE ARTICULO 6—CUESTIONES DE COMPETENCIA

##### a) *Texto propuesto*

41. El texto del proyecto de artículo 6 propuesto es el siguiente:

#### *Artículo 6.—Cuestiones de competencia*

**El Tribunal decidirá las cuestiones relativas a su propia competencia durante la tramitación de un asunto del que esté conociendo.**

##### b) *Comentario*

42. Es norma de derecho internacional que el juez que conoce de un litigio decida también acerca de su propia competencia. El proyecto de artículo 6, por lo tanto, es sólo la aplicación de una norma que se viene aplicando desde hace mucho tiempo.

#### PROYECTO DE ARTICULO 7—GARANTIAS PROCESALES

##### a) *Texto propuesto*

43. El texto del proyecto de artículo 7 propuesto es el siguiente:

#### *Artículo 7.—Garantías procesales*

**1. Toda persona acusada tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.**

**2. Toda persona acusada tendrá derecho:**

**a) A que su causa se conozca en forma equitativa y pública;**

<sup>8</sup> Preparado por V V Pella, adoptado por la Asociación Internacional de Derecho Penal el 16 de enero de 1928 y revisado en 1946 (Naciones Unidas, *Historique*, pag 80, apéndice 7)

**b) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;**

**c) A disponer del tiempo y de los medios necesarios para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;**

**d) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;**

**e) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo;**

**f) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;**

**g) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en la audiencia o en la instrucción;**

**h) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.**

##### b) *Comentario*

44. El proyecto de artículo 7 se refiere a las garantías procesales de que goza todo individuo enjuiciado ante el tribunal.

45. Esas garantías figuran en numerosos instrumentos internacionales: los estatutos de tribunales militares internacionales, especialmente el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>9</sup> (art. 16) y el estatuto del Tribunal Internacional Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio)<sup>10</sup> (art. 9). Se hallan asimismo en los instrumentos siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (arts. 5 y 6), la Convención americana sobre derechos humanos (arts. 5, 7 y 8), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>11</sup> (art. 7), los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (art. 3 común a los cuatro Convenios) y sus Protocolos adicionales I (art. 75) y II (arts. 4 a 6) de 1977.

46. Por cuanto aún no se ha aprobado el proyecto de código de crímenes, ha parecido conveniente destinar una disposición específica a las garantías procesales en el estatuto del tribunal.

<sup>9</sup> Estatuto anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 82, pag 279)

<sup>10</sup> Firmado en Tokio el 19 de enero de 1946, *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), pags 354 y ss

<sup>11</sup> Aprobada en Nairobi el 26 de junio de 1981 (vease OUA, documento CAB/LEG/67/3/Rev 5)

## TITULO II

## ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

## PROYECTO DE ARTICULO 8—JURISDICCION PERMANENTE DEL TRIBUNAL

a) *Texto propuesto*

47. El texto del proyecto de artículo 8 propuesto es el siguiente:

**Artículo 8.—Jurisdicción permanente del Tribunal**

**Aunque la jurisdicción del Tribunal será permanente, el Tribunal no funcionará todo el tiempo y sólo se reunirá para examinar un asunto del que esté conociendo.**

b) *Comentario*

48. En el proyecto de artículo 8 se disponen dos cosas: a) el carácter permanente de la jurisdicción del tribunal; y b) el funcionamiento no permanente del tribunal.

49. Si la jurisdicción del tribunal es permanente, es más fácil reunirlos en caso necesario.

50. Si ya se hubiera creado el tribunal, se habrían evitado todas las demoras que existen hoy para organizar un tribunal con el objeto de enjuiciar los crímenes de guerra cometidos en la ex Yugoslavia. Un tribunal de ese tipo sería preexistente a los crímenes cometidos.

51. El carácter permanente de una jurisdicción de ese tipo no sería incompatible con el funcionamiento intermitente de sus órganos.

52. El presente proyecto trata de combinar esos dos aspectos, con lo cual se responde a la preocupación de la Comisión de crear un órgano simple y poco costoso.

## PROYECTO DE ARTICULO 9—RESIDENCIA DEL PRESIDENTE Y DEL SECRETARIO

a) *Texto propuesto*

53. El texto del proyecto de artículo 9 propuesto es el siguiente:

**Artículo 9.—Residencia del Presidente y del Secretario**

## VERSION A

**[Sólo] el Presidente y el Secretario residirán en la sede del Tribunal y ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva.**

## VERSION B

**[Sólo] el Secretario residirá en la sede del Tribunal y ejercerá sus funciones con dedicación exclusiva.**

b) *Comentario*

54. El afán de economía ha inspirado también el proyecto de artículo 9, en cuya virtud funcionarían en la sede del tribunal ya sea el Presidente y el Secretario (versión A) o sólo el Secretario (versión B).

## PROYECTO DE ARTICULO 10—REGLAMENTO INTERNO

a) *Texto propuesto*

55. El texto del proyecto de artículo 10 propuesto es el siguiente:

**Artículo 10.—Reglamento interno**

**En un reglamento interno elaborado por el Tribunal se determinarán el modo de funcionamiento de sus diversos órganos y las relaciones entre ellos.**

b) *Comentario*

56. Por cuanto los magistrados del tribunal no residirán en la sede de éste y sólo se reunirán con intervalos, para conocer de un asunto, será necesario que en el reglamento interno se determine, incluso en forma pormenorizada, la manera de establecer comunicaciones entre los miembros del tribunal y, especialmente, la transmisión de materiales o documentos, de manera que las relaciones administrativas entre los magistrados sean lo más estrechas posible.

## PROYECTO DE ARTICULO 11—REQUISITOS

*Texto propuesto*

57. El texto del proyecto de artículo 11 propuesto es el siguiente:

**Artículo 11.—Requisitos**

**Los magistrados deberán ser jurisperitos que gocen de alta consideración moral y reconocida competencia en materia de derecho internacional y particularmente de derecho penal internacional.**

## PROYECTO DE ARTICULO 12—DESIGNACION DE LOS MAGISTRADOS

a) *Texto propuesto*

58. El texto del proyecto de artículo 12 propuesto es el siguiente:

**Artículo 12.—Designación de los magistrados**

**Los magistrados del Tribunal serán designados de la manera siguiente:**

a) Cada Estado parte en el estatuto del Tribunal designará un magistrado que reúna las condiciones previstas en el artículo 11 del presente estatuto;

**b) El Secretario General de las Naciones Unidas confeccionará una lista por orden alfabético de los magistrados designados por los Estados.**

b) *Comentario*

59. El procedimiento o designación propuesto en este proyecto de artículo evita designar magistrados con dedicación exclusiva. La lista prevista en el apartado *b* constituye una lista de espera, de la cual se escogerán los magistrados que deberán conocer de un asunto, con arreglo al artículo 14.

60. Asimismo, podrá preverse un procedimiento diferente, que consistiría en hacer elegir los magistrados por la Asamblea General. Pero un procedimiento de ese tipo sería más apropiado en el caso que los magistrados debieran dedicarse en forma exclusiva a una función permanente.

PROYECTO DE ARTICULO 13 —ELECCION DEL PRESIDENTE Y [DEL] [DE LOS] VICEPRESIDENTE [S]

a) *Texto propuesto*

61. El texto del proyecto de artículo 13 propuesto es el siguiente:

**Artículo 13.—Elección del Presidente y [del] [de los] Vicepresidente[s]**

**1. El Presidente y [el] [los] Vicepresidente[s] serán elegidos por la Asamblea General de entre los magistrados por mayoría absoluta. Ellos constituirán la Mesa del Tribunal.**

**2. La Mesa adoptará todas las decisiones relativas al funcionamiento administrativo y financiero del Tribunal.**

b) *Comentario*

62. Podrá crearse asimismo un comité más amplio cuyos miembros serían elegidos por los representantes de los Estados partes. Ese comité elegiría a su vez al Presidente y a los Vicepresidentes. Tendría facultad para controlar la gestión administrativa y financiera del tribunal y, en particular, de elaborar el proyecto de presupuesto del tribunal antes de su presentación a la Asamblea General. Sin embargo, una estructura de ese tipo sería demasiado pesada y sería más conveniente para un tribunal interestatal.

PROYECTO DE ARTICULO 14 —NOMBRAMIENTO DEL SECRETARIO

*Texto propuesto*

63. El texto del proyecto de artículo 14 propuesto es el siguiente:

**Artículo 14.—Nombramiento del Secretario**

**A propuesta del Presidente, la Mesa del Tribunal nombrará al Secretario según el procedimiento que ella misma haya establecido.**

PROYECTO DE ARTICULO 15 —COMPOSICION DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL

a) *Texto propuesto*

64. El texto del proyecto de artículo 15 propuesto es el siguiente:

**Artículo 15.—Composición de las Salas del Tribunal**

**1. Cada una de las Salas del Tribunal estará compuesta de nueve magistrados.**

**2. Si la acumulación de casos lo exige, el Tribunal podrá constituir varias Salas.**

**3. El Presidente, o en su nombre, el Vicepresidente, elegirá de la lista mencionada en el artículo 12 a los magistrados que formarán parte de cada una de las Salas del Tribunal.**

**4. Ningún magistrado del Estado querellante o del Estado del que sea nacional el acusado podrá formar parte de una Sala que esté examinando un asunto relacionado con esos Estados.**

b) *Comentario*

65. El número de magistrados de que se compone el tribunal o una sala del tribunal ha variado según los proyectos. El proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en 1926<sup>12</sup> había previsto que el tribunal podía estar compuesto de uno o varios grupos de cinco magistrados (art. 4 *in fine*).

66. El proyecto de estatuto para la creación de una sala de lo penal de la Corte Internacional de Justicia, aprobado por la Asociación Internacional de Derecho Penal<sup>13</sup> había previsto 15 miembros titulares y ocho miembros suplentes (art. 3).

67. La Convención para la creación de un Tribunal Penal Internacional, de 16 de noviembre de 1937<sup>14</sup>, que fue aprobada por la Conferencia Internacional sobre la Represión del Terrorismo, había previsto cinco magistrados titulares y cinco magistrados suplentes (art. 6).

68. El proyecto de convención para la creación de un Tribunal Penal Internacional, elaborado por la Asamblea Internacional de Londres (1943)<sup>15</sup>, había previsto que el Tribunal estaría compuesto de 35 magistrados y que ese número podría ser aumentado en caso de necesidad (art. 9).

69. El anexo I del proyecto de convención sobre el delito de genocidio<sup>16</sup> preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas, relativo a la institución de un Tribunal Penal Internacional permanente para sancionar el delito de genocidio, había previsto siete magistrados titulares y siete magistrados suplentes (art. 6). El anexo II del mismo proyecto, relativo a la institución de un Tribu-

<sup>12</sup> ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference* (vease nota 5 *supra*)

<sup>13</sup> Vease nota 8 *supra*

<sup>14</sup> Vease Naciones Unidas, *Historique*, pag. 94, apéndice 8

<sup>15</sup> *Ibid.*, pag. 114, apéndice 9, secc. B

<sup>16</sup> *Ibid.*, pag. 128, apéndice 12

nal Penal Internacional, había previsto siete magistrados titulares pero ningún magistrado suplente (art. 11).

70. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>17</sup> preveía cuatro magistrados que representarían a las cuatro Potencias signatarias del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, cada uno de los cuales tendría un suplente (art. 2).

71. Independientemente del número de magistrados que deban conocer de un asunto determinado, se plantea la cuestión de saber si no podría dividirse el tribunal en varias salas en caso de que la acumulación de asuntos que deba examinar lo justificara. No se debe excluir totalmente esta hipótesis prevista en el párrafo 2 del proyecto de artículo.

PROYECTO DE ARTICULO 16—COMPATIBILIDAD CON OTRAS FUNCIONES

a) *Texto propuesto*

72. El texto del proyecto de artículo 16 propuesto es el siguiente:

**Artículo 16.—Compatibilidad con otras funciones**

1. Los miembros del Tribunal podrán seguir ejerciendo las funciones que desempeñaban antes de su elección. Sin embargo, no podrán participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente en cualquier calidad.

2. Si un magistrado considerare que no debe conocer de determinado asunto, lo notificará al Presidente.

b) *Comentario*

73. Dado que los magistrados sólo perciben una remuneración diaria, no se les puede obligar a dejar el cargo que ejercían anteriormente.

PROYECTO DE ARTICULO 17—SEPARACION DEL CARGO

*Texto propuesto*

74. El texto del proyecto de artículo 17 propuesto es el siguiente:

**Artículo 17.—Separación del cargo**

No será separado del cargo ningún miembro del Tribunal a menos que, a juicio unánime de los demás miembros, haya dejado de satisfacer las condiciones requeridas.

PROYECTO DE ARTICULO 18—INMUNIDAD DIPLOMATICA

*Texto propuesto*

75. El texto del proyecto de artículo 18 propuesto es el siguiente:

**Artículo 18.—Inmunidad diplomática**

En sus viajes a la sede y desde ésta en relación con los asuntos del Tribunal, los miembros del Tribunal tendrán derecho a utilizar pasaportes diplomáticos y, en el ejercicio de las funciones del cargo, gozarán de privilegios e inmunidades diplomáticos.

PROYECTO DE ARTICULO 19—VACANTES

*Texto propuesto*

76. El texto del proyecto de artículo 19 propuesto es el siguiente:

**Artículo 19.—Vacantes**

En caso de que una plaza quede vacante por defunción o dimisión de un magistrado o por cualquier otra causa, el Estado que haya nombrado a dicho magistrado se encargará de reemplazarlo mediante una simple carta dirigida al Presidente del Tribunal.

PROYECTO DE ARTICULO 20—COMPROMISO SOLEMNE

a) *Texto propuesto*

77. El texto del proyecto de artículo 20 propuesto es el siguiente:

**Artículo 20.—Compromiso solemne**

Cada miembro del Tribunal se comprometerá, en sesión pública, a ejercer sus funciones con toda imparcialidad y conciencia.

b) *Comentario*

78. En lugar de obligar a un magistrado a prestar juramento antes de conocer de un asunto, se podría obligar a prestar juramento a todos los magistrados que figuren en la lista, de una vez por todas, con ocasión de un sesión plenaria.

PROYECTO DE ARTICULO 21—ESTIPENDIOS, REMUNERACIONES Y SUELDOS

a) *Texto propuesto*

79. El texto del proyecto de artículo 21 propuesto es el siguiente:

**Artículo 21.—Estipendios, remuneraciones y sueldos**

1. El Presidente del Tribunal percibirá un estipendio anual especial.

2. El Vicepresidente percibirá [Los Vicepresidentes percibirán] un estipendio especial por cada día que desempeñe[n] las funciones de Presidente.

3. Los magistrados percibirán remuneración por cada día que desempeñen las funciones del cargo. Tendrán derecho asimismo a transportes gratuitos

<sup>17</sup> Véase nota 9 *supra*

para desplazarse al Tribunal y desde él con arreglo a un baremo fijado por la Asamblea General.

4. El Secretario del Tribunal percibirá un sueldo.

5. Los sueldos, estipendios y remuneraciones arriba mencionados, así como los gastos de funcionamiento del Tribunal, serán fijados por la Asamblea General.

b) *Comentario*

80 En algunos proyectos de estatuto, son los Estados de origen los que se encargan de sufragar los gastos de desplazamiento y los estipendios de los magistrados, según un baremo establecido por los Estados partes. Ahora bien, un sistema de esa clase sería más aceptable si el tribunal, en lugar de ser un órgano de las Naciones Unidas, fuera simplemente un órgano interestatal.

PROYECTO DE ARTICULO 22—PRESUPUESTO DEL TRIBUNAL

*Texto propuesto*

81 El texto del proyecto de artículo 22 propuesto es el siguiente

**Artículo 22.—Presupuesto del Tribunal**

**El presupuesto del Tribunal será financiado por las Naciones Unidas en la forma que decida la Asamblea General.**

TITULO III

PROCEDIMIENTO

PROYECTO DE ARTICULO 23—PRESENTACION DE CASOS AL TRIBUNAL

a) *Texto propuesto*

82 El texto del proyecto de artículo 23 propuesto es el siguiente

**Artículo 23.—Presentación de casos al Tribunal**

1. El Tribunal conocerá de los asuntos que le planteen los Estados.

2. a) Todo Estado, sea parte o no en el estatuto del Tribunal, podrá poner a disposición de éste a un acusado en lugar de someterlo a su propia jurisdicción.

b) El hecho de que un Estado no parte interponga una querrela ante el Tribunal entrañará su adhesión al estatuto del Tribunal y su reconocimiento de la competencia de éste respecto de la infracción de que se trate.

c) En la querrela, que se hará llegar al Presidente por conducto del Secretario, deberá mencionarse el nombre y el domicilio del agente que incoe el procedi-

miento, participe en la instrucción del caso y, si procediere, lleve adelante la acusación ante el Tribunal.

d) Se enviará notificación de todas las actuaciones procesales al domicilio del agente o a cualquier otra dirección que éste indique.

3. El Presidente del Tribunal, tan pronto como reciba la querrela, lo comunicará al Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción y al Estado del que sea nacional el acusado, si ninguno de los dos es querellante.

4. La querrela deberá contener el enunciado preciso de los cargos y los elementos en los que se basa.

b) *Comentario*

83 Según el párrafo 1, solo los Estados tienen derecho a interponer una querrela. Así pues, no podrán ejercer ese derecho los individuos ni las organizaciones internacionales. La cuestión del derecho de las organizaciones internacionales a querrelarse había sido objeto de debates en el seno de la Comisión y no había logrado obtener la aprobación general.

84 El apartado a del párrafo 2 establece el carácter facultativo y concurrente de la competencia del tribunal, en la medida en que todo Estado tiene también derecho a someter a un acusado a su propia jurisdicción. Asimismo, permite el acceso de los Estados no partes al tribunal. Como contrapartida al derecho del Estado no parte a presentar casos ante el tribunal, el apartado b del párrafo 2 crea obligaciones a ese Estado.

PROYECTO DE ARTICULO 24—DE LA INTERVENCION

a) *Texto propuesto*

85 El texto del proyecto de artículo 24 propuesto es el siguiente

**Artículo 24.—De la intervención**

**Todo Estado interesado podrá intervenir en el procedimiento penal, presentar una exposición y participar en los debates.**

b) *Comentario*

86 Por «Estado interesado» habrá que entender el Estado del que sea nacional el autor del crimen. También, si no se han querrelado, los demás Estados víctimas o los Estados de los que sean nacionales las víctimas, e incluso el Estado o los Estados en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

PROYECTO DE ARTICULO 25—DE LA ACUSACION

a) *Texto propuesto*

87 El texto del proyecto de artículo 25 propuesto es el siguiente

*Artículo 25.—De la acusación*

VERSION A

**Todo Estado que interponga una querrela ante el Tribunal asumirá la obligación de llevar adelante la acusación.**

VERSION B

**El magistrado que ejercerá el ministerio público ante el Tribunal será el Fiscal General, que actuará en nombre de los Estados partes en su conjunto. Será elegido por el Tribunal [los Estados partes] entre los magistrados que figuran en la lista mencionada en el artículo 12. Desempeñará su cargo durante tres años.**

b) *Comentario*

VERSION A

88 Según esta versión, corresponderá al Estado querellante llevar adelante la acusación ante el tribunal. Parece responder a la preocupación generalmente expresada de crear un órgano ligero y poco costoso.

89 Esta versión había sido ya adoptada en el proyecto de tribunal de la Convención para la creación de un Tribunal Penal Internacional de 1937<sup>18</sup> (art 25, párr 3). Asimismo, fue una de las soluciones mantenidas en el proyecto de estatuto para la creación de una sala de lo penal de la Corte Internacional de Justicia<sup>19</sup>, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, según el cual, el Consejo de Seguridad, al que, de acuerdo con el proyecto, corresponde ejercer la acción pública internacional, podrá, si lo considera oportuno, «dejarla enteramente a cargo del Estado interesado» (art 25). Asimismo, en el proyecto de estatuto de tribunal penal internacional de la Asociación de Derecho Internacional de 1926<sup>20</sup> se preve que el Estado querellante designe un «procurador o agente» (art 27), el cual se encargará de llevar adelante la acusación. La versión A parece corresponder más al espíritu del presente proyecto de tribunal.

VERSION B

90 Sin embargo, la versión B ofrece otra opción que es el procedimiento más clásico. Esta solución clásica consiste en instituir un ministerio público dirigido por un fiscal general. Ahora bien, esa solución tiene el inconveniente de designar un agente permanente a la cabeza de un servicio que funciona de manera continua con auxiliares (procuradores generales, sustitutos generales y muchos agentes subalternos). La Comisión no desea adoptar esta opción.

<sup>18</sup> Véase nota 14 *supra*.

<sup>19</sup> Véase nota 8 *supra*.

<sup>20</sup> ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference* (véase nota 5 *supra*).

## PROYECTO DE ARTICULO 26 —DE LA INSTRUCCION

a) *Texto propuesto*

91 El texto del proyecto de artículo 26 propuesto es el siguiente:

*Artículo 26.—De la instrucción*

1. Si el Tribunal considera admisible la querrela, citará al acusado para que comparezca ante él.

2. Tras haber oído al acusado y examinado las pruebas presentadas, el Tribunal decidirá iniciar o no la instrucción del caso.

3. A ese efecto, el Tribunal, en todo momento, ya sea por iniciativa propia o a petición de las partes, podrá:

a) Ordenar que se presenten todos los documentos o pruebas que guarden relación con el caso y cuya presentación parezca necesaria para demostrar la verdad de las alegaciones;

b) En las mismas condiciones, ordenar que comparezcan testigos ante el Tribunal o ante uno o varios de sus miembros para ser interrogados, u ordenar que sean interrogados mediante comisión rogatoria con arreglo a la ley territorial y admitir su deposición como prueba;

c) Ordenar que todas las deposiciones consten por escrito;

d) Cuando un punto determinado de un caso deba ser objeto de una larga investigación que no se pueda realizar ante él, el Tribunal podrá nombrar una comisión especial compuesta de uno o varios de sus miembros para que se encargue de llevar a cabo dicha investigación. El Tribunal podrá resolver la cuestión sobre la base del informe de esa comisión;

e) En las mismas condiciones, el Tribunal podrá ordenar que comparezcan ante él expertos, en especial en asuntos militares, navales, aéreos o científicos, a fin de escuchar su opinión en cualquier caso en que el Tribunal estime que sus conocimientos son necesarios para dictar un fallo;

f) No se podrá escuchar la opinión de ningún experto ni someter a interrogatorio o careo a los acusados si no están presentes los abogados de los acusados o del querellante.

4. Las partes se comprometen a prestar al Tribunal toda la asistencia necesaria, en particular respecto de la comparecencia de testigos, para la que, en caso necesario, se emplearán medios coercitivos de conformidad con las normas del Estado requerido.

b) *Comentario*

92 Este procedimiento de instrucción, llevado a cabo por el propio tribunal, durante la vista, reemplaza al procedimiento de instrucción confiado a un órgano permanente, en este caso el juez de instrucción. No obstante, el apartado d) del párrafo 3 preve que, si el caso requiere una larga investigación, el tribunal podrá nombrar a uno o



varios de sus miembros para que se encarguen de realizarla. Pero esta comisión especial desaparece tan pronto como termine la labor de investigación y, por lo tanto, no tiene carácter permanente.

PROYECTO DE ARTICULO 27 —DEL JUICIO EN REBELDIA

a) *Texto propuesto*

93. El texto del proyecto de artículo 27 propuesto es el siguiente:

**Artículo 27.—Del juicio en rebeldía**

**[Ningún acusado podrá ser juzgado en rebeldía.]**

b) *Comentario*

94. Esta disposición figura entre corchetes. La opinión predominante consiste en no admitir el procedimiento en rebeldía. Sin embargo, esa solución podría paralizar la acción del tribunal. Basta que se vea en la imposibilidad de conseguir que el acusado comparezca.

95. El enjuiciamiento de un acusado en rebeldía se prevé en algunos proyectos de estatuto. Así, por ejemplo, el proyecto de estatuto de tribunal penal internacional elaborado en 1926 por la Asociación de Derecho Internacional<sup>21</sup> había previsto la no comparecencia del acusado (art. 33). En ese caso, el tribunal debía citarlo o dictar una orden de detención contra él y continuar el juicio si tenía pruebas de que el acta de acusación se había notificado. El tribunal debía asegurarse únicamente de que tenía competencia para conocer del asunto.

96. No se debe minimizar el efecto disuasivo de una orden de detención internacional dictada por el tribunal, ya que esa orden entorpecería de manera singular la libertad de movimiento y acción del acusado.

PROYECTO DE ARTICULO 28 —DE LA ENTREGA DEL ACUSADO AL TRIBUNAL

a) *Texto propuesto*

97. El texto del proyecto de artículo 28 propuesto es el siguiente:

**Artículo 28.—De la entrega del acusado al Tribunal**

**1. Los Estados partes deberán poner a disposición del Tribunal, a petición de éste, a toda persona acusada de crímenes que el Tribunal tenga competencia para juzgar.**

**2. Sin embargo, el Estado requerido deberá asegurarse:**

**a) De que no han influido en los cargos motivos de orden político, racial, social, cultural o religioso;**

**b) De que el interesado no goza de inmunidad procesal;**

**c) De que la entrega no sea contraria al principio de la autoridad de la cosa juzgada.**

b) *Comentario*

98. Entre los Estados partes, parece conveniente facilitar las condiciones de entrega de un acusado al tribunal. Sin embargo, en el presente proyecto de artículo se tienen en cuenta los temores expresados en el seno de la Comisión en lo que respecta a la protección necesaria de los derechos del acusado. Por esa razón, el principio enunciado en el párrafo 1 queda atemperado por las disposiciones de los apartados a y b del párrafo 2.

99. Cabe recordar que este procedimiento simplificado no es nuevo. El artículo 5 del proyecto de convención para la creación de un Tribunal Penal Internacional, elaborado por la Asamblea Internacional de Londres en 1943<sup>22</sup>, contiene la disposición siguiente:

La entrega de un acusado a la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional no constituye extradición. A los fines de la presente Convención, el Tribunal Penal Internacional será considerado como una jurisdicción penal común a todas las naciones, y la justicia administrada por este Tribunal no habrá de ser considerada como justicia extranjera.

100. Entre los Estados no partes, o entre un Estado parte y un Estado no parte, será necesario recurrir al procedimiento de extradición.

101. El problema consiste en saber si el tribunal estaría facultado para concertar acuerdos de extradición. Parece que no lo estaría.

102. Una solución consistiría en pedir a todos los Estados miembros que ejerzan el derecho de querrelarse contra una persona residente en un tercer Estado que, en caso de que esta persona no comparezca, obtengan su extradición a su territorio, a fin de entregarla, si procediere, al tribunal.

PROYECTO DE ARTICULO 29 —SOBRESEIMIENTO

a) *Texto propuesto*

103. El texto del proyecto de artículo 29 propuesto es el siguiente:

**Artículo 29.—Sobreseimiento**

**El Tribunal sobreseerá el procedimiento y ordenará la libertad del acusado si la acusación es retirada sin ser renovada inmediatamente por un Estado facultado para incoarla.**

b) *Comentario*

104. En el derecho interno de algunos países, el hecho de que se retire una acusación no supone de manera automática el sobreseimiento del caso. Es preciso que el ministerio público, que es el guardián del orden público, consienta en sobreseer el procedimiento.

105. No obstante, en el caso previsto en este artículo, el hecho de que no exista un ministerio público encargado

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Naciones Unidas, *Historique* (vease nota 15 supra)

de velar por el orden público internacional justifica que la retirada de la acusación entrañe el sobreseimiento del caso

PROYECTO DE ARTICULO 30—PRISION PREVENTIVA

*Texto propuesto*

106 El texto del proyecto de artículo 30 propuesto es el siguiente

**Artículo 30.—Prisión preventiva**

1. El Tribunal decidirá si las personas que han sido puestas a su disposición deben ser o continuar detenidas. Cuando sea necesario, podrá determinar las condiciones en que podrán ser puestas en libertad provisional.

2. Para ejecutar la detención, el Estado en cuyo territorio se reúna el Tribunal pondrá a disposición de éste un local de reclusión apropiado y, si procediere, el personal necesario para la custodia del recluso.

PROYECTO DE ARTICULO 31—DEL PROCESO

*Texto propuesto*

107 El texto del proyecto de artículo 31 propuesto es el siguiente

**Artículo 31.—Del proceso**

**El proceso será público a menos que, debido al carácter de la acusación o de las pruebas, el Tribunal decida otra cosa.**

PROYECTO DE ARTICULO 32—DEL ACTA DEL PROCESO

*Texto propuesto*

108 El texto del proyecto de artículo 32 propuesto es el siguiente

**Artículo 32.—Del acta del proceso**

1. El acta será firmada por el Presidente o, si procediere, por el Vicepresidente o por el magistrado que haya presidido la vista.

2. El acta debe contener el enunciado sucinto de los aspectos importantes del proceso y constituirá la única prueba de que se han observado los procedimientos prescritos.

PROYECTO DE ARTICULO 33—LA SENTENCIA

a) *Texto propuesto*

109 El texto del proyecto de artículo 33 propuesto es el siguiente

**Artículo 33.—La sentencia**

1. Una vez que la acusación y la defensa hayan presentado sus argumentos y completado sus alegatos, el Presidente declarará terminada la vista.

2. El Tribunal podrá dictar sentencia inmediatamente, retirarse para deliberar o fijar otra fecha para la dictación del fallo.

3. Las deliberaciones del Tribunal serán secretas y los magistrados estarán obligados a mantener el secreto de sus deliberaciones.

4. Las decisiones del Tribunal se adoptarán por mayoría de los magistrados que hayan participado en la instancia y se considerará que representan la opinión de todo el Tribunal.

5. Toda sentencia del Tribunal será fundada, y el Presidente la leerá en audiencia pública. Figurarán en la sentencia sólo los fundamentos que hayan determinado la decisión de la mayoría. Ninguna opinión disidente o individual se dará a conocer ni se divulgará en forma alguna.

b) *Comentario*

110 El párrafo 5 merece explicación. Dadas la fuerza y la autoridad que se asignan a las decisiones en materia penal, no parece conveniente dejar constancia de las opiniones individuales o disidentes. Debilitan la autoridad atribuida a tales decisiones, en circunstancias que pueden estar cargadas de consecuencias en la medida en que pueden afectar gravemente la libertad individual de las personas condenadas

PROYECTO DE ARTICULO 34—LAS PENAS

a) *Texto propuesto*

111 El texto del proyecto de artículo 34 propuesto es el siguiente

**Artículo 34.—Las penas**

**En tanto se adopta un código en que se determinen las penas aplicables, el Tribunal aplicará las penas previstas por la ley penal, ya sea:**

a) Del Estado del que sea nacional el autor del crimen;

b) Del Estado que haya presentado la denuncia;

c) Del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

[Sin embargo, no será aplicable la pena de muerte.]

b) *Comentario*

112 Según el principio *nulla poena sine lege*, las penas infligidas a un individuo culpable han de haberse previsto antes de la comisión de los hechos de los cuales haya sido acusado. En la situación actual, la ausencia de un código penal internacional obliga a remitirse ya sea a la ley del Estado del autor del crimen, a la ley del Estado que haya

presentado la denuncia o a la ley del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

113. Corresponderá a la Comisión escoger entre esas tres opciones. El Relator Especial sería partidario de escoger la ley del Estado del autor, que es la que se presume que conoce. Sin embargo, el principio de la territorialidad es el principio de derecho común en materia penal.

#### PROYECTO DE ARTÍCULO 35.—LOS RECURSOS

##### a) *Texto propuesto*

114. El texto del proyecto de artículo 35 propuesto es el siguiente:

##### *Artículo 35.—Los recursos*

#### VERSIÓN A

1. **Contra las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal sólo cabrá el recurso de revisión. La revisión procederá en caso de descubrirse un hecho que por su naturaleza hubiera podido ejercer influencia decisiva y que, antes de dictarse el fallo, hubiera sido desconocido por el Tribunal y por la parte que solicite la revisión, si no cabe imputarle ese desconocimiento.**

2. **El Tribunal que haya dictado el fallo conocerá de la revisión.**

#### VERSIÓN B

1. **Procederán los recursos de apelación y revisión.**

2. **La revisión procederá en caso de descubrirse un hecho que por su naturaleza hubiera podido ejercer influencia decisiva y que, antes de dictarse el fallo, hubiera sido desconocido por el Tribunal y por la parte que solicite la revisión, si no cabe imputarle ese desconocimiento.**

3. **Conocerá de la apelación una sala especial del Tribunal, compuesta por magistrados que no hayan participado en la decisión impugnada.**

4. **El Tribunal que haya dictado el fallo conocerá de la revisión.**

##### b) *Comentario*

115. De los dos recursos previstos en el presente proyecto de artículo sólo la revisión cuenta con el acuerdo amplio de los miembros de la Comisión.

116. La opinión de la Comisión está dividida en cuanto a la apelación. Algunos miembros piensan que las decisiones de la más alta instancia penal no deberían estar sometidas a una apelación. Otros, por el contrario, piensan que el respeto de los derechos humanos exige que proceda la apelación contra toda decisión judicial en

materia penal. Por ese motivo se han presentado las versiones A y B.

117. En cuanto a la revisión, cabe observar que no siempre se ha admitido este procedimiento. De esta manera, según el artículo 26 del estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg:

El veredicto del Tribunal acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado [...] será definitivo e inapelable<sup>23</sup>.

118. Una disposición de ese tipo sólo puede explicarse en razón de las circunstancias, ya que es absolutamente excepcional. La consecuencia de ese texto es que la pena de muerte no sería susceptible de revisión en el caso en que se descubriera un error judicial. Para evitar una consecuencia de ese tipo, debería admitirse en el proyecto el procedimiento de revisión.

#### PROYECTO DE ARTÍCULO 36.—EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

##### a) *Texto propuesto*

119. El texto del proyecto de artículo 36 propuesto es el siguiente:

##### *Artículo 36.—El cumplimiento de la pena*

#### VERSIÓN A

**Las penas privativas de libertad se cumplirán en el territorio del Estado en que tenga su sede el Tribunal, el que suministrará un lugar de reclusión apropiado y el personal de prisiones necesario.**

#### VERSIÓN B

**Las penas privativas de libertad se cumplirán en el territorio del Estado parte que designe el Tribunal, con el consentimiento de ese Estado. El Estado denunciante no podrá negar su consentimiento. Sin embargo, el Estado denunciante se encargará del cumplimiento de esa pena, si expresa el deseo de hacerlo.**

#### VERSIÓN C

**Las penas privativas de libertad se cumplirán en el territorio del Estado designado por el Tribunal con su consentimiento. Sin embargo, no se podrá designar al Estado del que sea nacional el condenado.**

##### b) *Comentario*

120. Es necesario determinar el lugar en que se detendrá a los condenados. A falta de disposición al respecto, toda condena sería una decisión sin alcance práctico.

<sup>23</sup> Véase nota 9 *supra*.

121. La solución que escoge el lugar en que tenga su sede el Tribunal parece la más apropiada. Ofrece igualdad de trato a todos los detenidos. Sin embargo, se propusieron también las otras soluciones en los proyectos de estatuto.

PROYECTO DE ARTÍCULO 37 —EL INDULTO Y LA LIBERTAD  
CONDICIONAL

a) *Texto propuesto*

122. El texto del proyecto de artículo 37 propuesto es el siguiente:

*Artículo 37.—El indulto y la libertad condicional*

**El Estado encargado del cumplimiento de la pena podrá conceder el indulto y la libertad condicional, tras celebrar deliberaciones con los demás Estados interesados.**

b) *Comentario*

123. Por «Estado interesado» se entenderá el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen, el Estado víctima o el Estado cuyos nacionales hayan sido víctimas del crimen.

DOCUMENTO A/CN.4/452 y Add.1 a 3

**Observaciones de los gobiernos en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional**

[Original: español, inglés y ruso]  
[10 y 25 de mayo, 20 de julio y 7 de septiembre de 1993]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe	141
INTRODUCCION	142
OBSERVACIONES RECIBIDAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS	
Australia	143
Belarus	150
Bulgaria	152
Dinamarca*	153
España	153
Estados Unidos de America	154
Finlandia*	157
Islandia*	157
Italia	157
Mexico	158
Noruega*	160
Panama	160
Países nórdicos	160
Suecia*	161

\* La respuesta conjunta de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia se reproduce bajo el epígrafe **Países nórdicos**.

**Instrumentos multilaterales citados en el presente informe**

*Fuente*

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol 78, pag 296
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Comité Internacional de la Cruz Roja, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , Ginebra, 1986, pags 25 y ss
y Protocolos adicionales I y II (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol 1125, pags 642 y ss
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibid, vol 213, pag 221 En español, vease España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N° 243, 10 de octubre de 1979

## Fuente

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol 999, pag 241
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibid, vol 860, pag 123
Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	Ibid, vol 1015, pag 266
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibid, vol 1035, pag 191
Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Ibid, vol 1316, pag 238
Convención sobre Conciliación y Arbitraje dentro de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa	RGDIP, vol XCVII, 1993, pag 213

---

## Introducción

1. En su cuadragésimo séptimo período de sesiones, celebrado en 1992, la Asamblea General aprobó la resolución 47/33 relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones.

2. Los párrafos 4, 5 y 6 de la resolución decían lo siguiente:

[La Asamblea General.]

4. *Toma nota con reconocimiento* del capítulo II del Informe de la Comisión de Derecho Internacional titulado «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» dedicado a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional,

5. *Invita* a los Estados a que presenten al Secretario General, si es posible antes del 45.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, sus observaciones por escrito respecto del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional<sup>1</sup>,

6. *Pide* a la Comisión de Derecho Internacional que prosiga su labor sobre esta cuestión mediante la puesta en práctica, con carácter prioritario, de la propuesta relativa a la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, a partir de su siguiente período de sesiones, comenzando por examinar las cuestiones indicadas en el informe del Grupo de Trabajo y en los debates celebrados en

la Sexta Comisión con miras a redactar un estatuto sobre la base del informe del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como cualesquiera observaciones escritas recibidas de los Estados, y que presente un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones

3. En cumplimiento del pedido formulado por la Asamblea General en el párrafo 5 de la mencionada resolución, el Secretario General envió una carta circular a los gobiernos con fecha 1.º de diciembre de 1992, en la cual los invitaba a presentar sus observaciones por escrito, en lo posible antes de celebrarse el 45.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

4. Hasta el 23 de julio de 1993, el Secretario General había recibido las respuestas de ocho Estados Miembros; se recibió una novena respuesta después del cierre del período de sesiones. El texto de las observaciones figura en el presente documento<sup>2, \*\*</sup>

<sup>2</sup> Pueden también hallarse referencias a la cuestión de una jurisdicción penal internacional en los comentarios y las observaciones presentados por los Gobiernos acerca del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en primera lectura por la Comisión en su 43.º período de sesiones [véase documento A/CN.4/488 y Add 1 (reproducido en el presente volumen)]

\*\* Los párrafos del informe del Grupo de Trabajo comentados por los Estados Miembros figuran entre parentesis

<sup>1</sup> *Anuario 1992*, vol II (segunda parte), documento A/47/10, anexo

## Observaciones recibidas de los Estados Miembros

### Australia

[Original inglés]  
[3 de mayo de 1993]

1. Australia apoyó el otorgamiento de un mandato a la CDI a fin de que preparase un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional. Australia espera que sus observaciones ayuden a la CDI en el cumplimiento de su tarea. Australia se reserva sin embargo su posición acerca del proyecto de estatuto que en última instancia prepare la CDI. La estructura de los comentarios que figuran a continuación sigue estrictamente la del informe del Grupo de Trabajo.

#### OBSERVACIONES GENERALES

2. En su intervención durante el debate celebrado acerca de la cuestión en la Sexta Comisión, el 28 de octubre de 1992, Australia evaluó el enfoque general adoptado por el Grupo de Trabajo y señaló la importancia de los siguientes elementos de ese enfoque:

a) La distinción entre el estatuto del tribunal penal internacional y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad;

b) La limitación de la jurisdicción del tribunal penal internacional, por lo menos en la primera etapa de su funcionamiento, a los particulares, en contraposición a los Estados;

c) El establecimiento de una jurisdicción esencialmente voluntaria del tribunal, que sería concurrente con la de los tribunales nacionales; y

d) El establecimiento del tribunal, por lo menos en la primera etapa de su funcionamiento, como institución a la que se recurriría en caso de necesidad, y no como órgano permanente y de tiempo completo<sup>1</sup>.

3. Australia desea subrayar la importancia de dichos elementos y pide a la CDI que los pondere de la manera adecuada en la labor que realice sobre el proyecto de estatuto.

#### OBSERVACIONES SOBRE ASPECTOS CONCRETOS

##### 1. Cuestiones de estructura y de competencia

###### a) *El método de creación del tribunal*

4. Australia coincide con la conclusión del Grupo de Trabajo (párr. 45), en el sentido de que un tribunal penal internacional debe tener su propio estatuto, el cual debe revestir la forma de tratado.

###### b) *La composición del tribunal*

<sup>1</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión, párrs 30 a 38, en especial párr 31

5. Australia ha señalado ya la importancia de la opinión del Grupo de Trabajo (párr. 46) de que el tribunal, por lo menos en la primera etapa de su funcionamiento, no debería ser un órgano de plena dedicación sino constituirse en cada ocasión en que fuese necesario que celebrara sesiones. Tal posición refleja el entendimiento de que el tribunal tendría ante sí un número limitado de casos, por lo menos en sus primeros años de funcionamiento, y de los gastos en que se incurriría al establecer y mantener un tribunal de plena dedicación con un cuerpo completo de jueces y una estructura administrativa de apoyo. El volumen de casos en los que el tribunal debería entender también quedaría evidentemente más limitado si ejerciera la jurisdicción en forma concurrente con los tribunales nacionales en lugar de ejercer la jurisdicción en forma exclusiva.

6. El Grupo de Trabajo opina correctamente que los jueces del tribunal deben ser independientes e imparciales y tener la competencia y experiencia apropiadas (párr. 48). En el Artículo 2 del Estatuto de la CIJ se establecen requisitos análogos respecto de los magistrados que la integren. Debería establecerse también el requisito, semejante al establecido en el Artículo 9 de ese Estatuto, de que los jueces a quienes se elija para integrar el tribunal representen a «los principales sistemas jurídicos del mundo».

7. El Grupo de Trabajo sugiere (párrs. 50 y 51) un posible mecanismo para la designación de los jueces que hayan de integrar el tribunal y para la constitución de éste cuando se requiera. Aunque ese mecanismo tiene ciertos méritos, la CDI debe examinar minuciosamente otros mecanismos posibles para asegurarse de que se han tenido cabalmente en cuenta todas las cuestiones pertinentes. El mecanismo que se establezca no debe ser complicado, sino tener una estructura simple que dé garantías de que se designará a jueces competentes y se convocará en forma expedita a un grupo de jueces calificados para entender en un caso determinado.

###### c) *Las modalidades de aceptación de la jurisdicción del tribunal por los Estados*

8. El Grupo de Trabajo reitera (párr. 52) que el tribunal no debería tener jurisdicción obligatoria. Australia ha destacado la importancia de dicha opinión. El establecimiento de la jurisdicción voluntaria del tribunal exigiría crear un mecanismo en virtud del cual los Estados pudieran aceptar su jurisdicción. Como subraya el Grupo de Trabajo, el Estado que pasara a ser parte en el estatuto aceptaría «ciertas obligaciones administrativas». La aceptación por parte de un Estado de la jurisdicción del tribunal se llevaría a cabo en virtud de un acto jurídico independiente. Como señala el Grupo de Trabajo, dicho acto sería análogo a la aceptación de la cláusula facultativa del Estatuto de la CIJ.

9. Cualquier mecanismo que se estableciera para aceptar la jurisdicción del tribunal debería dar flexibilidad a los Estados para establecer las condiciones en que aceptarían dicha jurisdicción. En el informe se sugieren (párr. 54) diversas maneras de abordar la cuestión. Al

redactar las disposiciones del estatuto relativas a la jurisdicción, la CDI debería definir con precisión las condiciones bajo las cuales un Estado puede aceptar la jurisdicción del tribunal. Sería necesario que esas disposiciones incluyeran una lista de transgresiones penales concretas respecto de las cuales un Estado podría aceptar la jurisdicción del tribunal. La CDI deberá también tener presente que muchos Estados deberán sin duda conciliar las disposiciones de sus respectivas constituciones nacionales con la aceptación de la jurisdicción del tribunal. Dichas disposiciones pueden abarcar la naturaleza del juicio, el procedimiento en sí y las garantías procesales.

10. El Grupo de Trabajo examina (párr. 56) la cuestión de si los Estados que no sean partes en el estatuto pueden tener acceso al tribunal. El Grupo de Trabajo se inclina por dar a los Estados que no sean parte en el estatuto la posibilidad de aceptar la jurisdicción del tribunal en casos concretos. Australia considera que debe promoverse dicho criterio, ya que él ampliaría la aceptación del tribunal. En el Artículo 35 del Estatuto de la CIJ se establece que la Corte estará abierta, en forma condicional, a los Estados que no sean partes en el Estatuto. Sería necesario imponer a los Estados que no fuesen partes en el estatuto del tribunal condiciones apropiadas, análogas a las sugeridas por el Grupo de Trabajo.

d) *La competencia objetiva del tribunal*

11. En su intervención durante el debate realizado acerca de la cuestión en la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, Australia señaló que en general apoyaba el enfoque del Grupo de Trabajo en relación con la jurisdicción objetiva del tribunal. Australia sigue apoyando ese enfoque básico, con arreglo al cual la competencia del tribunal se basaría en determinados tratados internacionales por los que se definen crímenes de carácter internacional (párr. 57), entre ellos el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, una vez que sea aprobado y entre en vigor. Evidentemente, no se reproducirían en forma íntegra los propios tratados en el estatuto: se trataría de seleccionar los crímenes pertinentes definidos por los tratados y respecto de los cuales el tribunal tendría competencia. Sería necesario definirlos muy cuidadosamente.

12. Sin embargo, el establecimiento de esa competencia no está exento de dificultades. Los tratados vigentes, aparte de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (en especial su artículo VI), que constituiría la base de la competencia, no se refieren en absoluto a la posibilidad de dar a los Estados partes la facultad de presentar casos ante un tribunal del tipo del que se examina. Sería necesario hallar un mecanismo que resolviera la cuestión.

13. Cuando un Estado sea parte en el estatuto pero no sea parte en todos los tratados que constituyen la base de la competencia del tribunal se suscitara una nueva dificultad. Ella se resolvería si se diera a los Estados flexibilidad suficiente para aceptar la competencia del tribunal sólo respecto de aquellos tratados de los cuales fueran partes. La misma dificultad se plantea al abordar la cuestión de si los Estados que no han aceptado la competencia del tribunal respecto de transgresiones penales contem-

pladas en tratados de los cuales no sean parte, podrían presentar demandas relativas a la configuración de esas transgresiones.

14. Al examinar la forma en que han de tratarse las transgresiones penales en el estatuto también es necesario tener en cuenta la relación entre los tratados vigentes y el proyecto de código de crímenes. Australia señaló, en las observaciones que presentó acerca del proyecto de código<sup>2</sup> que, con su redacción actual, éste se superpone a las definiciones de transgresiones penales ya contempladas en los tratados vigentes y las duplica. Más concretamente, en varios casos, el código omite elementos de una transgresión penal ya definida o reduce su ámbito. Si quedaran sin resolverse las diferencias de fondo entre el código y los tratados vigentes, la competencia objetiva del tribunal no funcionaría de la manera adecuada. La cuestión general de la definición de las transgresiones penales en el estatuto se aborda en los párrafos 30 y siguientes *infra*.

15. El Grupo de Trabajo (párr. 58) observa que respecto de ciertos tratados tal vez sea necesario limitar la lista de transgresiones penales sometidas a la competencia objetiva del tribunal, a fin de evitar que éste se vea sobrecargado con casos de menor gravedad. El ejemplo que se da se refiere a los delitos previstos en las convenciones que se ocupan del tráfico ilícito de estupefacientes. Al abordar la cuestión en su intervención en el debate de la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, Australia sugirió que se diese al tribunal la discrecionalidad y flexibilidad suficientes para determinar si ha de entender en un caso determinado. La cuestión se plantearía también cuando un Estado haya optado por aceptar la competencia del tribunal respecto de transgresiones determinadas. Al haber aceptado la jurisdicción del tribunal de esa manera, el Estado querría sin duda cerciorarse de que tiene acceso al tribunal para que se enjuicie a las personas que supuestamente han cometido transgresiones de esa índole. A fin de proporcionar esa certeza, sería necesario que en las transgresiones enumeradas en el estatuto se especificara claramente la gravedad que revisten (lo cual justificaría incluirlas en la competencia del tribunal).

16. Australia acepta la opinión del Grupo de Trabajo (párr. 59) según la cual, en la primera fase de la creación de un tribunal, su jurisdicción debería limitarse a las transgresiones penales definidas por los tratados en vigor y no extenderse a las transgresiones del derecho internacional general que no se hayan incorporado o definido en los tratados en vigor.

e) *La competencia del tribunal respecto de las personas*

17. El establecimiento de la competencia del tribunal respecto de las personas es una tarea compleja, como reconoce el Grupo de Trabajo en su informe. Se trata de un asunto que requiere un minucioso examen.

18. Uno de los obstáculos iniciales lo constituyen las diferentes bases para atribuir la competencia respecto de las personas que existen en los regímenes de derecho

<sup>2</sup> Reproducidas en el documento A/CN.4/448 y Add.1 (véase pág. 70 de este volumen).



penal interno de los Estados. Sin duda, los Estados que tengan la intención de pasar a ser partes en el estatuto desearán conciliar en la mayor medida posible la competencia del tribunal respecto de las personas con la competencia equivalente en su derecho penal interno.

19. Otro obstáculo que es necesario superar es la definición de la relación entre la competencia de un tribunal respecto de las personas y la competencia otorgada a los Estados que son partes en los tratados vigentes para encausar a las personas que han cometido transgresiones contempladas en esos tratados. Es este otro de los aspectos de la tarea más amplia de establecer la relación entre el estatuto y los tratados vigentes.

20. Australia observa que el concepto de «jurisdicción cedida», que se propone en el informe del Grupo de Trabajo (párr. 64), ofrece apenas una solución parcial a los conflictos que pudieran plantearse entre la jurisdicción de un Estado en virtud de un tratado vigente y su aceptación de la jurisdicción del tribunal. Como señala el Grupo de Trabajo, el sistema de la «jurisdicción cedida» carecería de eficacia cuando un gran número de Estados pudieran reclamar jurisdicción en virtud de un tratado que estableciera la jurisdicción universal respecto de un delito determinado. Dicho caso se complicaría aún más cuando algunos de los Estados que reclamasen jurisdicción no fueran partes en el estatuto del tribunal. Dichos Estados podrían muy bien considerar que un tercer Estado que ha «cedido» la jurisdicción a un tribunal penal internacional, en vez de entregar al infractor a uno de ellos para ser enjuiciado, ha violado las obligaciones que en virtud del tratado tiene para con ellos.

21. El Grupo de Trabajo examina la posición del Estado de la nacionalidad en relación con la competencia del tribunal respecto de las personas (párr. 66). Australia no considera como cuestión de principio que el Estado de la nacionalidad deba necesariamente prestar su consentimiento en todos los casos antes de que el tribunal pueda ejercer su competencia en un caso determinado. Australia estima que debe tenerse en cuenta la propuesta alternativa presentada por el Grupo de Trabajo según la cual el Estado de la nacionalidad sólo pueda impedir que el tribunal ejerza la jurisdicción cuando ese mismo Estado esté dispuesto a perseguir penalmente al imputado ante sus propios tribunales. Dicho criterio presupone que el Estado de la nacionalidad pueda perseguir penalmente al acusado en virtud de su derecho interno. Cuando ello no sea así, no debe permitirse al Estado de la nacionalidad que impida que el acusado sea enjuiciado en un tribunal internacional.

22. Al determinar la posición del Estado de la nacionalidad, la CDI deberá ponderar cuidadosamente el trato que deba darse a las personas con doble nacionalidad. Es posible que se planteen conflictos en cuanto al trato de una persona con doble nacionalidad entre el Estado de residencia, que ha otorgado la ciudadanía a esa persona, y el Estado, de su residencia anterior, el cual considera todavía que la persona tiene ciudadanía suya. También podría plantearse el caso de una persona que ha nacido en un Estado, y por consiguiente ha adquirido la ciudadanía de éste, pero que en razón de la ciudadanía de sus padres o abuelos sea considerado también por otro Estado como

ciudadano suyo. Sería necesario determinar en tales casos los derechos de los respectivos Estados.

23. Australia estima que hallar una solución a los problemas que ha puesto de relieve el Grupo de Trabajo en su examen de la competencia del tribunal respecto de las personas es uno de los mayores desafíos que plantea la redacción del estatuto. Cualquiera que sea la solución que se adopte, será necesario permitir a las partes en el estatuto que tomen en cuenta las reclamaciones de otros Estados respecto de la competencia.

f) *Las relaciones entre el tribunal y el código de crímenes*

24. Australia está de acuerdo en que el estatuto del tribunal y el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sean instrumentos distintos. En el informe del Grupo de Trabajo se argumenta de manera muy convincente en favor de dicho criterio.

g) *Posibles disposiciones sobre la administración interna del tribunal*

25. Las disposiciones sobre la administración interna del tribunal estarán dictadas por su estructura, el lugar en el que se reúna y su volumen de trabajo. Si, como se ha sugerido, el tribunal no ha de constituirse como órgano de carácter permanente, por lo menos en la primera etapa de su funcionamiento, la carga administrativa se verá reducida, lo cual a su vez requerirá un nivel menor de personal y de recursos del que sería necesario para prestar servicios a un órgano permanente.

26. El Grupo de Trabajo se refiere brevemente a la cuestión de dónde ha de reunirse el tribunal (párr. 78) y opina que, cuando ello sea posible, este último debería reunirse en el Estado en el que se haya cometido la infracción. Australia observa que si la creación del tribunal responde a la intención de proporcionar a los Estados partes en el estatuto un foro en el que puedan ventilarse los casos rápidamente—con una atención mínima—para evitar así los problemas que posiblemente planteen los juicios, quizás dichos Estados no se avengan a que el tribunal se reúna en su territorio.

27. El Grupo de Trabajo ha esbozado algunas de las cuestiones principales que se suscitarían en relación con la administración interna del tribunal. La mayor parte de dichas cuestiones no requieren un examen detallado en el momento actual. No obstante, debería prestarse cierta atención a la naturaleza de las relaciones del tribunal con las Naciones Unidas.

2. *Un mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional distinto de un tribunal*

28. Australia toma nota de la valiosa exposición de argumentos favorables a la creación de ese mecanismo que figura en el informe del Grupo de Trabajo (párrs. 81 a 95). Pese a ello, Australia coincide con la opinión de la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo, con arreglo a la cual tales mecanismos alternativos no disipan las principales preocupaciones que subyacen a las demandas de que se establezca una jurisdicción penal internacional.

3. El derecho aplicable, las penas y las garantías procesales

29. Cuando se examinen el derecho aplicable y las garantías procesales, será necesario velar por garantizar que las disposiciones que se incorporen en el estatuto estén en consonancia con los principios pertinentes de los instrumentos de derechos humanos y con las normas de las Naciones Unidas en la esfera de la justicia penal.

a) *El derecho aplicable*

i) La definición de los crímenes

30. Algunos aspectos relativos a la cuestión de la competencia objetiva del tribunal han sido tratados en los párrafos 11 a 16 *supra*.

31. Como observa el Grupo de Trabajo (párr. 101), el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (denominado en adelante «Pacto») consagra el principio *nullum crimen sine lege*. Dicho artículo estipula que:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional

La exigencia de certeza y claridad jurídicas en la definición de los delitos, que debe incluir las excepciones y las penas, es fundamental para establecer normas legítimas en materia penal. Australia apoya el compromiso asumido por el Grupo de Trabajo de defender ese principio fundamental del derecho penal.

32. El Grupo de Trabajo argumenta (párr. 101) que a fin de cumplir con los requisitos del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto la competencia del tribunal penal internacional debería limitarse a los crímenes de carácter internacional que ya estén específicamente definidos por tratados en vigor. En el párrafo 11 *supra* se reiteró el apoyo de Australia a ese criterio básico. Es fundamental que se definan cuidadosamente los elementos de los crímenes seleccionados a fin de que se obligue al fiscal a probar que la conducta de una persona acusada incluye todos los elementos de un delito determinado.

33. Australia considera que, si han de incluirse en la competencia del tribunal los crímenes internacionales previstos en las convenciones y los convenios multilaterales vigentes, será necesario abordar las siguientes cuestiones:

a) La definición inadecuada de los delitos internacionales en las convenciones y los convenios vigentes (incluidas la falta de referencia a las excepciones, las causas de justificación y las penas);

b) Las relaciones entre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y las convenciones y los convenios existentes;

c) La tipología de los delitos, es decir la determinación de cuáles de ellos son los más graves y, por consiguiente, cuáles son los que deben incluirse en la competencia del tribunal;

d) La forma en que el estatuto debería conferir jurisdicción respecto de aquellos delitos graves que tengan carácter internacional.

a. Especificidad

34. Aunque las convenciones y los convenios internacionales vigentes constituyen la fuente más confiable del derecho internacional, que permite delinear normas penales concretas, los tratados vigentes crean delitos de maneras diversas.

35. En algunas convenciones o convenios se prohíbe una conducta determinada y se impone a los Estados la obligación de considerar tal conducta como delito y penarla a nivel nacional; en otros se hace una referencia más general a una cuestión de interés internacional y se establecen obligaciones de adoptar las medidas que los respectivos Estados consideren apropiadas; y en otros simplemente se impone el deber de penar a un supuesto delincuente o de conceder su extradición, o bien de cooperar en el enjuiciamiento de quien haya cometido un acto determinado y la imposición de la pena correspondiente.

36. Será necesario examinar la forma en que ciertos delitos que constituyen un crimen grave de carácter internacional han de deducirse de la amplia variedad de normas penales creadas por las convenciones y los convenios vigentes. Será necesario precisar también los elementos de los criterios con arreglo a los cuales una conducta determinada, definida en las convenciones o los convenios vigentes, ha de incluirse en la jurisdicción del tribunal.

37. En general, en Australia la práctica, tanto a nivel federal como estatal, es precisar concretamente en la ley los elementos que configuran un delito, así como las excepciones, las causas de justificación y las penas. Australia opina que, aunque es posible recurrir a las convenciones o los convenios vigentes en los cuales se establecen normas penales, la vaguedad que caracteriza a algunas de esas disposiciones encierra dificultades potenciales para satisfacer los requisitos del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto.

b. Relaciones entre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y los convenios y las convenciones multilaterales vigentes

38. Como se señaló en el párrafo 14 *supra*, Australia expresó su preocupación, en las observaciones que presentó acerca del proyecto del código de crímenes, de que éste se superpone a las definiciones de transgresiones penales ya contempladas en otras convenciones y convenios multilaterales, y que las duplica, a la vez que en algunos casos omite elementos de un delito ya definido o reduce su ámbito.

39. Si la base de la jurisdicción del tribunal ha de derivarse de convenciones o convenios multilaterales distintos del código, será necesario aclarar la relación entre dichas convenciones o convenios y el código.

c. Tipología de los delitos

40. Australia está de acuerdo con la recomendación del Grupo de Trabajo de que el tribunal penal internacional se limite a juzgar aquellos delitos que tengan auténtico carácter internacional; sin embargo, se plantea la cuestión de establecer los criterios que habrán de utilizarse para

determinar qué delitos serán considerados: a) auténticamente internacionales; y b) lo suficientemente graves para justificar que se los incluya en la jurisdicción del tribunal.

41. ¿Es suficiente para incluir un delito en la jurisdicción del tribunal el calificarlo de «auténticamente internacional»? ¿Debe la jurisdicción depender en última instancia de la gravedad del delito cometido? Algunos crímenes, como el terrorismo por ejemplo, deben considerarse intrínsecamente graves. Australia opina que es necesario aclarar dichas interrogantes a fin de garantizar que se apliquen criterios objetivos para determinar qué delitos deberán incluirse en la jurisdicción del tribunal.

42. Australia observa asimismo que hay variaciones entre los tratados que establecen crímenes internacionales en cuanto a su definición. Esas variaciones pueden hacer que sea difícil atribuir una gravedad determinada a un delito sobre la base de la forma en que esa conducta ha sido definida en un instrumento dado.

#### d. Disposiciones que otorgan jurisdicción

43. La cuestión de la especificidad se superpone a la cuestión de la forma en que el estatuto ha de otorgar jurisdicción al tribunal. Será necesario incluir en el estatuto una o varias disposiciones que otorguen jurisdicción sobre los crímenes internacionales. Tal disposición o disposiciones serán de capital importancia para garantizar que el estatuto satisfaga los requisitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto.

#### ii) Las reglas generales del derecho penal

44. El Grupo de Trabajo observa (párr. 103) que la mayor parte de los tratados no se refieren a las excepciones ni a las circunstancias atenuantes y que no se han desarrollado normas de derecho penal internacional acerca de esas cuestiones. El Grupo de Trabajo sugiere (párr. 104) que el tribunal se remita al derecho interno. Sin embargo, como hace notar el Grupo de Trabajo, el derecho interno no constituye en principio más que una cuestión de hecho para el derecho internacional. Se exploran dos alternativas para solucionar el problema. La primera consiste en hacer referencia directa al derecho interno aplicable, cuando proceda. La segunda consiste en exigir el doble carácter delictivo (en razón de la residencia o del lugar donde se ha perpetrado el acto) y en hacer con ello una referencia indirecta al derecho interno.

45. Australia reconoce que el Grupo de Trabajo se preocupó fundamentalmente de precisar las fuentes del derecho aplicables. Si el tribunal ha de tener una jurisdicción concurrente con la de los tribunales nacionales (y no exclusiva), hay una cierta base lógica para llenar las lagunas del derecho penal internacional recurriendo al derecho interno. No obstante, Australia considera que en definitiva ese criterio llevará inevitablemente a que se produzcan incongruencias en el trato de los diferentes casos y con ello creará más problemas de los que pueda resolver. Las excepciones y las circunstancias atenuantes que puedan oponerse dependerán de la nacionalidad o del lugar en que se haya perpetrado el delito. Tal incongruencia no es conveniente y puede menoscabar la legitimidad del tribunal. La aplicación del derecho interno del país que corresponda en cada caso impondría también una

pesada carga a los jueces del tribunal, a quienes no podría exigirse que conocieran en forma detallada el derecho de los distintos países.

#### iii) Procedimiento aplicable

46. Australia coincide con la opinión del Grupo de Trabajo (párr. 108) de que el estatuto del tribunal, o las normas que se promulguen con arreglo al mismo, deberían especificar con el mayor detalle posible las normas procesales aplicables a los juicios. El Grupo de Trabajo señala asimismo que quizás sea necesario que el tribunal regule su propio procedimiento en aquellos casos que no estén previstos en el estatuto o en las mencionadas normas, recurriendo para ello a los principios que sean comunes a los códigos de procedimiento de los Estados partes.

47. Aunque Australia reconoce que el principio *nullum crimen sine lege* no impide que se siga ese criterio porque dicho principio se refiere al derecho penal sustantivo y no al procesal, la aplicación de normas procesales diferentes plantea una vez más el problema de las incongruencias.

48. A fin de superar el problema de las posibles incongruencias, sería necesario aplicar un conjunto unificado de normas, cualquiera que fuese la nacionalidad del imputado. Las cuestiones relativas al procedimiento y, en particular, las normas en materia de prueba, no son meramente cuestiones técnicas sino que, como señaló la delegación del Reino Unido ante la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General<sup>3</sup>, son fundamentales para garantizar un juicio imparcial. Tales cuestiones varían de un ordenamiento jurídico a otro y a juicio de Australia requieren un análisis detallado.

#### b) Penas que podrán imponerse

49. Australia observa que en muy pocos convenios o convenciones se definen las penas. El Grupo de Trabajo advirtió (párr. 110) que, si no se incluye en el estatuto una disposición relativa a las penas, el tribunal tendrá que basar las sentencias en el derecho interno o quizás en «principios comunes a todas las naciones». Como se ha expresado en el párrafo 31 *supra*, Australia considera que el punto de partida para examinar la cuestión de las penas debe ser el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, en el cual se consagra el principio *nulla poena sine lege*. Ello requiere certeza y claridad en las disposiciones relativas a las penas. Australia comparte la opinión del Grupo de Trabajo de que la remisión al derecho interno o a los principios comunes a todas las naciones quizás no satisfaga los requisitos de claridad y certeza. Por consiguiente, parecería necesario elaborar disposiciones relativas a las penas a fin de incorporarlas en el estatuto.

50. El Grupo de Trabajo recomendó que se incluyera en el estatuto una disposición supletoria relativa a las penas que pudiera utilizarse en aquellos casos en que el respectivo tratado no estableciera ninguna pena concreta o en aquellos en que la pena establecida escapara a la jurisdicción del tribunal internacional. Australia opina también que la inclusión de una disposición supletoria relativa a

<sup>3</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión.

las penas que no sea suficientemente detallada no resolverá necesariamente el problema ni cumplirá con la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. Si, en cambio, el estatuto incluye disposiciones relativas a las penas, no será necesaria ninguna disposición supletoria.

c) *Garantías procesales*

51. El Grupo de Trabajo hace referencia (párr. 111) al artículo 14 del Pacto como norma básica vigente del derecho internacional en materia de garantías procesales, sin ninguna otra precisión. No obstante, Australia considera que es necesario examinar una serie de cuestiones al respecto.

i) *Revisión/apelación*

52. En el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto se prevé que:

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Ello sugiere que en el estatuto del tribunal sería necesario incluir una disposición relativa al derecho a someter el fallo y la pena a una sala de apelación, integrada por ejemplo por todos los miembros del tribunal. La sala de apelaciones debería tener la facultad de otorgar o denegar la autorización para apelar.

ii) *Juicio por jurados*

53. Al igual que en otros países donde rige el «common law», el juicio por jurados es un elemento fundamental del ordenamiento jurídico de Australia. En el artículo 80 de la Constitución del Commonwealth de Australia se garantiza a toda persona acusada de un delito perseguible con arreglo a cualquier ley del Commonwealth el derecho a ser juzgada por jurados. Australia no propugna que se incluya en el estatuto una disposición que establezca el juicio por jurados. Desca en cambio señalar a la atención de la CDI las posibles dificultades constitucionales que Australia y otros países podrían tener que solucionar antes de aceptar la jurisdicción de un tribunal internacional.

54. El problema adquiere mayor relieve cuando los instrumentos internacionales imponen a los Estados partes la obligación de penar una conducta determinada con arreglo al derecho interno en carácter de delito grave (encausable). Por ejemplo, en el artículo 2 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves se exige a cada Estado parte que establezca para el delito penas severas. En el Crimes (Aviation) Act de 1991 se hacen efectivas las obligaciones que incumben a Australia en virtud de los convenios sobre apoderamiento ilícito de aeronaves. En el artículo 13 de la ley se define el apoderamiento ilícito de aeronaves, en el sentido previsto en el Convenio antes mencionado, como delito encausable. Por lo tanto, una persona acusada de ese delito tendría el derecho a ser juzgada por jurados.

4. *Procesamiento y cuestiones conexas*

a) *El modo de inculpación formal*

55. El Grupo de Trabajo recomienda un sistema de fiscalía independiente creado para el caso (párr. 117). Australia opina también que un sistema de fiscalía independiente es preferible a un sistema en el cual los Estados querellantes se encarguen de diligenciar el juicio. La garantía de que el sistema de fiscalía es independiente e imparcial constituye un fundamento esencial de la credibilidad y legitimidad del tribunal.

56. La sugerencia del Grupo de Trabajo de que el tribunal designe al fiscal tras haber consultado con los Estados interesados es razonable en el sentido de que mantendría la independencia del sistema de fiscalía, dando a la vez a los Estados interesados la oportunidad de intervenir. Sin embargo, sería necesario definir cuidadosamente los requisitos que deben llenar los Estados partes para intervenir en el proceso de consulta con el tribunal. Sería preciso aclarar la posición exacta de los Estados partes en el proceso de selección y nombramiento del fiscal.

b) *La incoación del proceso penal*

57. El Grupo de Trabajo sugiere (párr. 120) que, de adoptarse un sistema de designación de un fiscal independiente, se eliminaría la necesidad de efectuar una instrucción preparatoria para apreciar la suficiencia de las pruebas, ya que el tribunal podría desestimar «las acusaciones ligeras o infundadas». También es necesario tener en cuenta que quizás se considere que la instrucción preparatoria ante el tribunal sería excesivamente costosa y tomaría demasiado tiempo.

58. Australia estima que es necesario dictar normas acerca de la posición, la función y las obligaciones del fiscal. En ellas deben abordarse distintas clases de problemas, por ejemplo los relacionados con la ética y las obligaciones del fiscal respecto del tribunal y del abogado defensor. También es necesario dictar normas relativas al ejercicio de la discrecionalidad de la fiscalía y a los criterios para adoptar decisiones sobre el enjuiciamiento. Australia coincide con la sugerencia formulada por el Grupo de Trabajo (párr. 119) de que debe preverse la posibilidad de revisar la decisión del fiscal de no instar la instrucción de diligencias penales.

59. A falta de un sistema permanente de fiscalía independiente, sólo podría incoarse el proceso ante el tribunal a instancia del Estado parte o del Consejo de Seguridad. Australia comparte la opinión expresada por el Grupo de Trabajo (párr. 122) de que el derecho a interponer querrela debe hacerse extensivo a todo Estado parte que haya aceptado la competencia del Tribunal respecto de la infracción penal de que se trate. Se suscitara una dificultad cuando un Estado parte que deseara interponer querrela respecto de varios delitos no hubiera aceptado la competencia del Tribunal en relación con todos ellos. Será necesario estudiar dicha situación.

c) *El modo de hacer comparecer a los acusados ante un tribunal*

60. La creación de mecanismos para hacer comparecer a los acusados ante el tribunal plantea múltiples dificultades, que deberán resolverse para que el tribunal funcione

de manera eficaz. En su informe, el Grupo de Trabajo ha explorado varias de esas cuestiones. Las distintas disposiciones constitucionales de los Estados serán uno de los principales obstáculos a superar.

61. Australia coincide con la opinión expresada por el Grupo de Trabajo (párr. 133) de que en el estatuto del tribunal será necesario establecer los requisitos mínimos para la entrega de los supuestos delincuentes, que los Estados partes quedarán obligados a cumplir. Al redactar esos requisitos, el Grupo de Trabajo debería basarse en los acuerdos de extradición vigentes entre los Estados. La utilización de dichos acuerdos como fuente permitiría elaborar un conjunto de disposiciones que los Estados reconocieran con más facilidad. Pese a ello, pueden plantearse problemas conceptuales acerca de la necesidad de conceder la extradición de un supuesto delincuente a un tribunal en vez de a un Estado.

62. El Grupo de Trabajo examina (párr. 135) lo que consideraría ser algunos de los elementos básicos de una solicitud de entrega, entre ellos los indicios de prueba, que deberían ser suficientes a primera vista para justificar el procesamiento del imputado. Australia estima que dicho enfoque plantearía dificultades. La referencia a la prueba «suficiente a primera vista» significaría cosas distintas para los distintos Estados. Además, no se trata de una norma básica universal en los tratados de extradición, en muchos de los cuales el criterio adoptado es sin necesidad de pruebas, en virtud del cual sólo se exige al Estado solicitante que presente una declaración acerca de los actos o las omisiones de los que presuntamente es autora la persona cuya entrega solicita.

63. Australia considera que simultáneamente con el modo de hacer comparecer a los imputados ante el tribunal deberían estudiarse las condiciones en que se mantendría detenidas a las personas acusadas antes del proceso. Al respecto, debería utilizarse como norma básica el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión<sup>4</sup>.

64. En la medida en que los delincuentes sean menores de edad, deberían utilizarse como punto de partida las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)<sup>5</sup> y los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>6</sup>.

d) *La asistencia judicial internacional en relación con las actuaciones ante el tribunal*

65. El Grupo de Trabajo explora con provecho en su informe (párrs. 136 a 153) las cuestiones relativas a la asistencia de los Estados en apoyo del procesamiento de presuntos delincuentes ante un tribunal internacional. Esa clase de asistencia podría muy bien ser decisiva para procesar con éxito a presuntos delincuentes. En los casos

complejos se requeriría sin duda la asistencia de varios países.

66. El Grupo de Trabajo señala (párr. 136) que la asistencia sería «sólo en beneficio [del tribunal penal internacional], y no recíproca». El Grupo de Trabajo observa correctamente que la asistencia sería «en beneficio [del tribunal]». Sin embargo, se plantea la cuestión de si una asistencia de esa índole debe prestarse a un tribunal. Cuando se establecen acuerdos y arreglos de asistencia recíproca entre los Estados, la finalidad de la asistencia es en general la preparación de los elementos que sirven de base a la acusación contra un presunto delincuente. Por consiguiente, los pedidos de asistencia proceden de las autoridades del Estado solicitante que se encargan de diligenciar el juicio. Por el mismo motivo, en general sería el fiscal independiente quien con mayor frecuencia necesitaría pedir a los Estados su asistencia para preparar los elementos de la acusación que ha de presentarse ante el tribunal. El tribunal que haya de entender en el juicio no debe participar ni aparecer como participante en la preparación de los elementos de la acusación. A fin de mantener dicha separación, los Estados deberían prestar directamente su asistencia al fiscal.

67. Será necesario estudiar también qué clase de asistencia debería prestarse a los asesores letrados de un presunto delincuente para garantizar que puedan preparar una defensa apropiada. También debe examinarse la cuestión de la asistencia financiera a los acusados que no puedan costear su defensa. La falta de medios económicos en esos casos podría impedir que un acusado estuviese debidamente representado. Las garantías mínimas en relación con el derecho de una persona a ser asistida por un defensor se establecen en el apartado d del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.

68. El Grupo de Trabajo sugiere (párr. 139) tres soluciones posibles en relación con la asistencia judicial internacional. Tras evaluar dichas soluciones, el Grupo de Trabajo sugiere que la mejor solución en cuanto a la asistencia judicial, por lo menos en la primera fase del funcionamiento del tribunal, consistiría en completar la disposición de carácter general del estatuto con una lista no exhaustiva de los tipos de asistencia que podrían recabarse de los Estados partes. Con posterioridad podría estudiarse la posibilidad de celebrar un tratado de asistencia recíproca entre los Estados partes. Australia acepta los fundamentos en que se basa dicha evaluación. No obstante, desearía subrayar que para llevar adelante con éxito las diligencias procesales es imprescindible establecer un régimen eficaz de asistencia judicial.

e) *La ejecución de las sentencias*

69. Australia considera que la ejecución de las sentencias es uno de los problemas más difíciles que han de abordarse. Al respecto es necesario tomar en cuenta diversas cuestiones.

i) *Consideraciones de carácter humanitario*

70. En primer lugar, es preciso que las condiciones en que se cumpla la pena de prisión no sean menos favorables que las establecidas en las Reglas mínimas para el

<sup>4</sup> Resolución 43/173 de la Asamblea General, anexo.

<sup>5</sup> Resolución 40/33 de la Asamblea General, anexo.

<sup>6</sup> Resolución 44/25 de la Asamblea General, anexo.

tratamiento de los reclusos<sup>7</sup>. En segundo lugar, aun cuando un delincuente sea encarcelado en un Estado que cumpla con dichas reglas, las diferencias de idioma, clima y cultura pueden contribuir sin embargo a que las condiciones de la reclusión sean duras.

ii) Los Estados

71. Deberá haber flexibilidad para determinar a cuál de los Estados incumbe la responsabilidad de ejecutar la sentencia. Será necesario establecer la medida de dicha responsabilidad, que incluirá asuntos tales como el costo del encarcelamiento.

iii) Entrega de un preso al Estado de su nacionalidad

72. Varios países han celebrado acuerdos recíprocos de repatriación respecto de los ciudadanos de una de las partes que sean condenados por los tribunales de la otra. Australia sugiere que se estudie la posibilidad de incluir en el proyecto de estatuto una disposición con arreglo a la cual se permita al Estado de la nacionalidad de un delincuente condenado que ejecute la sentencia, si así lo desea. Cabe indicar dos salvedades respecto de esa opinión. En primer lugar, el tribunal debe cerciorarse de que el Estado cuenta con instalaciones que cumplan con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta si ha de establecerse como requisito para otorgar al Estado de la nacionalidad la custodia del preso el consentimiento de éste.

73. En caso de que se permita la entrega de presos, será necesario incluir disposiciones sobre los procedimientos encaminados a evaluar las solicitudes de entrega; a la custodia legítima de un preso en tránsito; al traspaso de la custodia del preso a una escolta; y otras análogas. La orientación necesaria para llevar a cabo la entrega de presos puede hallarse en el Tratado modelo de extradición<sup>8</sup> y en el Tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delinquentes extranjeros bajo condena condicional o en libertad condicional<sup>9</sup>.

iv) Revisión de las sentencias

74. Australia comparte la opinión expresada por el Grupo de Trabajo (párr. 154) de que sería necesario examinar la posibilidad de prever que se solicite la modificación de las sentencias. Habría que estudiar el establecimiento de un sistema de concesión de la libertad condicional y de reducciones o remisiones de la pena.

f) *La relación entre el tribunal y el régimen de extradición vigente*

75. El Grupo de Trabajo plantea correctamente la cuestión de la relación entre los tratados que adoptan el criterio *aut dedere aut judicare* y la jurisdicción de un tribunal penal internacional (párr. 160).

<sup>7</sup> Véase Naciones Unidas, *Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Ginebra, 22 de agosto-3 de septiembre de 1955—Informe de la Secretaria (N.º de venta: 1956 IV 4), anexo I, págs. 73 a 79

<sup>8</sup> Resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo

<sup>9</sup> Resolución 45/119 de la Asamblea General, anexo

76. Es posible que se considere que un Estado parte en el estatuto que opta por aceptar la competencia del tribunal internacional incumple su obligación de ejercer la acción penal con arreglo a otro tratado, cuando un Estado al cual se ha negado la extradición en virtud de ese mismo tratado no reconozca la competencia del tribunal internacional.

77. Australia apoya la sugerencia del Grupo de Trabajo (párr. 161) de que el sistema para entregar a los imputados podría ser complementario del régimen existente, de opción entre juzgar o conceder la extradición. A fin de lograr la máxima flexibilidad y facilitar el más amplio apoyo en favor del tribunal debería darse a los Estados partes que han aceptado la competencia del tribunal respecto de una determinada infracción penal la opción de remitir el caso a un tribunal internacional como tercera alternativa. El imponer la obligación de entregar al imputado para ser sometido a juicio a los Estados que están dispuestos a aceptar la competencia del tribunal puede disuadir a algunos Estados de pasar a ser partes en el estatuto.

78. A la luz de los problemas especiales que se derivan de la existencia de regímenes enteramente separados en virtud de distintos tratados, Australia estima que es necesario estudiar en forma pormenorizada la cuestión de que un Estado parte en el estatuto reciba múltiples solicitudes de conceder la extradición de un imputado.

## Belarús

[Original ruso]  
[19 de mayo de 1993]

### OBSERVACIONES GENERALES

1. Los órganos competentes de la República de Belarús consideran sumamente prometedora la idea de crear un tribunal penal internacional.

2. Partiendo del análisis de las distintas categorías de delitos y de los elementos integrantes de los mismos, dichos órganos sostienen la opinión de que para distintos fines se necesitan diversos modelos de jurisdicción penal internacional. A su juicio, en diferentes situaciones ese tribunal puede ser más o menos necesario: en unos casos, como único medio posible para la realización de la justicia penal y en otros sólo como medio complementario. Consideran que dicho tribunal debe crearse fundamentalmente para hacer justicia en el caso de los delitos internacionales.

3. Dado que ya existe un derecho penal material internacional muy elaborado, la creación de un tribunal penal internacional no debe estar estrechamente relacionada con la aprobación del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, si esta adopción se demora. En este caso, dentro de la competencia del tribunal, en sus inicios, pueden caer los delitos previstos en los tratados internacionales vigentes. El mencionado código, tras su aprobación, podría convertirse en uno de los instrumentos internacionales que prevén delitos comprendidos dentro de la competencia del tribunal. Lógica-

mente, la participación en ese código estará íntimamente ligada con la participación en el estatuto del tribunal. En los comienzos, la coordinación no podrá ser muy estrecha, aunque cabe esperar que con el tiempo la comunidad internacional llegue a considerar que el código es obligatorio para todos los Estados sin exclusión.

4. A juicio de la República de Belarús, el tribunal penal internacional en sus inicios debe poseer competencia genérica para los delitos internacionales. Entre los delitos comprendidos dentro de su jurisdicción al principio deberían incluirse la agresión, la amenaza de agresión, la violación sistemática y masiva de los derechos humanos, el genocidio y el apartheid. La participación en el estatuto del tribunal debería comportar el reconocimiento automático de la competencia exclusiva del tribunal para estos delitos internacionales. No obstante, cabría prever la posibilidad de extender la competencia exclusiva del tribunal a otros Estados por medio de declaraciones o acuerdos con el tribunal. Otros delitos internacionales podrían caer provisionalmente dentro de la esfera de competencia del tribunal y de los tribunales nacionales. Por esto no perderían su naturaleza de delitos internacionales, aunque una vez transcurrido un plazo suficientemente largo de existencia del tribunal la calificación de determinados hechos como delitos internacionales podría ligarse a su inclusión dentro de la esfera de la competencia exclusiva del tribunal penal internacional. Para los delitos de carácter internacional (delitos de derecho penal general con elementos internacionales y que tengan graves consecuencias para las relaciones internacionales) podría establecerse sólo la jurisdicción facultativa. En este caso el tribunal penal internacional podría constituir solamente un sistema alternativo de jurisdicción universal.

5. La competencia del tribunal penal internacional *ratione personae* sería universal, es decir se extendería a todas las personas sobre las cuales pueda ejercer legítimamente su jurisdicción (entrega de esas personas por los Estados partes en el estatuto del tribunal, extradición por los Estados que no sean partes en el estatuto, detención de esas personas como resultado de medidas de apoyo a la paz y la seguridad internacionales adoptadas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas). En consecuencia, no se exigirá aceptación alguna de la jurisdicción del tribunal. Esto debe referirse a los delitos comprendidos dentro de la jurisdicción exclusiva del mismo. En cambio, para los delitos no comprendidos dentro de la jurisdicción obligatoria del tribunal, ésta deberá tener carácter facultativo, es decir estará en función del derecho internacional vigente y del derecho nacional del Estado (de los Estados competentes). El incumplimiento de las disposiciones relativas a la jurisdicción obligatoria del tribunal deberá considerarse como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales y comportar la adopción por el Consejo de Seguridad de las medidas correspondientes una vez que los órganos internacionales de investigación le presenten su informe.

6. En relación con la creación del mencionado tribunal, mayor importancia tiene la organización de otros escalones de la justicia penal internacional, y en primer lugar los órganos internacionales de investigación. Hay que destacar que ya se siente la necesidad de que existan tales órganos no sólo en relación con la creación de un tribu-

nal. A juicio de la República de Belarús, en la fase inicial de existencia del tribunal la creación de un órgano independiente de acusación no es necesaria. Esta función podría desempeñarla un fiscal independiente nombrado por el tribunal de entre una lista de candidatos previamente elaborada para cada causa concreta. Entre las funciones del fiscal no podrán figurar la investigación y la reunión y presentación de pruebas al tribunal. Estas funciones corresponden a los órganos de investigación. El fiscal debe ocuparse de elaborar el acta de acusación y actuar de fiscal en el proceso judicial, utilizando ante todo los datos recogidos por el órgano investigador. Sólo el tribunal estará facultado para desestimar en el curso del juicio las acusaciones no fundamentadas.

7. Merece apoyo la posición según la cual el estatuto del tribunal debe adoptar la forma de tratado internacional. Su elaboración y adopción podrían tener lugar con la asistencia activa de las Naciones Unidas. Para que el tribunal sea eficaz puede ser necesaria su estrecha coordinación con las Naciones Unidas, lo que exige que la participación de los Estados en su estatuto sea sumamente amplia. Evidentemente la coordinación básica del tribunal con las Naciones Unidas tendrá lugar mediante el enlace del Consejo de Seguridad con el tribunal en lo relativo al traslado a éste de las causas relativas a la agresión o a la amenaza de agresión, el cumplimiento de las decisiones del tribunal concernientes a la comparecencia de los acusados y la ejecución de las sentencias. Inicialmente el enlace del tribunal con las Naciones Unidas, y en particular con el Consejo de Seguridad, podría no ser formalizado y tener lugar caso por caso, en tanto que las cuestiones de carácter administrativo y presupuestario podrían resolverse mediante un acuerdo especial entre ellos.

8. El círculo de personas facultadas para recurrir al tribunal, desde el comienzo mismo de su existencia, debería ser bastante amplio y aumentarse constantemente. Procedería conceder legitimación activa ante el tribunal también a los Estados que no sean partes en su estatuto, en aquellos casos en que el inculcado se encuentre bajo su jurisdicción, a condición de que estos Estados reconozcan la obligatoriedad del estatuto para esa causa concreta. Ciertamente el Consejo de Seguridad también debe tener derecho a recurrir al tribunal.

9. El tribunal penal internacional debería tener carácter permanente, lo que exige la existencia de un mecanismo preestablecido y el estar integrado por miembros permanentes. Podría tratarse de un sistema en el cual cada Estado parte en el estatuto del tribunal designe por un período determinado a un jurista calificado para ejercer las funciones judiciales. Por su parte, los jueces elegirán al presidente del tribunal y, posiblemente, a la mesa del tribunal. En caso de recurso al tribunal la mesa elegirá la composición del tribunal (de cinco a siete jueces) teniendo en cuenta los criterios establecidos. Cabe esperar que, al aumentar el número de causas, el tribunal se convierta de hecho en un órgano internacional de funcionamiento permanente.

10. En lo que respecta al derecho aplicable por el tribunal, el derecho procesal aplicable (es decir las normas relativas a los derechos del acusado y al enjuiciamiento penal) debería elaborarse junto con el propio tribunal, y

en lo que respecta al derecho material aplicable es necesario incluir una lista exhaustiva de los tratados internacionales que prevén delitos justiciables. La disposición general sobre el derecho aplicable debería necesariamente mencionar las fuentes fundamentales (los tratados y la costumbre) y podría mencionar las fuentes subsidiarias. Entre éstas figura el derecho interno y su aplicación por el tribunal debería ser sancionada por normas jurídicas internacionales.

#### OBSERVACIONES PARTICULARES

11. Evidentemente, hasta la aprobación del código habría que elaborar métodos para resolver las cuestiones de competencia del tribunal *ratione personae* para los delitos que caen dentro de su jurisdicción facultativa. Estas soluciones (véase el párr. 66) deberían basarse en las disposiciones sobre jurisdicción de los tratados internacionales vigentes. Suscita dudas el uso del término «normas de rango secundario» (párr. 109) con relación a las resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales. A efectos de incluirlas dentro del derecho aplicable hay que partir de que constituyen fuentes complementarias del derecho internacional que ayudan a aplicar los tratados y la costumbre internacionales. La solución propuesta en relación con la determinación de las penas (párr. 110) puede considerarse transitoria hasta la aprobación del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Es necesario destacar que para los crímenes comprendidos dentro de la competencia del tribunal debería tratarse de la entrega obligatoria de los acusados (párrs. 129 a 135).

12. Puede examinarse la cuestión de la reserva relativa a la inaplicabilidad de la pena capital en caso de que la entrega del inculpaado la haga un Estado en el que esté totalmente abolida la pena de muerte. En relación con las soluciones propuestas (párr. 139) cabe señalar que en el estatuto del tribunal podría incluirse una disposición general, complementada por una lista ilustrativa de cuestiones respecto de las cuales pueda solicitarse asistencia judicial, en la que se fije el procedimiento de prestación de la asistencia solicitada. En el futuro, como complemento del estatuto, podría elaborarse un tratado completo sobre la asistencia judicial. La organización de la ejecución de las sentencias en gran medida dependerá del número de condenados en virtud de sentencias del tribunal. En la primera fase evidentemente hay que prever el cumplimiento de las penas de prisión en el Estado que recurrió al tribunal y, por otra parte, el cumplimiento de las penas deberá ser fiscalizado por el tribunal (representantes de la mesa).

13. La República de Belarús estima que las competencias del tribunal expuestas en el informe son mínimas y suficientemente flexibles. Reducir los límites de la justicia penal internacional previstos en el informe puede conducir a crear un mecanismo ineficiente. Por el contrario, la comunidad internacional necesita, como demuestra la práctica, un mecanismo verdaderamente eficaz.

#### Bulgaria

[Original: inglés]  
[25 de agosto de 1993]

1. El Gobierno de la República de Bulgaria apoya la propuesta de crear un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre las infracciones más graves del derecho internacional humanitario y comparte la opinión del Grupo de Trabajo de que la creación de un tribunal de esa índole es viable.

2. El Gobierno de Bulgaria opina que lo más apropiado sería que el tribunal penal internacional se estableciera bajo los auspicios de las Naciones Unidas mediante la concertación de un tratado internacional multilateral, abierto también a la adhesión de las organizaciones intergubernamentales internacionales.

3. Teniendo presente el carácter universal de ese tribunal y la necesidad de que los Estados pudieran recurrir a él en cualquier momento, y para reforzar la autoridad de esa institución jurídica y la continuidad de su jurisprudencia, la República de Bulgaria preferiría que el tribunal penal internacional funcionara de forma permanente; sin embargo, habida cuenta de la realidad actual estaría dispuesta a apoyar la creación de un órgano judicial menos ambicioso y de carácter especial, siempre que se estableciera un mecanismo eficaz que hiciera posible someter asuntos al tribunal y convocarlo en un plazo relativamente breve cada vez que fuera necesario.

4. A juicio del Gobierno de Bulgaria, lo más indicado sería que la jurisdicción de un tribunal internacional competente para enjuiciar a quienes cometieran infracciones graves del derecho internacional humanitario (ante todo crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad) fuera obligatoria para los Estados Miembros de las Naciones Unidas o, por lo menos, para los Estados partes en el estatuto del tribunal. Antes de que se tome una decisión definitiva en favor de la jurisdicción facultativa, convendría hacer todo lo posible para hallar una solución basada en algún tipo de jurisdicción obligatoria, aunque fuera a costa de adoptar sistemas de transacción. Las siguientes alternativas pueden considerarse como ejemplos de esos sistemas:

a) *Jurisdicción «selectiva»*: los Estados que se adhirieran al estatuto quedarían obligados a reconocer la jurisdicción del tribunal sobre, por lo menos, uno de los tipos de infracciones del derecho internacional humanitario previstas en él;

b) *Jurisdicción «diferida»*: los Estados estarían obligados a reconocer la jurisdicción del tribunal en un plazo determinado (tres años, cinco años u otro plazo) contado a partir de la entrada en vigor del estatuto con respecto a ellos;

c) *Jurisdicción facultativa en el marco de un sistema de «exclusión»*: en el momento de adherirse al estatuto, los Estados podrían declarar que no reconocían la jurisdicción del tribunal sobre todos o algunos de esos tipos de infracciones.



También se podría optar por una combinación de esos sistemas.

5. El paralelo que se ha hecho con la Corte Internacional de Justicia de La Haya no es muy acertado, ya que el Estatuto de la Corte es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y, al convertirse en Miembro de las Naciones Unidas, cada Estado pasa a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, independientemente de que desee hacerlo o no. En cambio, la adhesión al instrumento constitutivo de un tribunal penal internacional dependería enteramente de la voluntad soberana de cada Estado y no de los intereses estatales fundamentales que suelen inducir a los Estados a convertirse en Miembros de las Naciones Unidas.

6. Además, la Corte Internacional de Justicia pertenece a una etapa superada de la evolución del proceso jurídico internacional y no hay necesidad de repetir esa experiencia, ya que ahora se cuenta con la experiencia valiosa adquirida en el marco del sistema del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y de otros sistemas regionales de protección de esos derechos.

7. La idea de que la institución jurídica propuesta sea una especie de tribunal de apelación encargado de revisar las sentencias dictadas por tribunales nacionales se presta a discusión. Desde el punto de vista de la eficacia del tribunal, así como de los intereses soberanos de los Estados, la jurisdicción concurrente es enteramente aceptable. Dicha jurisdicción haría posible que los Estados que no fueran partes en el estatuto del tribunal la reconocieran.

8. La República de Bulgaria comparte la opinión de que el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad debería examinarse independientemente de la propuesta encaminada a crear un tribunal penal internacional. Ello haría posible que los Estados que no tuvieron interés en adherirse a ese código se adhieran al estatuto del tribunal, y viceversa, lo que acabaría fortaleciendo el imperio del derecho internacional. Al mismo tiempo, ciertos tipos de infracciones internacionales que no se han incluido en el código deberían definirse en el estatuto del tribunal a fin de que éste pudiera conocer de ellas. De esa forma, el principio *nullum crimen sine lege* se respetaría en la práctica; en efecto, como no todos los Estados son partes en las mismas convenciones internacionales no sería posible aplicar las mismas normas jurídicas a ellos o a sus nacionales, lo que no estaría en armonía con el principio de igualdad en materia penal.

9. Por igual motivo, el Gobierno de Bulgaria opina que las leyes nacionales no deberían servir, ni siquiera indirectamente, de base a la jurisdicción por razón de la materia, ya que en esas leyes los delitos y sus penas se definen de formas diferentes, por lo que esa alternativa entrañaría también una violación del principio de igualdad ante los tribunales y la ley, con independencia de la nacionalidad de los acusados. Para garantizar el principio de igualdad durante el juicio las distintas penas deberían definirse con precisión y claridad en el estatuto, pues de lo contrario no se respetaría el principio *nulla poena sine lege*. Tampoco sería posible remitirse a las leyes nacionales de los Estados a este respecto, ya que hay también entre ellas diferencias considerables.

10. Es necesario introducir algunas mejoras en el mecanismo propuesto para establecer el tribunal por los motivos siguientes:

a) Por una parte, no parece admisible que un Estado parte en un proceso designe al fiscal, ya que éste no será entonces imparcial y ello afectará a la independencia de sus decisiones. El fiscal, como el propio tribunal, debe actuar como órgano independiente, y por eso la sugerencia de que el tribunal designe al fiscal para un caso determinado no es muy atinada, ya que si se aceptara, no sería posible recurrir eficazmente contra las decisiones de ese fiscal. El estatuto del tribunal podría prever la posibilidad de establecer una fiscalía permanente independiente, la cual nombraría al fiscal para cada caso con arreglo a un procedimiento determinado. En tal hipótesis se podría recurrir contra las decisiones del fiscal ante una sala del tribunal, la cual no podría conocer luego del caso;

b) Los Estados interesados tendrían derecho a designar sus propios jueces nacionales que formarían parte de la sala encargada de conocer de una causa determinada. Se podría aprovechar al respecto la valiosa experiencia del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como la práctica de la Corte Internacional de Justicia. Ese derecho garantizaría los intereses del Estado pero no impediría que la sala actuase con el máximo de objetividad e imparcialidad.

11. En cuanto a los aspectos financieros del establecimiento del tribunal, el Gobierno de Bulgaria estima que, en vista de la importancia universal de las funciones que dicho tribunal estaría llamado a desempeñar, su financiación debería correr a cargo de las Naciones Unidas, independientemente de que revistiera la forma de tribunal especial o de tribunal permanente, y de si fuera establecido mediante un tratado internacional o de cualquier otra forma.

## Dinamarca

[Véase Países nórdicos]

## España

[Original español]  
[19 de mayo de 1993]

1. El Gobierno español es firme partidario de la creación de una jurisdicción internacional que posea competencia genérica para el castigo de los crímenes internacionales. El Gobierno español entiende que dicha jurisdicción permitirá reparar las consecuencias de los crímenes internacionales y piensa además que su sola existencia producirá efectos disuasorios de indudable importancia. Apoya por tanto las ideas maestras del informe del Grupo de Trabajo de la Comisión, y particularmente las notas de prudencia, flexibilidad y gradualismo en que se inspiran.

2. La base jurídica más apropiada para la creación de esa jurisdicción es un tratado abierto a participación universal, negociado y concluido en el seno de las Naciones Unidas. Este último marco dotaría a la nueva jurisdicción de la alta representatividad y de la autoridad política y moral de que disfrutaban las Naciones Unidas.

3. Al menos en sus inicios, la mencionada jurisdicción penal no debe ser un órgano permanente. Parece preferible, en efecto, que, en sus inicios, el estatuto del tribunal cree únicamente un mecanismo sencillo, ágil y poco costoso para la administración de justicia en cada caso concreto en que resulte necesario. Sin embargo, una vez contrastadas con la realidad las actividades de la nueva jurisdicción, podría darse el paso hacia una jurisdicción permanente y con dedicación exclusiva.

4. Al menos en sus comienzos, la jurisdicción del nuevo tribunal no debe ser obligatoria. Esto quiere decir que la aceptación por un Estado de la jurisdicción del tribunal dependería de un acto *ad hoc*, distinto y separado de la manifestación del consentimiento de ese Estado en obligarse por el tratado.

5. En lo que respecta a la jurisdicción *ratione personae*, en un período inicial el tribunal sólo debería poseer competencia para el castigo de los crímenes internacionales cometidos por particulares. La represión de los crímenes internacionales perpetrados por los Estados presenta problemas de gran complejidad jurídica y política y debería dejarse para un momento posterior el estudio sobre la atribución al tribunal de esta última función.

6. En cuanto a la jurisdicción *ratione materiae*, la necesidad de respetar el principio *nullum crimen sine lege* significa que únicamente se pueden castigar aquellos crímenes internacionales considerados como tales, en el momento de su comisión, por el derecho internacional general. El contenido concreto del derecho internacional vigente en esta materia se determinaría por aquellas convenciones y tratados que expresen indiscutiblemente la *opinio juris* de la comunidad internacional.

## Estados Unidos de América

[Original inglés]  
[13 de mayo de 1993]

### Introducción

1. El Gobierno de los Estados Unidos agradece la oportunidad de poder formular observaciones por escrito al informe del Grupo de Trabajo. Durante el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General los Estados Unidos, juntamente con otros Estados, dejaron en claro<sup>1</sup> que la solicitud de dar inicio a la ejecución del proyecto no debía interpretarse como un apoyo al tribunal penal internacional. Más bien, dada la trascendencia de esta cuestión y la importancia de asegurar que esta propuesta promueva mejor los grandes ideales y objeti-

<sup>1</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión

vos que podría propugnar un tribunal permanente, la labor a realizar es seguir examinando las difíciles cuestiones en juego y encontrarles soluciones acertadas y eficaces.

2. Por lo tanto, las observaciones que se ofrecen a continuación no pretenden ser un comentario exhaustivo al informe del Grupo de Trabajo. Más bien, se trata de dar a conocer los puntos de vista de los Estados Unidos acerca de algunas de las cuestiones iniciales más importantes definidas hasta ahora. Estos puntos de vista se dan a conocer sin perjuicio de cualesquiera observaciones adicionales que puedan hacer posteriormente los Estados Unidos sobre éstos y otros aspectos del informe. Además, los Estados Unidos desean hacer hincapié en que el hecho de que no formulen observaciones sobre otros aspectos del informe no significa que apoyen esos aspectos.

### Observaciones generales

3. Al solicitar a la Comisión que preparara este proyecto la Asamblea General le pidió que comenzara

[ ] por examinar las cuestiones indicadas en el informe del Grupo de Trabajo y en los debates celebrados en la Sexta Comisión [ ] teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como cualesquiera observaciones escritas recibidas de los Estados y que presente un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones

Al respecto, cabe señalar que la Asamblea General pidió a la Comisión que presentara un informe sobre la marcha de los trabajos.

4. Durante el examen de este tema en el último período de sesiones de la Asamblea General, los Estados Unidos acogimos con beneplácito el informe como una contribución significativa al estudio de este muy importante tema. En nuestra opinión, el informe contiene un análisis valioso de muchas de las complejas cuestiones relacionadas con la propuesta de establecer un tribunal penal internacional. En especial, estimamos que el criterio básico que propugna el informe (párrs. 39 a 43) (esto es, que el tribunal sea un «medio flexible y complementario» de los Estados partes en su estatuto y que el tribunal no debe tener jurisdicción obligatoria o exclusiva) logra un equilibrio adecuado y pragmático entre los numerosos intereses en juego. El informe ayudó a centrar la atención de los Estados Miembros en estas cuestiones así como en otras que surgieron en el curso de las deliberaciones en la Sexta Comisión.

5. Los Estados Unidos confían en que la Comisión restablecerá su Grupo de Trabajo y continuará realizando su provechosa labor de proporcionar un estudio detallado de las cuestiones relacionadas con la creación de un tribunal penal internacional, incluidas opciones adecuadas. Al respecto, los Estados Unidos sugieren que la Comisión recabe los puntos de vista de la Asamblea General a fin de redactar un proyecto de artículos para la creación de un tribunal que pueda contar con el más amplio apoyo posible.

6. Los Estados Unidos observan que en su undécimo informe, el Relator Especial sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad propuso un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional<sup>2</sup>. Estudiaremos atentamente el informe antes de formular observaciones detalladas. Los Estados Unidos acogen con beneplácito la propuesta del Relator Especial como una importante contribución al proceso de definición y análisis de las diversas cuestiones relacionadas con la creación de un tribunal penal internacional. Sin embargo, antes de que la Comisión pueda proporcionar a la Asamblea un proyecto de estatuto que pueda contar con el apoyo necesario para hacer una realidad el tribunal internacional hay que hacer un estudio más detenido y recibir mayor orientación de la Asamblea General.

7. A juicio de los Estados Unidos, tanto la Comisión como la Asamblea General querrán tener presentes los progresos alcanzados respecto de la creación de un tribunal especial para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, de conformidad con la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, de 22 de febrero de 1993. Aunque hay muchas diferencias importantes en cuanto a las circunstancias y objetivos, que en algunos sentidos seguramente obligarán a adoptar criterios diferentes, es posible que la creación de un tribunal especial de esta naturaleza permita comprender en medida importante las numerosas cuestiones relacionadas con la creación de un tribunal penal internacional. En respuesta a la decisión del Consejo de Seguridad de crear el tribunal se hicieron llegar al Secretario General muchas observaciones y propuestas<sup>3</sup>. Al margen de las Naciones Unidas también ha habido bastante actividad al respecto, por ejemplo la Reunión Internacional de Expertos celebrada en Vancouver, B.C. (Canadá), del 22 al 26 de marzo de 1993, y organizada por el International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, en la que se examinaron en forma detallada las cuestiones relacionadas con la creación del tribunal especial y del tribunal penal internacional<sup>4</sup>.

8. El examen del tema de la creación de un tribunal penal internacional debe regirse por tres principios fundamentales: primero, el establecimiento y puesta en marcha de un tribunal de esta naturaleza debe promover y no entorpecer los esfuerzos por hacer cumplir el derecho internacional. Esto es particularmente importante en el caso de los narcotraficantes y de los terroristas. Segundo, el tribunal debe estar concebido de manera que se reduzca al mínimo cualquier posibilidad de politización. Por último, y en forma fundamental, es indispensable asegurarse de que el tribunal sea a la vez equitativo y eficaz, que los problemas relativos a cuestiones como el alcance de la jurisdicción, el derecho aplicable, las normas procesales y probatorias y la apelación se aborden en forma pragmática, equitativa y viable.

<sup>2</sup> Véase documento A/CN.4/449, reproducido en el presente volumen, pag. 125

<sup>3</sup> Véase «Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad» (documento S/25704 y Corr.1 y Add.1)

<sup>4</sup> El informe de la Reunión figura en el documento S/25504, anexo

### *Necesidad de definir y examinar cabalmente las cuestiones pertinentes*

9. Como reconoció la Comisión, el informe no pretendía examinar de manera exhaustiva las numerosas cuestiones vinculadas con un cometido de esta naturaleza, por lo que es preciso estudiar más a fondo una serie de cuestiones importantes. En consecuencia, aunque el informe es un buen punto de partida, indudablemente hay que seguir estudiando la mejor manera de resolver muchos de los complejos problemas que plantea, como la jurisdicción del tribunal en razón de la materia; la forma de recurrir al tribunal; el hecho de que los Estados deban o no otorgar su consentimiento a la jurisdicción del tribunal y, de ser así, qué Estados deben prestar este consentimiento, y la forma en que el tribunal obtendrá la jurisdicción sobre la persona presuntamente responsable del delito. Durante las deliberaciones de la Sexta Comisión sobre el tema se indicaron otras cuestiones importantes. Además, se han definido otras cuestiones en relación con las propuestas para establecer el tribunal especial para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra en Yugoslavia, por ejemplo el importante requisito de que haya un tribunal de apelación separado e independiente, al cual se pueda recurrir por un error de derecho que invalide la sentencia o un error de hecho que haya dado lugar a una manifiesta denegación de justicia.

10. En el examen de esas propuestas al margen de las Naciones Unidas se han definido incluso otras cuestiones, por ejemplo aquellas relacionadas con las normas procesales y probatorias que fueron ampliamente examinadas en la Reunión de Expertos celebrada en Vancouver. En opinión de los Estados Unidos, el criterio adoptado respecto de cuestiones fundamentales como esas puede tener consecuencias para otros aspectos de los regímenes resultantes.

11. El Grupo de Trabajo reconoce (párr. 23) que «en algunos casos» no ha hecho más que esbozar una gama de soluciones sin indicar preferencias ni proporcionar una base analítica para llegar a esas soluciones. Sin embargo, como lo demuestran las conversaciones sostenidas por expertos internacionales en la última Reunión de Vancouver, muchas cuestiones merecen examinarse más detalladamente. Por ejemplo, en cuanto a seis cuestiones fundamentales (el sistema de enjuiciamiento, la incoación del proceso penal, el modo de hacer comparecer a los acusados ante el tribunal, la asistencia judicial internacional, el cumplimiento de la sentencia y las relaciones del tribunal con el sistema de extradición existente), el Grupo de Trabajo reconoce que

en el tiempo disponible [ ] no ha podido examinar estas cuestiones con mucho detalle, en consecuencia, el contenido [ ] es de carácter provisional y exploratorio. Será necesario examinar más a fondo las cuestiones si se decide que la Comisión proceda a redactar un estatuto para un tribunal (Párr. 113)

El Grupo de Trabajo señala que no es necesario elaborar aquí los detalles de este sistema cuando se trata de cuestiones como la jurisdicción del tribunal respecto de ciertas infracciones y la aceptación de la jurisdicción por parte de los Estados, el sistema de jurisdicción respecto de las personas y las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional (párrs. 49, 53 y 57).

### *Jurisdicción del tribunal en razón de la materia*

12. Como se reconoce en el informe, una de las principales cuestiones preliminares es el alcance de la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal. En el informe se señala que la idea de un tribunal internacional surgió inicialmente como foro para enjuiciar a presuntos culpables de crímenes de guerra y de genocidio bajo el amparo de un Estado, que de lo contrario quedarían impunes (párr. 27). Sin embargo, el informe amplía esa jurisdicción limitada a todos los crímenes de carácter «internacional». Es posible que el estudio de cuestiones como las relativas al consentimiento y a la forma de incoar el juicio y de hacer comparecer a los infractores ante el tribunal no sean iguales respecto a la categoría limitada de crímenes de guerra amparados por el Estado y del tráfico de drogas. El informe se refiere a esas cuestiones como «detalles» que hay que resolver más adelante.

13. Sin embargo, se trata de cuestiones decisivas que tienen importantes consecuencias dado que se propone un sistema de otorgar jurisdicción en vez de hacerla obligatoria. Como se señala en el párrafo 4 *supra*, estamos de acuerdo con la premisa básica de que el tribunal debe ser un medio flexible y complementario, basado en el consentimiento. Sin embargo, esto influye en el alcance de los delitos en juego. ¿Quién presta su consentimiento cuando se trata de un delito de «carácter internacional»? ¿Qué sucede cuando Estados igualmente interesados en el caso no están de acuerdo? ¿Y cómo ha de persuadirse a un Estado que entregue a un ciudadano de su país al tribunal internacional si no está dispuesto a extraditarlo a otro foro?

14. Hay algunos aspectos importantes que nos preocupan en cuanto a la forma en que el Grupo de Trabajo aborda la jurisdicción del tribunal propuesto en razón de la materia y la tipificación de los crímenes. El informe parte de la base de que el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad servirá de base para definir la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal (párrs. 68 a 74). Si bien en el informe se dice que no es necesario que los Estados acepten el código de crímenes para someterse a la jurisdicción del tribunal internacional, se indica en forma expresa que «evidentemente, hay relaciones importantes entre ambos proyectos» (párr. 68). Esta vinculación estrecha entre ambos también aparece en otros lugares del informe (párr. 57). Los Estados Unidos, tal como muchos otros Estados, han expresado sus serias reservas acerca del proyecto de código de crímenes, que figuran en detalle en este volumen<sup>5</sup>. En la medida en que la propuesta de establecer el tribunal está relacionada con el código, esas reservas también son aplicables al tribunal propuesto.

15. Además, de acuerdo con la propuesta del informe, teóricamente los crímenes asignados al tribunal penal internacional comprenden todos aquellos crímenes que puedan ser materia de tratados multilaterales. El Grupo de Trabajo explica que:

No es necesario llegar a un acuerdo en la fase actual sobre la lista concreta de tratados internacionales de derecho penal. Incluiría ciertamente los crímenes de guerra graves, la Convención para la prevención

y la sanción del delito de genocidio, la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid y las diversas convenciones sobre la toma de rehenes, captura de buques y aeronaves, etc (Párr. 57)

Sin embargo, la mayoría de los tratados multilaterales relativos a infracciones penales se basan claramente en su procesamiento por los tribunales nacionales y están destinados a facilitar este procesamiento. La internacionalización propuesta de los crímenes que actualmente son objeto de tratados multilaterales no parece tener presente esta premisa básica.

16. Por otra parte, tenemos serias dudas de que sea adecuado que haya un tribunal penal internacional cuando el crimen puede ser internacional o multinacional pero sin embargo exista un foro nacional eficaz para enjuiciarlo. En especial, nos preguntamos si conviene que los países dispongan de un medio para eludir su responsabilidad en los casos en que «el sistema de justicia penal de un Estado pequeño no disponga de medios para hacer frente a una infracción penal determinada de gran magnitud» (párr. 28, apart. b) o en que de alguna manera es difícil enjuiciarlo.

17. Además, la limitación adicional que propone el informe, esto es que la jurisdicción del tribunal se limite únicamente a los «casos más graves, es decir [...] las infracciones penales que, en sí mismas, tienen carácter internacional» (párr. 58), no es particularmente ilustrativa. Muchos crímenes tienen «carácter internacional». Los Estados Unidos se preguntan si eventualmente todas las categorías de crímenes que tienen carácter internacional deberían quedar comprendidas dentro de la jurisdicción del tribunal penal. Y si la jurisdicción del tribunal sólo debe comprender los casos más graves ¿cómo han de determinarse?

### *Modo de hacer comparecer a los acusados ante el tribunal*

18. Una cuestión que merece mención concreta es la novedosa propuesta del informe de que la entrega de las personas a un tribunal penal internacional no se considere como «extradición» (párr. 127). Como dice el informe, esto permitiría que muchos Estados cuya legislación o constitución prohíben la extradición de sus nacionales entreguen sin embargo a esas personas al tribunal penal internacional basándose en que se trata simplemente de una extensión de sus propios tribunales nacionales. No estamos muy seguros de que los Estados Unidos puedan ser partes en un tribunal creado de acuerdo con esta teoría sin contravenir la sección I del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que los tribunales que detentan el poder judicial en los Estados Unidos deberán aplicar el derecho de los Estados Unidos, ser creados por el Congreso y estar compuestos por jueces que desempeñarán sus cargos mientras dure su buena conducta y que sean designados por el Presidente con la aprobación del Senado.

19. Además, en opinión de los Estados Unidos, es importante que la Comisión haga una encuesta entre los Estados para determinar si están dispuestos a aceptar esa teoría. Es posible que la respuesta a esta interrogante sea fundamental para determinar la eficacia del criterio propuesto en el informe. Los resultados de esa encuesta deberían incluirse en el informe sobre la marcha de los

<sup>5</sup> Véase documento A/CN.4/448 y Add.1, reproducido en el presente volumen, pag. 67

trabajos que presente la Comisión a la Asamblea General.

### Finlandia

[Véase *Países nórdicos*]

### Islandia

[Véase *Países nórdicos*]

### Italia

[Original inglés]  
[3 de mayo de 1993]

1. En opinión del Gobierno de Italia, el tribunal debe tener competencia general y carácter universal. En realidad, así como en todo sistema jurídico interno la jurisdicción penal sólo puede ser fidedigna si es aplicable a todos los ciudadanos, la jurisdicción de un tribunal internacional perdería credibilidad si su aplicación fuese diferente en cada región o respecto de otra clase de conglomerados. Por lo tanto, Italia no es partidaria de crear diversos tribunales regionales que seguramente no garantizarían el respeto por el principio fundamental de la igualdad de tratamiento de los inculpados en el juicio.

2. En cuanto a la composición del órgano jurisdiccional, habría que tener presentes en cada caso las características de los crímenes que se habrían de juzgar a fin de asegurar un mejor conocimiento de las circunstancias concretas relacionadas con los hechos aplicables al caso. En consecuencia, el órgano jurisdiccional debe incluir personas que estén en condiciones de comprender y evaluar esas características.

3. La convención que establezca el tribunal debe otorgar a todos los Estados (incluidos, según el caso, los Estados no partes) el derecho a designar candidatos que reúnan los requisitos de competencia e imparcialidad requeridos para formar parte de los órganos jurisdiccionales que hayan de conocer de los diversos casos. Además, los jueces designados reunidos en pleno (o la reunión de los Estados contratantes) deben elegir al Presidente del tribunal y a sus integrantes, seleccionando los nombres a partir de la lista general preparada de conformidad con los principios antes mencionados y teniendo presente el modelo proporcionado por la Convención sobre Conciliación y Arbitraje dentro de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE). Al mismo tiempo, la sede del órgano judicial debe encontrarse en un lugar que ofrezca las más amplias garantías de independencia y libertad para la tramitación del proceso. Ese lugar podría también ser distinto de la sede oficial del tribunal, y encontrarse más bien en una de las sedes de las Naciones Unidas a fin de facilitar lo más posible la actividad de la nueva institución con respecto a las normas sobre prerrogativas e inmunidades.

4. El estatuto del tribunal debe ser independiente del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuyas disposiciones pueden de hecho incluir crímenes que no estén sujetos a la jurisdicción del tribunal internacional. El código de crímenes debe ciertamente adoptarse de la manera más apropiada (ya sea mediante una convención u otro tipo de instrumento) y, una vez adoptado, proporcionará importante orientación al tribunal. Con todo, el estatuto del tribunal debe seguir siendo independiente del código.

5. La estructura del tribunal debe incluir, primero, un fiscal que sea competente para instruir los procesos a partir de las pruebas reunidas después de la *notitiae criminis* o de los elementos que una persona cualquiera pueda proporcionar al tribunal; segundo, un órgano encargado de dictar sentencias, y tercero, un órgano de apelación.

6. Por lo que respecta a la competencia del tribunal, el Gobierno de Italia considera que debe ampliarse a todos los crímenes enumerados en las convenciones de carácter universal. Por ejemplo, cabe recordar los crímenes de guerra contra la paz o la humanidad previstos en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus Protocolos, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, las convenciones de las Naciones Unidas y de los organismos especializados sobre el terrorismo, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, la Convención internacional contra la toma de rehenes, etc. La lista debe permanecer abierta a fin de poder remitirse a otras convenciones cuya aceptación se torna gradualmente más universal. Cuando surjan dudas a este respecto, el tribunal debe estar en condiciones de dictar un «fallo preliminar» que podría vincularse a la aceptación de la jurisdicción. En todo caso, debe excluirse la intervención del Consejo de Seguridad.

7. El problema de la agresión es diferente. En ese caso sería imposible impedir la intervención del Consejo de Seguridad para determinar si en un caso determinado hubo o no agresión. Sin embargo, una vez adoptada esa decisión, el ejercicio de la jurisdicción por el tribunal debe mantenerse libre de influencias políticas.

8. La jurisdicción del tribunal debe ejercerse sobre las personas naturales. El hecho de que una persona tenga la calidad de órgano de un Estado debe declararse ajeno a la cuestión y en ese caso deben declararse inaplicables las normas sobre inmunidad. En cambio, el Estado como tal no debe someterse a la jurisdicción del tribunal. Podría aceptarse que la jurisdicción del tribunal *ratione loci* (esto es en relación con los sucesos ocurridos dentro del territorio del Estado) sea objeto de una posible declaración de aceptación. A la inversa, no podrían aceptarse límites respecto de la jurisdicción *ratione personae* o *ratione materiae*, salvo los previstos en la convención que cree el tribunal. Además, también puede aceptarse que la jurisdicción del tribunal sea concurrente con la jurisdicción nacional en caso de que efectivamente se ejercite esta última. Sin embargo, de las normas de la convención debe desprenderse alguna preferencia por la jurisdicción del tribunal. Además, debe otorgarse al Consejo de Seguridad la facultad de rechazar una jurisdicción nacional, aunque sea provisionalmente, cuando se estime

que esa jurisdicción no reúne los requisitos de imparcialidad que se consideran universalmente necesarios para tramitar el proceso.

9. En el estatuto deben recogerse todas las disposiciones internacionalmente reconocidas relativas a la inaplicabilidad de eximentes de la responsabilidad penal como la obediencia debida, la falta de conocimiento del acto por el subordinado, etc. Para ello se sugiere que, al redactar el estatuto del tribunal, se utilice en general como modelo la primera parte del proyecto de código de crímenes, que comprende los principios generales de la responsabilidad penal y de la sanción.

10. Con respecto a la cuestión de los juicios en rebeldía, Italia abriga algunas dudas de que sea necesario admitir esta clase de procesos. En realidad, aunque pueden invocarse numerosos argumentos tanto en favor como en contra de la admisibilidad de los juicios en rebeldía, Italia se inclina por compartir el punto de vista de que excluirlos coincide mejor con la idea de una justicia fidedigna (y no meramente declamatoria). El estatuto del tribunal debe además precisar, sobre la base de las normas de derecho internacional aplicables, las garantías procesales que se otorgan a los inculpados.

11. Finalmente, el tribunal debe imponer penas y establecer el lugar en que deben cumplir las sentencias. Al mismo tiempo, si se autoriza al tribunal para pronunciarse sobre la indemnización debida a las víctimas de los crímenes y éste falla en favor del derecho a indemnización de una víctima, podrían entrar a jugar también distintos mecanismos (emanados, por ejemplo, de la creación de fondos especiales) a fin de resolver cuestiones como el monto de la indemnización, la identificación del deudor y el cumplimiento de la decisión del tribunal. La ejecución de las sentencias del tribunal debe tener lugar bajo el control de las Naciones Unidas a fin de impedir amnistías o indultos indebidos.

## México

[Original: español]  
[5 de mayo de 1993]

1. El proyecto que se analiza configura una iniciativa sumamente novedosa. La comunidad de Estados no cuenta aún con experiencia en la creación de tribunales penales internacionales y permanentes. Los únicos antecedentes existentes, los Tribunales de Tokio y Nuremberg, fueron producto de circunstancias especiales y acción de potencias vencedoras en conflictos armados de gran magnitud, razón por la que no pueden configurar precedente en una idea como la que hoy nos ocupa.

2. Considerando la reciente experiencia de un Tribunal para la ex Yugoslavia y el rol que juegan las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, algunos países han propuesto la creación de un tribunal penal internacional en el marco de dicha Organización y estrechamente vinculado a la misma. La ausencia de disposiciones en la Carta de las Naciones Unidas respecto a la creación de este tipo de entidades y

el hecho de basarse la Organización en los principios de igualdad jurídica de los Estados, autodeterminación de los pueblos y no intervención en asuntos internos, lleva a afirmar que la creación de un tribunal penal con alcance mundial sólo es factible a través del consentimiento expreso de los Estados, plasmado en un tratado internacional, y siempre en la medida en que hayan querido obligarse.

3. Hasta el día de hoy, y como regla general aceptada internacionalmente, los órganos jurisdiccionales ordinarios y naturales para juzgar a las personas físicas que incurren en conductas delictivas son los tribunales penales de los Estados. Impartir y administrar justicia dentro de su territorio es una función esencial y un deber inexcusable del Estado. Transferir ese deber a una instancia supranacional puede no sólo tener efectos directos en el ámbito de la soberanía territorial, sino también contraponerse con la base constitucional de ciertos Estados.

4. Las enormes diferencias entre sistemas penales constituyen un obstáculo más a la idea de un órgano jurisdiccional internacional. No todos coinciden, por ejemplo, en conceptos como capacidad, sanciones, legalidad, etc., lo que claramente se aprecia en los debates que han tenido lugar en los diferentes foros en los que se ha discutido la idea.

5. El informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, reconociendo los obstáculos a los que se enfrenta una iniciativa de tal magnitud, ha propuesto la creación, a través de un estatuto incorporado a un tratado, de un mecanismo de naturaleza *ad hoc*; jurisdicción facultativa y sólo en primera instancia, y en sus inicios únicamente con competencia sobre las personas físicas (sin prejuzgar sobre la responsabilidad del Estado cuando haya lugar a ello).

6. A pesar de la flexibilidad del mecanismo propuesto por el Grupo de Trabajo, la estrecha vinculación que existe entre el tribunal penal internacional y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que, de aprobarse, será aplicado e interpretado por dicho tribunal, añade una serie de dificultades a las ya existentes, pues obliga al estudio de cuestiones como las de irretroactividad de la ley, legalidad penal, sanciones, prescripción de los delitos, etc., que, en los términos propuestos, entran en contradicción de manera casi invariable con los principios en que se fundan los distintos sistemas penales del mundo. Ejemplos de lo anterior son cuestiones como las de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales que pretende el código, frente a la prescripción que hasta ahora contemplan la mayoría de los códigos nacionales, y el reenvío a otros ordenamientos en cuestiones tan delicadas como las sanciones, que configuran un elemento esencial de las normas de esta naturaleza.

7. En el mismo sentido, no han sido aún clarificados puntos que juegan un importante papel en la decisión de crear un tribunal penal internacional, como los relacionados con el establecimiento de un sistema penitenciario internacional que garantice el cumplimiento de las sanciones impuestas por el tribunal o un mecanismo similar, con la verificación del cumplimiento de las mismas por parte del órgano judicial emisor, con la entrega de los

presuntos responsables de crímenes internacionales por parte de los Estados que los tengan bajo su custodia y con un órgano fiscal encargado del ejercicio de la acción penal.

8. En el caso específico de México, la aceptación de una jurisdicción criminal internacional puede aparecer severamente cuestionada si se analiza a la luz de nuestro orden interno, en el que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial y, por ende, de los Tribunales de la Federación (arts. 21, 103 y 104 de nuestra Constitución Política).

9. Si bien el monopolio estatal de la acción penal pudiera matizarse con la idea de una competencia facultativa y concurrente, la naturaleza del mecanismo jurisdiccional propuesto podría conducir a relacionarlo con un tribunal especial entrándose en conflicto con lo dispuesto por los artículos 13 y 14 de la Constitución.

10. Las excepciones que el proyecto plantea al principio de la cosa juzgada y que permiten el doble juicio en situaciones poco claras, así como la naturaleza internacional del tribunal, que obliga a acudir a principios generales del derecho y a considerar el reenvío a otras legislaciones en situaciones no previstas en el tratado constitutivo (tal como reconoce el Grupo de Trabajo en su informe), chocan con las garantías de seguridad jurídica que reconocen nuestro régimen de derecho, sobre todo en materia penal, donde prima la aplicación estricta de las normas y la analogía se encuentra sumamente restringida.

11. En el mismo sentido, el hecho de que varios instrumentos internacionales no contemplen las sanciones que deberán imponerse a delitos de carácter internacional, sino que sólo dispongan la obligación de los Estados de prevenirlos y reprimirlos, nos lleva a afirmar que las normas no se encuentran debidamente integradas. Para que una norma penal cumpla con los requisitos constitucionales debe estar compuesta por un precepto (descripción de la figura delictiva) y contemplar una sanción. La falta de sanción impide su aplicación de acuerdo al principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, base de nuestro régimen de derecho (en el proyecto de código no se ha llegado a un acuerdo respecto a las sanciones, aunque se ha determinado que su inclusión es imprescindible).

12. El informe del Grupo de Trabajo se pronuncia a favor de la competencia del tribunal respecto de aquellos crímenes cometidos antes de su constitución como cuerpo colegiado, siempre y cuando dichos crímenes tuvieren un carácter internacional reconocido en tratados en vigor al momento de su comisión. La base de tal argumento radica, en concepto del Grupo, en un cambio retrospectivo en el procedimiento que en nada afecta la cuestión de la irretroactividad de las leyes. Se considera exagerado tal planteamiento. Además de que nuestra Constitución (art. 14) dispone que nadie puede ser molestado sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, la simple existencia de un tratado internacional que contemple algún crimen de este tipo no es suficiente para conferir automáticamente competencia al tribunal para juzgarlo y sancionarlo, máxime si dichos instrumentos reconocen a los tribunales nacio-

nales de los Estados la facultad y la obligación de reprimir tales conductas delictivas.

13. Uno de los aspectos más delicados es la entrega de los presuntos responsables al tribunal internacional. Con la idea de que un tribunal internacional no es un tribunal extranjero, el Grupo de Trabajo se inclina por la entrega inmediata del inculcado, sin necesidad de realizar un procedimiento de extradición, lo que resulta cuestionable. Es cierto que un tribunal internacional no sería un tribunal extranjero, pero tampoco un tribunal nacional, y para efectos de la entrega de un procesado debería equipararse a un tribunal extranjero y, en consecuencia, garantizarse el respeto a su derecho de ser oído por la autoridad nacional competente en un procedimiento de extradición.

14. En este sentido, aparecen nuevas dificultades. Primero, porque de acuerdo a la práctica, la entrega de nacionales queda sujeta a la discrecionalidad del Ejecutivo Federal y, segundo, porque la Ley Mexicana de Extradición Internacional (que sería, al menos en sus inicios, la aplicable) establece, para acceder a una entrega, ciertos requisitos (arts. 7, 8, 9 y 10, entre otros) que se contraponen a los postulados del tribunal internacional, como lo es, por ejemplo, el que no procederá la solicitud cuando el delito que se persiga haya prescrito conforme a la ley penal mexicana.

15. Existen aún una serie de ambigüedades en el informe del Grupo de Trabajo que ameritarían un análisis más profundo (como las relativas al establecimiento de un ministerio fiscal y el régimen penitenciario, entre otras). Sin embargo, el hecho de que el Grupo de Trabajo se refiera a ellas de manera provisional nos hace omitir su estudio hasta en tanto se cuente con mayores elementos.

16. El régimen jurídico mexicano no es, por el momento, compatible con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional. No obstante lo anterior, sugerimos que en la discusión del tema se consideren cuidadosamente los siguientes aspectos:

a) La naturaleza de la administración de la justicia criminal y su estrecha vinculación con el ejercicio de la soberanía del Estado. El mecanismo jurisdiccional que finalmente se adoptara debería respetar al máximo las competencias territoriales de los órganos judiciales del Estado individualmente considerado y basarse en el expreso consentimiento del mismo;

b) Deberían garantizarse la completa independencia del órgano jurisdiccional que eventualmente llegara a establecerse y la imparcialidad de su cuerpo judicial. Varios Estados se han manifestado por la vinculación del tribunal al sistema de las Naciones Unidas a través de un acuerdo especial. A pesar de ser la anterior propuesta lógica dado el foro en el que la idea se ha desarrollado, el tipo de crímenes sobre los que el tribunal tendría competencia (agresión, amenaza de agresión, violaciones sistemáticas a los derechos humanos, etc.) lo hacen especialmente susceptible a vaivenes políticos. Un tribunal cuya acción se supedita a la del Consejo de Seguridad para determinados crímenes podría restar confianza a la comunidad internacional;

c) Procurar que el estatuto que rigiera la actuación del tribunal estuviera redactado de forma tal que previera específicamente cada uno de los supuestos de aplicación

de la norma penal a fin de que se dejara poco o nulo espacio al reenvío y a la aplicación supletoria de otras legislaciones;

d) El hecho de que el precepto y la sanción configuren elementos esenciales de la norma penal y encuentren además su expresión en la máxima universalmente reconocida de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* debe necesariamente reflejarse en el estatuto de un tribunal que aplique derecho. La descripción del tipo penal y la sanción aplicable no deben faltar ni en los instrumentos internacionales que consagren crímenes de esa naturaleza ni en el estatuto de tribunal, en este último caso bajo la forma del principio de legalidad penal;

e) La aplicación retroactiva de la ley, la prescripción de crímenes a los que se daría carácter internacional y que hasta ahora contemplan los ordenamientos nacionales y la idea de permitir un doble juicio son algunas de las delicadas cuestiones que deben ser definidas de una manera más precisa antes de avanzar en el establecimiento del tribunal. Un órgano jurisdiccional debe, en principio, conocer sólo de hechos ocurridos con posterioridad a su constitución como cuerpo colegiado y aplicar los ordenamientos vigentes en la fecha de la comisión del delito;

f) La determinación de los mecanismos de entrega de presuntos responsables al tribunal. El respeto a las garantías de audiencia, legalidad y seguridad jurídica que tienen todos los hombres obliga a la debida observancia de los tratados de extradición y a su reconocimiento como único mecanismo de entrega, a tribunales fuera de sus fronteras, de individuos acusados de la comisión de un delito.

17. Finalmente, en tanto se generan las condiciones internacionales necesarias para el establecimiento de una jurisdicción penal internacional y se sigue avanzando en el desarrollo progresivo del derecho de gentes, debe insistirse en el reforzamiento de las instancias nacionales y de la cooperación judicial internacional como únicas alternativas viables en la lucha de los Estados contra el crimen.

### Noruega

[Véase Países nórdicos]

### Panamá

[Original: español]  
[14 de julio de 1993]

1. Es del interés del Gobierno panameño que exista un sistema de justicia uniforme y equitativo en el mundo, al cual tengan acceso todos los Estados, para sancionar severamente aquellas acciones dirigidas a la ejecución de crímenes internacionales que resulten en detrimento de la comunidad internacional, así como un mecanismo a través del cual los Estados puedan exigir reparaciones por las consecuencias de esas acciones, a fin de garantizar a la humanidad su existencia y la permanencia de la civilización. En consecuencia, el Gobierno panameño se muestra

de acuerdo con el establecimiento de un órgano judicial penal permanente, a nivel internacional, con dedicación exclusiva y jurisdicción obligatoria.

2. El marco jurídico que sirva como fundamento para la creación de la jurisdicción penal internacional deberá estar diseñado en forma de tratado y el mismo deberá ser ratificado por los Estados que deseen someterse a esa jurisdicción. La competencia del tribunal debe ser obligatoria, independientemente de la nacionalidad del acusado, respecto de todos los delitos que estén definidos en el código de crímenes y en otros convenios internacionales de conformidad con el principio *nullum crimen sine lege*.

3. El Gobierno panameño considera que uno de los delitos más graves que debe contemplar el código de crímenes debe ser el ataque a funcionarios de las Naciones Unidas, a las misiones permanentes o a sus representantes y a tropas o personas que los Estados Miembros pongan a disposición de la Organización.

4. El procedimiento a seguir en estos casos debe estar contemplado en el tratado que crea el tribunal para asegurar el principio del debido proceso y las penas aplicables podrían definirse en el código de crímenes para garantizar el principio de *nulla poena sine lege*.

5. El Gobierno panameño es partidario de la creación de un centro internacional de reclusión para mantener recluidos a los responsables de crímenes internacionales. El funcionamiento de este centro debe estar contemplado en el tratado o en un convenio especial sobre la materia. En muchos casos, los Estados Miembros de la Organización no tienen las infraestructuras ni los mecanismos de seguridad suficientes para la reclusión de dichos reos.

6. No obstante lo anterior, para el Gobierno panameño el tema del código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad y el del establecimiento del tribunal penal internacional están estrictamente vinculados y no pueden ser tratados separadamente. El Gobierno panameño es del criterio que la adopción de un código sin los medios adecuados para su aplicación lo tornaría inocuo. De igual manera, un tribunal sin un código no tendría sentido, por carecer de competencia objetiva. De ahí que ambos proyectos están íntimamente relacionados.

7. Para el Gobierno panameño, la ratificación del tratado que crea el tribunal por parte de los Estados debe implicar *ipso facto* la aceptación del código de crímenes pero dejando abierta la posibilidad de que los Estados partes del tratado puedan aplicar cualquier otro convenio o estatuto vigente sobre la materia que esté mencionado en el tratado.

### Países nórdicos

[Original: inglés]  
[27 de abril de 1993]

1. Los países nórdicos acogen con beneplácito la resolución 47/33 y consideran que la Comisión debe ocuparse de este proyecto con carácter prioritario en su próximo período de sesiones.



2. Lo ideal sería que la Comisión redactara un proyecto de estatuto que podría presentarse a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones. Para que esto sea posible habría que estudiar la posibilidad de aplazar la definición de algunas cuestiones de detalle hasta una etapa posterior, por ejemplo cuando la Comisión lleve a cabo la segunda revisión del estatuto. Una de esas cuestiones podría ser la composición del tribunal. Lo mismo cabe decir del problema del cumplimiento de la sentencia, que debería examinarse más detenidamente.

3. Por otra parte, tal vez sea conveniente y necesario que la Comisión preste mayor atención a las cuestiones de procedimiento que a asuntos de fondo, como la definición de los delitos y la determinación de las penas. Con arreglo a lo dispuesto en la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, de 22 de febrero de 1993, ya se le han transmitido una serie de propuestas detalladas relativas a disposiciones procesales.

4. Los países nórdicos también desean hacer hincapié en que la cuestión de la creación de un tribunal penal internacional debe examinarse separadamente de la del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Muchos de los principales crímenes internacionales ya han quedado consagrados en el derecho de los tratados vigente y generalmente aceptado y su aplicación efectiva, entre otras cosas mediante la creación de un tribunal penal internacional, no debe subordinarse al término de un proyecto de código que posiblemente lleve bastante más tiempo que la redacción del estatuto de un tribunal.

5. Si bien los países nórdicos apoyan la idea de crear un tribunal permanente mediante una convención internacional, al mismo tiempo consideran que hay que hacerlo en forma gradual. Esto entraña, por ejemplo, que al menos en su etapa inicial y hasta que se tenga una idea clara de la medida en que se utilizará, el tribunal no debe ser un órgano permanente sino una estructura que pueda entrar en funciones cuando sea necesario.

6. Los países nórdicos hacen suya la sugerencia que figura en el informe del Grupo de Trabajo de que, al hacerse parte en el estatuto, un Estado sólo se obliga a aceptar ciertas obligaciones administrativas. Los Estados partes deben aceptar la jurisdicción del tribunal mediante una declaración en tal sentido, análoga a la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. De conformidad con el procedimiento en dos etapas que se reseña en el informe

del Grupo de Trabajo (párr. 52), también debe permitirse que los Estados que no son partes en el estatuto puedan declarar que aceptan la jurisdicción del tribunal en un caso determinado.

7. En cuanto a la jurisdicción de un tribunal respecto de la materia, debe basarse en convenciones internacionales, como los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos y en el proyecto de código de crímenes, y no en la legislación interna. En especial, a largo plazo, la aplicación de la legislación nacional podría plantear algunos problemas, por ejemplo respecto de los actos que son delitos en la legislación de los distintos países, la tipificación de los delitos, la determinación de las penas, etc.

8. La jurisdicción del tribunal debe limitarse a los crímenes graves de lesa humanidad, como los crímenes de guerra, ya sean cometidos por altas autoridades militares o por soldados en el campo de batalla. Por otra parte, es muy necesario que se definan con más precisión los crímenes de guerra así como el concepto de «delito grave».

9. En cuanto a la jurisdicción de un tribunal respecto de las personas, no debe requerirse el consentimiento del Estado al que pertenece el inculcado. Tampoco debe necesitarse el consentimiento del Estado en que se cometió el delito, a menos que su autor se encuentre bajo la jurisdicción de ese Estado. En general, la jurisdicción del tribunal debe ser muy amplia; si se requiriese el consentimiento de los distintos Estados, ello podría fácilmente afectar la eficacia de esa clase de tribunal.

10. Finalmente, cabe remitirse a la declaración formulada por Noruega, en nombre de los países nórdicos en la Sexta Comisión, durante el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General<sup>1</sup>.

#### Suecia

*[Véase Países nórdicos]*

<sup>1</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión, párrs. 4 a 19



# EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/447 y Add.1 a 3

## Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

[Original: arabe, español, francés e inglés]  
[3 de marzo, 15 de abril, 18 de mayo y 14 de junio de 1993]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Nota</i>	164
INTRODUCCION	164
<i>Seccion</i>	
I COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS	
Alemania	165
Argentina	167
Canada	168
Chad	171
Costa Rica	171
Dinamarca*	173
España	173
Estados Unidos de America	174
Finlandia*	176
Grecia	176
Hungria	177
Iraq	182
Islandia*	182
Noruega*	182
Países Bajos	182
Países nórdicos	187
Polonia	188
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	190
Republica Arabe Siria	193
Suecia*	194
Turquia	194
II COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE UN ESTADO NO MIEMBRO	
Suiza	195

---

\* La respuesta conjunta de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia se reproduce bajo el epigrafe **Países nórdicos**

## NOTA

## Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Tratado de Versalles (Versalles, 28 de junio de 1919)	G F de Martens, <i>Nouveau Recueil generale des Traites</i> , 3.ª serie, vol. XI, Leipzig, Weicher, 1923, pag. 323
Acuerdo relativo a la Comisión Internacional para la protección del Rin contra la contaminación (Berna, 29 de abril de 1963)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol. 994, pag. 3
Convención y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad (Fort Lamy, 22 de mayo de 1964)	Naciones Unidas, <i>Traites concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux a des fins autres que la navigation Afrique</i> , Recursos naturales/Serie del agua N.º 13 (N.º de venta E/F 84 II A 7), pag. 8
Convención y Protocolo relativos a la protección del medio ambiente (Estocolmo, 19 de febrero de 1974)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol. 1092, pag. 279
Convenio para la protección del medio marino en la zona del mar Báltico (Helsinki, 22 de marzo de 1974)	PNUMA, <i>Recueil des Traites multilateraux relatifs a la protection de l'environnement</i> , Serie references 3, Nairobi, 1982, pag. 416
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), pag. 155, documento A/CONF 62/122
Convenio sobre la protección y el desarrollo del medio marino en la región del Gran Caribe (Cartagena de Indias, Colombia, 24 de marzo de 1983)	PNUMA, Nairobi, 1983, ILM, vol. XXII, 1983, pag. 221
Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Doc E/ECE/1250, 1991
Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	ILM, vol. XXXI, N.º 6, noviembre de 1992, pag. 1333
Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Ibid., pag. 1313
Convenio sobre la diversidad biológica (Rio de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibid., N.º 4, julio de 1992, pag. 822

---

**Introducción**

1. En su 43.º período de sesiones, celebrado en 1991, la Comisión de Derecho Internacional aprobó provisionalmente en primera lectura un proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación<sup>1</sup>. En su 2237.ª sesión, celebrada el 9 de julio de 1991, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, transmitir ese proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos de los Estados Miembros para que formularan sus comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General el 1.º de enero de 1993 a más tardar<sup>2</sup>.

2. En el párrafo 9 de su resolución 46/54 y en el párrafo 12 de su resolución 47/33, ambas relativas al informe de la Comisión de Derecho Internacional en sus 43.º y 44.º períodos de sesiones, la Asamblea General señaló a la

atención de los gobiernos la importancia que tenía para la Comisión contar con sus opiniones acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, aprobado en primera lectura por la Comisión, y les instó a que presentaran sus comentarios y observaciones por escrito a más tardar el 1.º de enero de 1993, como había sugerido la Comisión.

3. De acuerdo con la petición de la Comisión, el Secretario General dirigió a los gobiernos circulares de fechas 20 de diciembre de 1991 y 1.º de diciembre de 1992, respectivamente, en las que les invitó a que presentaran sus comentarios y observaciones antes del 1.º de enero de 1993.

4. Al 14 de junio de 1993, el Secretario General había recibido 16 respuestas de Estados Miembros y otra de un Estado no miembro; los textos de esas respuestas aparecen en el presente documento.

<sup>1</sup> *Anuario 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 75

<sup>2</sup> *Ibid.*, párr. 58

## I.—Comentarios y observaciones recibidos de los Estados Miembros

### Alemania

[Original inglés]  
[11 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. Alemania acoge con satisfacción la aprobación provisional por la Comisión de Derecho Internacional de un proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Alemania concede especial importancia al tema de este proyecto, no sólo por su situación geográfica en el centro de Europa, sino especialmente por el hecho de que comparte varios cursos de agua internacionales importantes. Alemania opina que el proyecto de artículos satisface también una necesidad global de regulación de esa cuestión. Eso se debe al hecho de que, desde la segunda guerra mundial, el uso general de los cursos de agua ha centrado la atención, en tanto que las necesidades navegacionales han quedado relegadas al trasfondo.

2. Por esa razón, complace al Gobierno alemán advertir que la CDI ha reaccionado positivamente al reto especial que plantea la creciente demanda mundial de agua a lo largo de los últimos decenios y el enorme nivel de utilización del agua. Alemania acoge con satisfacción que la CDI, al elaborar este proyecto de artículos, haya considerado desde el comienzo otros instrumentos de derecho internacional con propósito similar. Alemania apoya que el futuro instrumento se base en las regulaciones existentes, en particular en acuerdos regionales para la protección de cursos de agua concretos, ya que eso sirve para crear un marco sumamente general de regímenes complementarios, a escala mundial y regional, para los cursos de agua internacionales.

3. Alemania apoya por diversas razones el concepto en que se basa el proyecto de artículos, el de un acuerdo marco. Por una parte, ese enfoque no niega a las partes contratantes la oportunidad de ocuparse de las características y usos concretos de ciertos cursos de agua internacionales por medio de acuerdos bilaterales y multilaterales. Por otra parte, les proporciona un conjunto de principios generales, y establece así una norma mínima. Además, llena una laguna en la reglamentación para los casos de todos los cursos de agua internacionales sobre los que aún no existen acuerdos vinculantes.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

##### Artículo 1

4. Hay que acoger con satisfacción el hecho de que el proyecto de artículos comience ahora con una exposición clara del ámbito de aplicación en el párrafo 1. El Gobierno alemán considera que la excepción que figura en el párrafo 2, es decir que el ámbito del proyecto se extiende al uso para la navegación en la medida en que ese uso afecte a los usos descritos en el párrafo 1 o es afectado por ellos, es apropiada y no contradice el contenido primario

de las normas. La fórmula «cursos de agua internacionales y sus aguas» aclara correctamente que, por ejemplo, en el caso de un río, la reglamentación no se limita al lecho del río. Se evitan así malentendidos.

##### Artículo 2

5. Otra característica positiva es que la CDI ha abandonado la idea de un «carácter internacional relativo de los cursos de agua» (apart. a). Esa idea sólo habría llevado a malas interpretaciones de los distintos artículos. La adopción del concepto de «sistemas» de cursos de agua pone en claro que debe regularse el uso de todos los componentes de cada sistema, de modo que no afecte perjudicialmente a otros Estados del curso de agua o al propio curso de agua.

6. Una buena señal es que el concepto de «sistemas» de cursos de agua internacionales se haya adoptado en el proyecto de artículos. La definición de los cursos de agua como un sistema que incluye las aguas superficiales y las subterráneas corresponde a la idea, apoyada por Alemania, de dar al curso de agua la protección más amplia y eficaz posible. Ese enfoque amplio coincide con la realidad física e hidrológica. Por ello, pueden incluirse los cursos de agua tributarios situados lejos de la frontera del Estado, con el resultado de que las aguas de esas zonas remotas quedan incluidas en el ámbito del proyecto de artículos. Sin embargo, esa zona común queda limitada por el hecho de que los cursos de agua tienen un «término común». El significado de la inclusión de las aguas subterráneas—excepto las aguas subterráneas «confinadas»—resulta particularmente obvio cuando se tiene presente el hecho de que, como parte del ciclo hidrológico, esas aguas alimentan a los cursos de agua. La CDI acertó al no incluir las aguas subterráneas «confinadas», ya que no tienen ninguna relación física con las aguas superficiales y, por ello, no forman parte del conjunto que necesita protección. Por esa razón, era vitalmente necesario reemplazar el término «curso de agua» por el de «sistema de un curso de agua», a fin de tener en cuenta la idea del mejor uso posible de un curso de agua como un recurso común, utilizando criterios ambientales.

##### Artículo 3

7. En el artículo 3, en el que se codifica el carácter de marco del proyecto de artículos, la segunda oración del párrafo 2 es especialmente importante, ya que indica claramente que en los acuerdos relativos a los cursos de agua internacionales debe considerarse siempre su uso por todos los Estados del curso de agua, incluso los que no participen en las negociaciones. De ese modo, se evita correctamente la situación en que unos pocos Estados convienen en el uso de las aguas a expensas de otros.

##### Artículo 4

8. Satisface a Alemania el hecho de que en el artículo 4 se aclare quién puede ser parte en un acuerdo de curso de agua. Su párrafo 2 puede destacarse positivamente, ya que

garantiza que no sea posible un acuerdo a expensas de un tercero cuando sea afectado «apreciablemente», incluso aunque el acuerdo de curso de agua sólo se aplique a una parte de un curso de agua internacional.

#### Artículo 5

9. Alemania apoya el principio de la «utilización equitativa» o «participación equitativa» establecido en el artículo 5, que debe garantizar que el uso de un curso de agua por varios Estados lleve a una utilización óptima y, al mismo tiempo, a la limitación mínima de los derechos de los demás Estados a utilizar las aguas (párr. 1, segunda oración). Por ello, satisface a Alemania que el artículo 5 contenga a la vez el derecho a utilizar las aguas y el deber de no limitar los derechos de otros Estados a una utilización equitativa de las mismas. El concepto de «participación equitativa», incorporado en el párrafo 2, garantiza el objetivo de la utilización óptima, que sólo será posible cuando los Estados del curso de agua cooperen participando en su protección y aprovechamiento.

#### Artículo 6

10. El artículo 6 contiene una importante ayuda para interpretar qué constituye una utilización «equitativa y razonable». En él se describen los principales factores, aunque la lista no es exhaustiva, lo que es natural en vista del carácter de acuerdo marco de la futura convención. Como no puede descartarse la posibilidad de una controversia respecto a la interpretación del término jurídico más importante no definido (utilización equitativa y razonable), el párrafo 2 obliga a las partes a celebrar consultas con ánimo de cooperación, repitiendo así un principio básico contenido en muchas convenciones internacionales.

#### Artículo 7

11. El artículo 7, que establece el nivel de protección, es el elemento fundamental del proyecto de artículos. Es especialmente importante que, al formular ese artículo, se logre un equilibrio adecuado entre los intereses en conflicto. Por ello, por una parte, el principio de buena vecindad significa que los Estados deben tolerar, como parte de las «relaciones normales entre Estados», efectos limitados en sus territorios que causen molestias más que verdaderos daños físicos. Incluso si se considera la norma del uso común y la compatibilidad de dicho uso, sería excesivo y contrario a la práctica internacional prohibir todos los efectos nocivos, por pequeños que sean, en los demás Estados ribereños. Por otra parte, hay que tener presente que el peligro para los cursos de agua internacionales en materia de contaminación, calentamiento, etc., procede hoy principalmente de cierto número de usuarios que, desde su propio punto de vista, no causan un daño grave al curso de agua o perjudican a los demás Estados que lo comparten. Sólo si se considera *in toto*, se convierte ese daño en «serio» o «grave» para el propio curso de agua internacional y para los demás Estados ribereños. Por esa razón, debemos convenir con el Relator Especial y la

mayoría de los miembros de la CDI en su rechazo de un nivel de protección descrito como «serio» o «grave».

12. El término «apreciable», utilizado en el proyecto de artículos, tiene la desventaja de su doble significado. «Apreciable» puede significar «detectable» o «considerable» en relación con el riesgo o el daño. Como ese doble significado entraña considerables diferencias de fondo, el Gobierno alemán sugiere que se utilice el término «considerable», especialmente porque corresponde también a la interpretación de «apreciable» por la CDI. Por ello, debería reemplazarse «apreciable» por «considerable» en el artículo 7. Cambios similares deberían hacerse también en los artículos 12, 18, 21, 22, 28 y 32.

13. Respecto a la relación entre los artículos 5 y 7, Alemania sugiere que se considere si, en beneficio de la claridad, debe incluirse expresamente en la futura convención el apropiado comentario de la CDI en el sentido de que cualquier daño «apreciable» o, como se sugiere *supra* «considerable», constituye una violación del principio de la utilización equitativa y razonable con arreglo al artículo 5.

#### Artículo 8

14. A Alemania le complace que el artículo 8, que regula los principios generales y los objetivos de la cooperación entre los Estados del curso de agua, contenga fórmulas tan largamente reconocidas como «la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo».

#### Artículo 9

15. Alemania apoya también la obligación procesal de los Estados, codificada en el artículo 9, de informarse y consultarse mutuamente en el momento oportuno cuando proyecten la utilización del curso de agua. Esa obligación se ha incluido con razón en numerosos tratados relativos a la utilización del agua y de los ríos y procede del deber jurídico material de evitar hacer cualquier cosa que pueda causar un daño grave a otro Estado. Consideramos que el intercambio regular de información es especialmente importante para la protección eficaz de los cursos de agua internacionales.

#### Artículo 10

16. En el artículo 10 se afirma correctamente que, salvo pacto en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene prioridad sobre otros usos.

#### Artículos 11 a 19

17. Estamos de acuerdo en que, en los artículos 11 a 19, se prevea un procedimiento sumamente detallado en relación con las «medidas proyectadas», en el que se consideren las posiciones y posibles objeciones de los Estados del curso de agua cuando vaya a ponerse en práctica un proyecto que pueda causar un «efecto perjudicial apreciable» a esos Estados (art. 12). El procedimiento relativo a las «medidas proyectadas» contiene elementos de estudio de los efectos ambientales internacionales.

18. Satisface al Gobierno alemán que, por medio de períodos obligatorios de espera de un año como máximo (art. 13, art. 15, párr. 2 y art. 17, párrs. 1 y 3), se garantice también procesalmente la obligación de consultar y negociar. Si bien esto entraña una interferencia bastante considerable para el Estado ribereño que desee realizar el proyecto, las excepciones establecidas en el artículo 19 para el caso de proyectos urgentes proporcionan el equilibrio necesario. Además, habitualmente, se prevén también para los proyectos procedimientos nacionales de planificación exhaustivos en los que se airean las opiniones de los ciudadanos (por ejemplo el estudio de los efectos ambientales), con el resultado de que es improbable que se produzcan al mismo tiempo retrasos debidos a los Estados ribereños afectados.

19. Sin embargo, el procedimiento detallado en relación con las «medidas proyectadas» sólo puede ser útil en caso de proyectos en gran escala; las normas anteriormente mencionadas no abarcan el daño causado a los cursos de agua internacionales por la contaminación acumulativa debida a varios agentes.

#### *Artículos 20 a 25*

20. Alemania concede gran importancia a los artículos 20 a 25, que se ocupan, por una parte, de la protección ambiental y, por la otra, de los efectos nocivos y los casos de urgencia relacionados con la utilización de los cursos de agua internacionales. Como ya se ha mencionado en el párrafo 1, la República Federal de Alemania, como país que comparte varios cursos de agua internacionales importantes, tiene especial interés en el desarrollo del derecho internacional sobre esta materia. Esto es especialmente cierto respecto a la formulación de normas para la protección ambiental.

21. En esos artículos figuran correctamente importantes principios de derecho ambiental, tales como el requisito de que la utilización y el aprovechamiento de los cursos de agua internacionales sean compatibles con su adecuada protección (art. 20) o la enumeración de determinadas sustancias con el propósito de prevenir su introducción en ciertos medios (art. 21, párr. 3). No obstante, debería establecerse más claramente qué constituye contaminación con arreglo al artículo 21. Los cursos de agua internacionales sólo pueden ser protegidos a largo plazo si se evita el grave peligro de daños causados por la contaminación. Para ello se requiere una definición de la contaminación que vaya más lejos de la que figura en el párrafo 1 del artículo 21. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contiene en el apartado 4 del párrafo 1 de su artículo 1 una definición de ese tipo que ha sido ampliamente reconocida y que debería incorporarse al presente proyecto de artículos. El artículo 22 se ocupa, de un modo innovador, de la introducción de especies animales y vegetales «nuevas» en los cursos de agua internacionales. Satisface al Gobierno alemán el artículo 23, en el que se afirma que no debe librarse de contaminación a los ríos a expensas de los mares. La reducción de la contaminación de los mares procedente de fuentes terrestres, especialmente en el Mar del Norte y en el Báltico, es particularmente importante para Alemania, ya que la mayor parte de la contaminación marina se debe a los ríos.

22. Por último, consideramos que es positiva la amplia responsabilidad establecida en el artículo 24, así como la obligación estatal de cooperar en los casos de urgencia con los Estados que no sean partes en la futura convención (art. 2516).

#### *Artículos 26 a 32*

23. A Alemania le satisface en particular la norma sobre la no discriminación (art. 32). Esa norma coincide con nuestra interpretación del derecho y con la tendencia reciente de la política ambiental internacional. A causa del gran éxito logrado en el tratamiento del Rin, debido en buena parte a la excelente labor de la Comisión Internacional para la protección del Rin contra la contaminación<sup>1</sup>, Alemania acogería con satisfacción que se concediera más importancia al aspecto de la gestión conjunta de los cursos de agua internacionales. Por ejemplo, podría sacarse el artículo 26 y trasladarlo a una posición destacada en el texto. Para especificar el significado de «gestión conjunta» de un modo institucionalizado podrían ampliarse las cláusulas del artículo 26 con base en los principios del párrafo 2 del artículo 10.

#### CONCLUSION

24. Los 32 proyectos de artículos constituyen un conjunto equilibrado de normas. Garantizan la protección eficaz de los ríos y proporcionan el marco para acuerdos de curso de agua bilaterales o regionales de carácter más concreto. Se han tenido en cuenta los principales principios del derecho ambiental internacional, como la soberanía territorial limitada, la prohibición de abusar de los derechos reconocidos en el derecho internacional respecto a la responsabilidad de los Estados y la obligación procesal de proporcionar información en el momento oportuno y de consultar a las demás partes cuando se proyecte una utilización, documentada sobre todo con respecto al uso del agua dentro de una cuenca internacional.

25. A Alemania le complacería que se celebrara prontamente una conferencia diplomática con objeto de aprobar el proyecto de convención.

<sup>1</sup> Instituida de conformidad con el Acuerdo relativo a la Comisión Internacional para la protección del Rin contra la contaminación

#### **Argentina**

*[Original español]  
[15 de marzo de 1993]*

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. La Argentina estima que en relación con el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación deben realizarse observaciones relativas a las partes en acuerdos de cursos de agua y el carácter subsidiario de los artículos sobre usos de cursos de agua distintos de la

navegación. A fin de evitar que los artículos proyectados puedan afectar a acuerdos preexistentes sobre usos de cursos de agua, se recomienda la inclusión de un artículo que establezca sin lugar a dudas que el futuro tratado sobre usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación tendrá carácter supletorio y que no se aplicará a los cursos de agua regidos por una convención, salvo en el caso de que los Estados partes en esta última así lo acuerden.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

##### *Artículo 4*

2 Por lo que respecta al artículo 4 del proyecto, en acuerdos que afecten a todo el curso de agua o a una parte de él, un tercer Estado ribereño «tiene el derecho» de participar en las negociaciones y de llegar a ser parte en el acuerdo o proyecto en cuestión.

3 El Gobierno argentino considera que este artículo es desequilibrado en favor del tercer Estado ribereño. En consecuencia, considera aconsejable reemplazar el artículo 4 por un artículo en el cual la adhesión al tratado sea una posibilidad y no un derecho, teniendo en cuenta que los derechos del tercero tienen protección en otros de los artículos proyectados, por ejemplo la obligación de utilizar los cursos de agua en forma equitativa y razonable (arts 5 y 6), la obligación de no causar daños apreciables (art 7), las obligaciones de cooperar (art 8) y de intercambiar datos e información (art 9) e información sobre medidas proyectadas (arts 11 y ss).

4 En consecuencia, el Gobierno argentino sugiere reemplazar la redacción actual del artículo 4 por la siguiente:

«1 Todo Estado del curso de agua podrá llegar a ser parte en un acuerdo de curso de agua que se aplique a la totalidad de ese curso de agua internacional, sujeto a los términos y condiciones que se convengan entre dicho país y los Estados partes en el acuerdo. Estos últimos tienen la obligación de negociar de buena fe con el primero los términos y condiciones de su acceso al acuerdo.

»2 El Estado del curso de agua cuyo uso de un curso de agua internacional pueda resultar afectado apreciablemente por la ejecución de un acuerdo de curso de agua propuesto que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular, podrá llegar a ser parte en ellos en la medida en que su uso de las aguas resulte afectado por ese acuerdo, proyecto, programa o uso particular y sujeto a los términos y condiciones que se convengan entre dicho país y los Estados partes en el acuerdo, programa o uso particular. Estos últimos tienen la obligación de negociar de buena fe con el primero los términos y condiciones de su acceso.»

#### Canadá

[Original inglés]  
[30 de marzo de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1 El Gobierno del Canadá encomia a la Comisión de Derecho Internacional por la elaboración del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, una labor que ha abarcado dos decenios y ha requerido una dosis considerable de compromiso. Esa labor ha tratado de resolver las inevitables diferencias de opinión con respecto al marco jurídico internacional apropiado para los ríos y lagos que forman fronteras políticas o las cruzan. No obstante, tenemos que plantear algunas cuestiones y hacer algunos comentarios respecto al proyecto de artículos.

2 Como comentario introductorio, el Gobierno del Canadá reconoce que el proyecto de artículos se ocupa de las cuestiones tradicionales del derecho de los cursos de agua internacionales, que son los usos y la contaminación. Sin embargo, sería apropiado que se integraran en el documento, siempre que fuera posible, los conceptos respecto al desarrollo sostenible surgidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.<sup>1</sup>

3 En general, el Gobierno del Canadá es partidario de un acuerdo marco compuesto de normas residuales, que sean jurídicamente obligatorias cuando los Estados del curso de agua no convengan de otro modo sobre el régimen aplicable. Una inquietud que surge a ese respecto es como podrían aplicarse las normas residuales a un régimen bilateral cuando una parte del curso de agua este sujeta al régimen bilateral y otras partes no estén sujetas a él. De modo similar, pueden surgir cuestiones respecto al régimen jurídico aplicable cuando un arreglo bilateral vigente abarque algunos de los temas regidos por los artículos, pero no todos ellos.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

##### *Artículo 3*

4 El Canadá reconoce que la gestión internacional de los recursos hídricos debe aplicarse a diversas situaciones geográficas susceptibles de soluciones diferentes. Por ello, en algunos casos, las normas incluidas en un conjunto de artículos generales quizás no produzcan el resultado deseado. Reconociendo que las soluciones más duraderas son a menudo las logradas por los Estados interesados mediante la negociación bilateral, y recordando la obligación general de derecho internacional de procurar resolver las controversias mediante la negociación, el Gobierno canadiense apoya firmemente el artículo

<sup>1</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro. 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I, vol. I/Corr.1, vol. II, vol. III y vol. III/Corr.1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.18 y corrección), vol. I. Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexos I (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) y II (Programa 21).



culo 3, que permite a los Estados ajustar las disposiciones del proyecto de artículos. No obstante, surge una cuestión respecto a la condición jurídica de los acuerdos vigentes que se ocupan de la gestión hídrica de algunos aspectos de ella.

5. Esa cuestión preocupa bastante al Canadá, ya que el régimen jurídico internacional que rige los ríos y lagos transfronterizos del Canadá se compone esencialmente de varios tratados y prácticas bilaterales entre el Canadá y los Estados Unidos de América. Deseamos asegurarnos de que esos acuerdos puedan continuar en el marco del proyecto de artículos sin ninguna nueva actuación de las partes en los acuerdos. Por consiguiente, es importante que se disponga expresamente que el proyecto de artículos no prevalece sobre los acuerdos vigentes.

#### Artículos 5 a 7

6. El Canadá desea expresar firmes reservas respecto a la formulación de los principios generales que figuran en los artículos 5 a 7. Reconocemos que existe un gran apoyo a la doctrina de la utilización razonable y equitativa. Sin embargo, como hemos visto en algunas convenciones internacionales o como ha aparecido en la evolución de cierta práctica regional, la utilización equitativa puede ser una utilización igual. De hecho, en la práctica, la gestión de las aguas entre el Canadá y los Estados Unidos de América se ha basado en general en el principio de la distribución de las aguas por igual, lo que ha proporcionado una base sólida para la gestión de las cuestiones bilaterales en materia de aguas.

7. El proyecto de artículos no ha resuelto el conflicto inherente entre el artículo 5 y el artículo 7, tal como están formulados. Con arreglo al artículo 5, la resolución de los usos competitivos de los cursos de agua internacionales se logra mediante un equilibrio de los intereses de las partes interesadas sobre la base de una plena consideración de todos los factores pertinentes. Sin embargo, el artículo 7 parece excluir ese equilibrio de intereses una vez que se pruebe que es probable que ocurra un daño apreciable. La posición de la CDI, tal como se expresa en el comentario<sup>2</sup>, parece ser que el conflicto entre el artículo 5 y el artículo 7 puede hacerse desaparecer mediante la adopción de una presunción irrefutable de que una utilización de las aguas de un sistema de curso de agua internacional que cause un daño transfronterizo apreciable no es *ipso facto* ni razonable ni equitativa, lo que la haría ilícita, tanto en virtud del artículo 5 como en virtud del artículo 7. Sin embargo, la Comisión ha reconocido en su comentario que, en algunos casos, una utilización equitativa y razonable dependerá de la tolerancia por parte de uno o varios de los Estados del curso de agua de cierto grado de daño. En esos casos, la CDI sugiere que el acomodo necesario podría lograrse mediante acuerdos específicos<sup>3</sup>. Sin embargo, es precisamente en esas situaciones en las que la inclusión de la norma de no causar daño hará difícil lograr un acuerdo. Inquieta al Gobierno del Canadá que la doctrina del uso razonable y equitativo establecida en los artículos 5 y 7 no permita equilibrar los intereses de los Estados.

<sup>2</sup> Véase el comentario al artículo 7 (aprobado inicialmente como artículo 8) en *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), págs 39 a 45, en particular pag 39, parr 2

<sup>3</sup> *Ibid*, parr 3

8. Además, la adopción de la norma de no causar daño apreciable parece reavivar el principio de la apropiación previa (*first in time, first in right*) ya que impediría a un Estado de la parte superior del curso de agua realizar cualquier aprovechamiento que causara un daño apreciable a los realizados en un Estado de la parte inferior del curso.

9. El conflicto entre los artículos 5 y 7 podría resolverse de diversos modos. La cuestión es si el artículo 7 es necesario como artículo separado, ya que parecería que el causar daño está incluido implícitamente en la ponderación y el equilibrio de los factores mencionados en el artículo 6, con respecto a cualquier utilización particular de un curso de agua internacional.

10. Alternativamente, una formulación previa de los principios del uso equitativo y de no causar daño apreciable preparada por la CDI en el tercer informe del Sr. Schwebel, antiguo Relator Especial, equilibraba los dos principios como sigue:

El derecho de un Estado del sistema a usar los recursos hídricos del sistema de un curso de agua internacional esta limitado por la obligación de no causar perjuicio apreciable a los intereses de otro Estado del sistema, salvo en cuanto fuere admisible en virtud de una determinación de la participación equitativa para el sistema de curso de agua internacional respectivo<sup>4</sup>

Por tanto, la interrelación entre esos dos principios debería examinarse de nuevo.

11. Respecto al artículo 6, es importante que se tengan en cuenta las consideraciones apropiadas para llegar a una determinación razonable del uso equitativo. Desde la perspectiva de la gestión de las aguas internacionales del Canadá, es esencial que se reconozcan y tengan en cuenta los usos pasados y la práctica de reparto, tal como se hayan establecido en las relaciones bilaterales con los Estados Unidos. Si bien aceptamos que el artículo 6 no contiene una lista de consideraciones exhaustiva o exclusiva, el Gobierno canadiense sugiere que la CDI considere la adición de otras que reflejen nuestras inquietudes. Las formulaciones posibles consistirían en añadir referencias a «la práctica regional de los Estados», «los usos históricos» y «el acceso tradicional».

#### Artículos 11 a 18

12. El Canadá apoya el proceso de notificación y consulta con respecto al uso de los cursos de agua internacionales. No obstante, en el caso de los Estados que sigan estando en desacuerdo tras las consultas, el proyecto de artículos no contiene ninguna disposición para resolver la controversia. Como resultado de ello, cuando los Estados no se pongan de acuerdo, y una vez respetado el plazo para celebrar consultas, el proyecto de artículos no proporciona ninguna ayuda ulterior. Una disposición sobre la solución de controversias constituiría una adición conveniente.

13. En el actual artículo 16 se prevé que, a falta de respuesta por parte de los Estados a los que se haya hecho la notificación, el Estado notificante, procediendo con arreglo a las obligaciones establecidas en el proyecto de artí-

<sup>4</sup> *Anuario 1982*, vol II (primera parte), pag 79, documento A/CN.4/348, párr 156 (art 8, parr 1)

culos, puede iniciar la ejecución de las medidas proyectadas, sin perjuicio de las obligaciones que le incumban a tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 7. Existe la posibilidad de que un Estado notificado que decida no responder a la notificación pueda aún plantear sus objeciones y posiblemente reclamar una indemnización en una etapa posterior. Como resultado de ello, un Estado que cumpla las obligaciones establecidas en la sección del proyecto de artículos relativa a la notificación puede hallarse en la situación de que se alegue que ha incumplido los principios básicos de ese proyecto de artículos sin haber tenido la oportunidad de celebrar consultas acerca de las medidas proyectadas. Es importante que no se permita que un Estado al que se ha informado se beneficie de un aplazamiento intencional de las medidas. Una solución posible sería interpretar el silencio como una aquiescencia a las medidas proyectadas, excluyendo la posibilidad de que el Estado notificado que no haya respondido plantee objeciones más tarde. El Gobierno del Canadá cree que la CDI debería volver a estudiar esa cuestión.

#### *Artículos 19 y 26*

14. El Canadá apoya la utilización de órganos mixtos de gestión de los cursos de agua internacionales, tal como se prevé en el artículo 26. La Comisión Mixta Internacional, establecida como un órgano casi independiente para resolver ciertas cuestiones de aprovechamiento de las aguas entre el Canadá y los Estados Unidos de América, puede ser un modelo que se considere en otras partes. El alcance del término «gestión», tal como se utiliza en el artículo 26, parece limitado y podría requerir una revisión ulterior. El Canadá lamenta que falte en el proyecto de artículos una mayor insistencia en los aspectos organizacionales de la aplicación de todos los artículos pertinentes para lograr la gestión prevista en el artículo 26.

15. En general, los artículos sobre gestión y ejecución no van suficientemente lejos en el desarrollo de las normas jurídicas sobre lo que, en la práctica diaria, constituye el aspecto más importante de la utilización de los cursos de agua internacionales. Aunque las normas mínimas propuestas en el proyecto de artículos no plantean dificultades para el Canadá, sería conveniente que se dispusiera de normas claras sobre procedimientos y recursos en caso de una controversia insoluble.

#### *Artículo 21*

16. Sin embargo, respecto a la obligación de no causar daño por contaminación, formulada en el párrafo 2 del artículo 21 del proyecto de artículos, el Gobierno del Canadá cree que puede argumentarse simplemente que la contaminación que causa un daño apreciable no es *prima facie* ni razonable ni equitativa. Recordamos que no se proscribiera todo daño: la prohibición se refiere al daño apreciable. En esas circunstancias, el Canadá conviene en que, con respecto a la contaminación, debe admitirse la primacía del principio de no causar un daño apreciable.

#### *Otras inquietudes*

17. Algunos de los términos empleados en el proyecto de artículos son susceptibles de varias interpretaciones. El

Gobierno canadiense sugiere que se examine el proyecto para asegurarse de que los términos que requieran una aclaración se definan en el propio proyecto de artículos. Deberían definirse al menos los siguientes: «necesidades humanas esenciales» en el artículo 10, «efecto perjudicial apreciable» en el artículo 12 y «daños» y «daños apreciables» en los artículos 7 y 21. De modo similar, el Gobierno canadiense sugiere que se examinen esos términos a fin de garantizar la coherencia con el uso en otros acuerdos internacionales sobre el medio ambiente.

#### *Artículo 22*

18. El artículo 22, que trata de la introducción de nuevas especies, obliga a los Estados a tomar «todas las medidas necesarias para impedir la introducción [...] de especies extrañas o nuevas». Como esa obligación podría interpretarse de un modo injustificadamente amplio, parece apropiado que se limite.

#### *Artículo 27*

19. Una laguna del proyecto de artículos que inquieta al Canadá es la falta de referencia al principio de compartir los beneficios que se produzcan aguas abajo. En el artículo 27 no se hace mención alguna del reparto de los beneficios obtenidos aguas abajo debido a obras realizadas en un Estado situado aguas arriba. Debería considerarse esa cuestión.

#### *Artículo 31*

20. En el artículo 31 se prevé una excepción limitada (defensa y seguridad nacionales) respecto a la obligación de los Estados de proporcionar información con arreglo al procedimiento de notificación y consulta y al procedimiento de intercambio de información. Como en muchos Estados, la legislación del Canadá y su práctica legal requieren que no se divulguen ciertos documentos y confidencias. Por consiguiente, debería incluirse en el artículo 31 una frase en la que se disponga que las obligaciones establecidas en el proyecto de artículos estarán sujetas a la legislación nacional sobre la protección de la información.

#### *Artículo 32*

21. El artículo 32, relativo al acceso de un modo no discriminatorio a los sistemas judiciales nacionales, refleja que los Estados son cada vez más conscientes de que los sistemas judiciales no permiten a menudo que los perjudicados por la contaminación transfronteriza procuren obtener reparación, debido a que los que no son ni ciudadanos ni residentes no tienen un acceso igual a los sistemas judiciales. De hecho, una disposición similar y de mayor alcance se aprobó en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el que se establece que los Estados deben proporcionar un «acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos

pertinentes». En el Canadá, la jurisdicción sobre cuestiones relacionadas con las aguas se reparte entre los niveles provincial y federal del Gobierno. Por ello, el nivel federal del Gobierno puede proporcionar el acceso a los tribunales en ciertas cuestiones federales y ante ciertos tribunales administrativos federales, pero los cambios a nivel provincial deben ser realizados por las provincias. La CDI puede estudiar la forma de resolver esa cuestión.

#### CONCLUSION

22. Por último, en vista del debate que ha suscitado el proyecto de artículos, el Gobierno del Canadá insta a la CDI a que considere si no sería preferible proseguir la elaboración del proyecto de artículos como un conjunto de principios o directrices en lugar de perseguir el objetivo de una convención multilateral, que puede recibir o no un apoyo amplio.

#### Chad

*[Original frances]  
[10 de marzo de 1993]*

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. El Chad es un país sin litoral y sus circunstancias geoclimáticas son tales que sus cursos de agua no son navegables durante todo el año. La mayoría de sus cursos de agua son temporales, salvo el Chari y su afluente el Logone, que son permanentes y seminavegables.

2. Los cursos de agua del Chad y los que comparte con los países vecinos, denominados cursos de agua internacionales, sólo pueden utilizarse para otros fines, tales como el riego, el abastecimiento de agua de la población, pequeñas represas, etc. Desgraciadamente, desde la independencia, diversos problemas debidos a las guerras civiles, que han retrasado el desarrollo del país, no han permitido emprender proyectos de utilización racional de los cursos de agua.

3. Las medidas de conservación de que se ocupa el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación deben atraer mucho más la atención del Estado, ya que el Chad es un país sahariano en el que la escasez de agua es aguda y hay que conservar y proteger la poca agua de que se dispone.

4. El país no ha llegado aún a la etapa de la contaminación debida a residuos industriales, pero hay que comenzar a pensar desde ahora en el establecimiento de medidas de protección contra los posibles contaminantes futuros. También puede preverse la protección contra los contaminantes naturales. El Chad podría concertar una convención con su vecino meridional, la República Centrafricana, con miras a regularizar los regimenes de los cursos de agua y prevenir inundaciones.

5. Sería conveniente que el Estado tuviera en cuenta las disposiciones de los artículos 3, 4 y 5 relativos a los acuerdos de cursos de agua internacionales, principalmente en

el marco de la Comisión de la cuenca del Chad<sup>1</sup>. En la parte II del proyecto de artículos se debería tener en cuenta también la Recomendación 51 [del Plan de Acción para el Medio Humano<sup>2</sup>], relativa al establecimiento de comisiones internacionales de cuencas hidrográficas, a fin de supervisar la utilización equitativa de los cursos de agua internacionales y la ejecución de los acuerdos concertados entre Estados, teniendo presente que tales acuerdos deben afectar solamente a aquellos cursos de agua que se extiendan a varios Estados, como se establece en el primer párrafo de esa recomendación.

6. También hay que tener en cuenta que los cursos de agua son dones de la naturaleza y que ésta no ha tenido en cuenta la equidad a la hora de repartirlos entre los Estados; por consiguiente, no sería lógico que un Estado que disponga de una gran parte de un curso de agua esté sometido a utilizations equitativas con otros Estados que sólo tengan una pequeña parte del mismo (como se contempla en el artículo 5).

7. Este proyecto de artículos ha sido bien concebido y podría servir de base no sólo para la reglamentación de los cursos de agua internacionales sino también para la colaboración entre los Estados de un curso de agua.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

##### Artículo 9

8. Teniendo en cuenta las observaciones hechas en el interior del Chad, es conveniente que, en el párrafo 3 del artículo 9, se añada lo siguiente:

«Los Estados ribereños deben permitir en todo momento la instalación provisional de dispositivos tales como piquetes, balizas, etc., para efectuar mediciones en los cursos de agua internacionales.»

<sup>1</sup> Instituida de conformidad con el artículo 1 de la Convención y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad

<sup>2</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5-16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 73 II A 14), cap II

#### Costa Rica

*[Original español]  
[1° de septiembre de 1992]*

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. Al Gobierno costarricense le es de sumo agrado hacer notar, en primer lugar, que el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación representa un notable esfuerzo, no sólo por la regulación propiamente tal de los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación, sino por su coherencia con los esfuerzos realizados en distintos foros a través de distintos instrumentos en materia de protección ambiental y, en consecuencia, con los grandes lineamientos de este orden establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre

el Derecho del Mar, en cuya terminología y régimen, en no pocas ocasiones, se inspira aquél.

2. Es también digno de encomio el trabajo del Comité de Redacción, cuyos comentarios, apoyados en una abundante doctrina comparativa y jurisprudencia, sirven de guía a efectos de interpretar el alcance de las normas propuestas.

3. En esta esfera, donde la tarea consiste en dilucidar las reglas existentes y perfeccionarlas desarrollando progresivamente el derecho fluvial, el proyecto de artículos se caracteriza por una constante búsqueda del equilibrio y de soluciones negociadas que se ajusten a la realidad de las distintas relaciones en causa.

4. Nuestro Gobierno entiende dar su apoyo y celebra el trabajo realizado por el Comité de Redacción al que la Comisión de Derecho Internacional encargó elaborar el citado proyecto normativo. Al hacerlo, confirmamos el espíritu que nos condujo a ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como nuestra vocación hacia el derecho internacional y el profundo respeto que éste nos inspira.

5. No obstante lo anterior y en atención al interés que el articulado suscita, nos permitiremos presentar algunas breves inquietudes o reflexiones concernientes al régimen previsto por la Comisión.

6. La primera de ellas se desprende de la calificación misma de «curso de agua internacional». A nuestro entender, el proyecto hace depender de criterios puramente físicos, y no políticos, el carácter internacional de un curso de agua. Así, un curso de agua es internacional cuando las partes de dicho curso se encuentran en distintos Estados (art. 2, apart. a). En consecuencia, el «Estado del curso de agua» es aquel en cuyo territorio se encuentra parte de un curso de agua internacional (apart. c).

7. La Comisión, en su comentario, dice que los ejemplos más comunes estarían constituidos por un río que constituya una frontera o la cruce<sup>1</sup>. El Gobierno de Costa Rica se pregunta si esta noción podría entenderse en el sentido de cambiar la naturaleza de un río que por un tratado esté destinado a servir de frontera entre dos países, pero cuya pertenencia se circunscriba a uno solo de ellos. Es decir, un río fronterizo sometido formalmente a la soberanía territorial de un Estado, pero sujeto también al régimen de libre y perpetua navegabilidad en favor de otro Estado, ¿podría ser considerado, por el hecho de ser fronterizo y por el hecho de que dos Estados vecinos ratifiquen una convención de este tipo, como «curso de agua internacional» a los propósitos del proyecto?

8. La cuestión es saber si los cursos de agua del otro Estado que alimenten el río fronterizo, por el hecho de desembocar en este último, serían considerados internacionales al ingresar en aguas cuya soberanía territorial recae en el Estado vecino limítrofe y si la proporción en que un curso de agua penetre o se infiltre a través de las fronteras de otro Estado no tendría ninguna incidencia sobre el carácter internacional o no de aquél.

<sup>1</sup> *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 76, párrafo 2 del comentario al artículo 2.

9. El Gobierno de Costa Rica se pregunta si, por ejemplo, en el caso de un río mediano cuyo cauce se sitúe, en su mayor parte, en un Estado, pero cuya parte inferior atravesase un cierto trecho, no muy considerable, del territorio de un Estado vecino y en cuyos afluentes, lagos y otros cursos de agua de aquél desagüe, sería suficiente la circunstancia de atravesar una pequeña parte del territorio de un Estado vecino y desembocar en sus aguas para calificar la totalidad del río o afluente de «curso de agua internacional». Si la respuesta fuera afirmativa, ¿no permitiría este razonamiento extender el carácter de «internacional» al curso de agua donde desembocan los ríos de nuestra hipótesis, en la medida en que éstos formen con aquél un sistema de aguas que «constituyen un conjunto unitario y fluyen a un término común» (art. 2, apart. b)?

10. El Gobierno costarricense se pregunta qué relación tiene en todo esto la distinción que, a efectos de aplicar el mismo régimen previsto en el proyecto, hace la Comisión entre cursos de agua y las aguas de los cursos (art. 1, párr. 1).

11. Cuestiones diferentes, pero íntimamente ligadas a las anteriores, merecerían también nuestra atención.

12. El Gobierno costarricense se pregunta si una eventual ratificación de un instrumento de este tipo iría acompañada de la declaración de los ríos a los que los Estados someten el régimen allí previsto; si el criterio de subsidiariedad del proyecto de convención, establecido sobre todo a través de sus artículos 2 y 3, sigue manteniéndose como tal respecto de acuerdos preexistentes<sup>2</sup>, y si por el solo hecho de suscribir una convención de esa naturaleza, y en ausencia de una declaración sobre los cursos de agua a los que sería aplicable una eventual convención, se permitiría que se utilizaran estos cursos para fines distintos de la navegación mientras que el régimen existente para éstos sólo se refiere a la navegación.

13. Si bien es cierto que una gran parte de las normas de dicho proyecto pertenecen a aquellas consideradas como *soft law*<sup>3</sup>, que dependen de reglas específicas posteriores, lo cierto es también que hay un régimen de responsabilidad que se desprende de ese instrumento marco. Pero, como ocurre frecuentemente en el derecho internacional, aunque el principio de responsabilidad se establece, no ocurre lo mismo con el régimen de sanciones que le refuerza. La cuestión es determinar si existe posibilidad de establecerlo y si el régimen de responsabilidad se extendería al manejo de aguas de los afluentes de un curso de agua internacional. El proyecto de artículos parte de la noción de sistema para cubrir los aspectos de protección del medio ambiente. El Gobierno de Costa Rica se pregunta si la contaminación indirecta de los cursos de agua por contaminación de afluentes entraña responsabilidad del Estado donde se sitúan éstos y si la omisión, en materia de protección de suelos y bosques de las cuencas concernidas por el proyecto, constituiría falta del Estado en que se sitúan aquéllos.

<sup>2</sup> Según principios bien conocidos del derecho, la regla posterior prima sobre la anterior, y la especial sobre la general. Sin embargo, en este dominio, donde también se innova, esos principios pueden no ser suficientes y puede que sea necesario combinarlos con el de principalidad y subsidiariedad.

<sup>3</sup> Normas generales y flexibles.

14. También sería necesario determinar si aspectos procesales, como los establecidos en la regla de la no discriminación prevista en el artículo 32 del proyecto, necesitan una revisión o una mayor precisión, tal y como lo hace el artículo 3 del Convenio sobre la protección del medio ambiente, celebrado entre los países escandinavos el 19 de febrero de 1974, y en el cual se inspira el primero.

15. Finalmente, a juicio del Gobierno de Costa Rica, un cuerpo de disposiciones relativas a la solución pacífica de controversias se hace completamente indispensable.

16. Esperamos que las inquietudes arriba expuestas sirvan para incentivar el fructuoso trabajo hasta ahora realizado por la Comisión de Derecho Internacional.

### Dinamarca

[Véase *Países nórdicos*]

### España

[Original español]  
[27 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. A juicio del Gobierno español, el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación constituye una base de discusión aceptable.

2. El Gobierno español considera que sería conveniente asimismo preparar un proyecto de artículos relativo al uso y explotación de las aguas subterráneas confinadas en aquellos casos en que una frontera atraviesa el acuífero en el que se encuentran<sup>1</sup>; dichos artículos podrían eventualmente ser integrados en el proyecto que nos ocupa.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

##### Artículo 3

3. Llama la atención la referencia que se hace en el artículo 3 a la aplicación del proyecto de artículos. En su actual redacción, los párrafos 1 y 3 del artículo 3 dan a entender que los derechos y obligaciones que se enumeran en el proyecto sólo serían aplicables si mediara un acuerdo entre los Estados del curso de agua. Una lectura atenta del conjunto de artículos del proyecto, así como de los comentarios que acompañan al mismo, demuestra que no es ésa la intención de la Comisión de Derecho Internacional<sup>2</sup>. Una posible solución sería la de suprimir en el párrafo 3 las palabras «o aplicación»; además, para mayor claridad, podrían también suprimirse en el primer párrafo las palabras «apliquen y».

<sup>1</sup> Véase el párrafo 5 del comentario al artículo 2 del proyecto en *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), págs 76 y 77

<sup>2</sup> Véase el comentario al artículo 5 (aprobado inicialmente como artículo 6) en *Anuario 1987*, vol II (segunda parte), págs 32 a 37, en particular párrafo 5 *in fine*

##### Artículo 6

4. En el párrafo 1 del artículo 6, el Gobierno español desearía incluir un nuevo apartado, que podría insertarse entre los actuales *d* y *e*, cuyo tenor literal podría ser el siguiente: «el grado de dependencia de cada Estado del curso de agua respecto de las aguas de que se trate». A juicio del Gobierno español, la idea que se acaba de transcribir, aunque se encuentra latente en distintos apartados del párrafo 1 del artículo 6, no está lo suficientemente explicitada en la actual redacción del mencionado párrafo. Por lo demás, el texto que se propone ha sido extraído del memorando sobre los aspectos jurídicos del uso de los sistemas hidrográficos internacionales presentado por los Estados Unidos en 1958 a que hace referencia el párrafo 7 de los comentarios al artículo que nos ocupa<sup>3</sup>.

##### Artículo 8

5. Quizás sería conveniente hacer mención expresa en el artículo 8 de los principios de la buena fe y la buena vecindad a que se refiere el párrafo 2 de los comentarios al mencionado artículo<sup>4</sup>.

##### Artículo 9

6. En la versión española del párrafo 2 podría utilizarse, en lugar del término «reunión», la palabra «recogida» o «recolección».

##### Artículo 11

7. El artículo 11 actual establece una serie de obligaciones para los Estados del curso de agua que, a juicio del Gobierno español, son de difícil aplicación en la práctica. Se sugiere modificar la redacción para ceñir el artículo a aquellas medidas proyectadas que puedan tener efectos apreciables o, alternativamente, suprimir la obligación de consulta.

##### Artículo 18

8. Se sugiere enmendar el párrafo 3 con el fin de establecer un régimen más equilibrado que tenga en cuenta los distintos intereses en juego. La modificación que se propone podría tener el tenor siguiente:

«3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado que proyecte tomar las medidas no las ejecutará ni permitirá su ejecución, por un plazo que no excederá de seis meses, si el otro Estado, en el momento en que pida que se inicien las consultas y negociaciones, presenta una petición en este sentido acompañada de una exposición documentada de las razones en que se funda la solicitud.»

##### Artículo 24

9. En el artículo 24 debería añadirse la conjunción «y» antes del inciso final, que dice «que puedan ser nocivos para otros Estados del curso de agua».

<sup>3</sup> Aprobado inicialmente como artículo 7 Para el comentario, *ibid*, págs 37 a 39

<sup>4</sup> Aprobado inicialmente como artículo 9 Véase el comentario en *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), pag 45

## Estados Unidos de América

[Original inglés]  
[4 de enero de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

1. Los Estados Unidos aprecian los esfuerzos de la Comisión de Derecho Internacional por completar la primera lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Los Estados Unidos apoyan plenamente la decisión de estructurar el proyecto como un documento marco en el que se establecen derechos y obligaciones generales que guiarán a los Estados de cada curso de agua para elaborar prácticas de gestión ajustadas a sus circunstancias. La insistencia en el proyecto de artículos en la cooperación entre los Estados de un curso de agua es especialmente saludable. Los siguientes comentarios y observaciones generales se aplican a todo el texto.

*Daño apreciable*

2. El proyecto de artículos impone la obligación de no causar daño «apreciable» a los Estados del curso de agua. El daño «apreciable» se determina mediante «pruebas objetivas» de «un verdadero menoscabo del uso, es decir un efecto nocivo de cierta importancia, por ejemplo sobre la salud pública, la industria, los bienes, la agricultura o el medio en el Estado afectado»<sup>1</sup>.

3. Los Estados Unidos apoyan la decisión de la CDI de excluir de la aplicación de los artículos daños que sean insignificantes o meramente detectables. Sin embargo, les preocupa que el término «apreciable» establezca un umbral demasiado bajo. En las memorables Normas de Helsinki<sup>2</sup> se estableció en 1966 el criterio del daño «sustancial». A medida que sabemos más sobre los efectos de las actividades humanas en el medio ambiente, resulta posible determinar consecuencias en niveles cada vez más bajos. En recientes acuerdos internacionales relacionados con los cursos de agua se ha adoptado como criterio el daño «importante»<sup>3</sup> o «grave»<sup>4</sup>. Los Estados Unidos creen que la CDI debería establecer su criterio con arreglo a esos documentos.

<sup>1</sup> Véase el comentario al artículo 7 (aprobado inicialmente como artículo 8) en *Anuario 1998*, vol II (segunda parte), págs 39 a 45, en particular pag 39, párr 5

<sup>2</sup> Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966, vease ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs 484 y ss, reproducido parcialmente en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), págs 389 y ss, documento A/CN.4/274, párr 405

<sup>3</sup> Véanse Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Convención de Helsinki) (art 1, párr 2), y Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Convención de Espoo) (art 2)

<sup>4</sup> Véase Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (art 1, apart d)

*Participación pública*

4. La participación del público en la consideración por un Estado de las actividades que afectan a los cursos de agua transfronterizos puede mejorar la protección y el uso de esos cursos de agua, y constituye un enfoque seguido recientemente en diversas convenciones<sup>5</sup>. Los Estados Unidos recomiendan que la CDI considere el modo en que el proyecto de artículos podría alentar la participación del público. Los artículos más apropiados para ello parecen ser los artículos 12 y 15, como parte de las obligaciones del Estado notificador y del Estado notificado, y el artículo 25, en la planificación en casos de urgencia y las medidas que se adopten como respuesta. Con una redacción modificada, esos artículos complementarían el actual artículo 32, en el que se establece que, en relación con las personas que hayan sufrido daños, los Estados no incurrirán en discriminación «basada en la nacionalidad o la residencia» en el reconocimiento de la libertad de acceso «al proceso judicial o de otra índole», pero no se describen los procedimientos correspondientes. No obstante, a nuestro juicio, la nueva redacción de los artículos no debe crear causas privadas de acción o exigir a los Estados que establezcan procedimientos diferentes de aquellos de que disponen sus propios ciudadanos. Para extraer ideas sobre el contenido de las revisiones a esos artículos podrían examinarse las propuestas formuladas por el Relator Especial en su sexto informe<sup>6</sup>.

*La primacía de la utilización equitativa y razonable*

5. La utilización «equitativa y razonable» es la norma fundamental respecto a los cursos de agua internacionales, como se señala en el artículo 5. En el artículo 6 se establecen los factores pertinentes para determinar cuándo es equitativa y razonable una utilización. El artículo 7 es asimismo pertinente, aunque sirve también como un requisito jurídico independiente. Desgraciadamente, los artículos posteriores parecen enturbiar el significado de esa norma. En el párrafo 2 del artículo 26, por ejemplo, se habla de gestión para «el aprovechamiento sostenible» de los cursos de agua y para su «utilización racional y óptima». No se especifica la relación de estos términos con la utilización «equitativa y razonable», ni está claro su sentido en el derecho internacional. La parte IV, sobre protección y preservación, parece establecer también obligaciones concretas que pueden modificar la obligación formulada en el artículo 5.

6. Los Estados Unidos son partidarios de que se indique claramente que todos los artículos posteriores están subordinados al requisito de la utilización «equitativa y razonable» establecido en el artículo 5. Las únicas excepciones a esa norma podrían ser los artículos que recogen obligaciones jurídicas ya establecidas (por ejemplo la obligación de no causar daño a los bienes ajenos o las obligaciones de protección marina aceptadas en el derecho del mar consuetudinario). A nuestro juicio, la CDI debería examinar la posibilidad de redactar de nuevo esos artículos posteriores para incorporar en ellos los términos utilizados en el párrafo 1 del artículo 6; como alternativa, los términos utilizados en los artículos posteriores podrían incorpo-

<sup>5</sup> Véanse notas 3 y 4 *supra*

<sup>6</sup> *Anuario 1990*, vol II (primera parte), pag 43, documento A/CN.4/427 y Add 1

rarse al párrafo 1 del artículo 6 siempre que pudieran definirse adecuadamente.

7. Además, los Estados Unidos creen que habría que considerar detenidamente la relación entre la norma de la utilización equitativa y la norma de «no causar daños» establecida en el artículo 7. Si bien en el comentario al artículo 7 se afirma que la norma de «no causar daños» prevalece en caso de conflicto, eso no es evidente en el proyecto de artículos tal como está redactado, y ciertamente puede haber circunstancias en que no deba ser así.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTÍCULOS

##### Artículo 3

8. Los Estados Unidos recomiendan que la frase «menoscabe apreciablemente el» (*adversely affect, to an appreciable extent*) se reemplace por «cause un daño importante al» (*cause significant harm to*). La razón para cambiar «apreciable» por «importante» se explicó ya en nuestras observaciones generales. Creemos también que el significado de *extent* en el texto inglés no es claro e induce a confusión, ya que no aparece en otros artículos, como el artículo 7. Con nuestro enfoque, el proyecto de artículos propuesto abarcaría un daño localizado, si fuera «importante», aunque su «extensión» no fuera «importante».

9. Los Estados Unidos apoyan el enfoque de marco del artículo, que coincide con el de la Convención de Helsinki. Los Estados Unidos recomiendan también que se desplacen los artículos 8 y 26 de modo que precedan al artículo 3, a fin de dar a esos dos artículos un mayor sentido de prioridad. El objetivo primario del proyecto de artículos es la cooperación en la utilización y la protección de un curso de agua transfronterizo. Los acuerdos son simplemente un medio de lograr ese fin, como se estipula en el párrafo 1 del artículo 3, al no hacer obligatorios los acuerdos.

##### Artículo 4

10. Los Estados Unidos cuestionan el significado del párrafo 2 basándose en que la expresión «que [...] se aplique a» es ambigua. Si es sinónima de «afecte apreciablemente», no añade nada al párrafo 2 del artículo 4. Si «que se aplique a» significa «rija» o «regule», el párrafo es tautológico porque todo Estado de un curso de agua debe participar en un acuerdo que regule el curso de agua dentro de todo su territorio.

11. Por las mismas razones que las indicadas en el párrafo 8 *supra*, en el párrafo 2, la frase «pueda resultar afectado de manera apreciable» (*may be affected to an appreciable extent*) debe reemplazarse por «pueda sufrir un daño importante» (*may incur significant harm*).

##### Artículo 5

12. Los Estados Unidos apoyan el principio de la utilización equitativa. Cabe señalar que, una vez que el uso

por un Estado resulte incompatible con sus obligaciones de no causar efectos en otro Estado, existe una tensión inexorable entre los usos. Aunque puedan encontrarse formas de acomodar esos principios competitivos, a menudo, caso por caso, debe evitarse la tensión siempre que sea posible. Por consiguiente, es importante que no se desencadene la aplicación del artículo 7 por un daño que no sea «importante».

##### Artículo 6

13. Los Estados Unidos apoyan el concepto en que se basa el párrafo 2, pero sugieren que es redundante con el artículo 8 y con el párrafo 2 del artículo 10. En consecuencia, la CDI debería considerar la posibilidad de suprimirlo.

##### Artículo 7

14. Además de los puntos mencionados en el párrafo 2 *supra*, los Estados Unidos creen que debe aclararse, ya sea en el propio proyecto de artículo o en el comentario al mismo, que el artículo expresa una obligación (de hecho, la de la diligencia debida) y no una responsabilidad.

15. Los Estados Unidos instan también a la CDI a que evalúe los posibles efectos de este artículo en mecanismos orientados hacia el mercado, como la cantidad comerciable y los sistemas de permisibilidad de emisiones. Los mecanismos orientados hacia el mercado permiten a los agentes en el mercado decidir, dentro de ciertos límites, si es más eficiente para ellos reducir ciertas actividades o pagar una prima por su continuación. Debido a que personas distintas de los Estados son responsables de las decisiones relativas a usos concretos que pueden dañar a un curso de agua, no es evidente que esos mecanismos sean compatibles con el artículo 7. La CDI debería asegurarse de que el artículo no impida la adopción de tales políticas.

##### Artículo 10

16. Los Estados Unidos proponen que el párrafo 2 de este artículo se remita al artículo 8, en el que se establecen las bases para la cooperación entre los Estados, como uno de los artículos que han de consultarse para resolver los conflictos entre usos.

##### Artículo 25

17. Los Estados Unidos conceden gran importancia a prevenir los casos de urgencia y a mitigar los daños causados por ellos. Por ejemplo, los Estados Unidos han concertado con México, el Canadá y la antigua Unión Soviética planes conjuntos para resolver situaciones de urgencia en el medio marino y han participado activamente en la elaboración de medidas para resolver situaciones de urgencia en el marco de la CEPE, la OCDE y la OMI, así como en el marco de acuerdos regionales, como el Convenio sobre la protección y el desarrollo del medio marino en la región del Gran Caribe, que contiene un protocolo sobre la adopción de medidas urgentes en caso de vertimientos de petróleo.

*Artículo 26*

18. Véase el párrafo 4 *supra*. Los Estados Unidos dudan de que los elementos de la «gestión» mencionados en este artículo ejemplifiquen las obligaciones de los Estados respecto a la utilización «equitativa y razonable». Los Estados Unidos no apoyan que se añadan otras obligaciones a la expresada en el artículo 5. Como se ha sugerido en el párrafo 5 *supra*, en la medida en que tengan un significado independiente, «aprovechamiento sostenible» y «utilización racional y óptima» deberían incorporarse al párrafo 1 del artículo 6, en el que se establecen los factores pertinentes para determinar si la utilización es «equitativa y razonable». Si no tienen un significado independiente, esas frases deberían ser reemplazadas por las que se emplean en el párrafo 1 del artículo 6.

*Artículo 29*

19. Los Estados Unidos apoyan la conclusión de que las normas aplicables en esta esfera son las relativas a los conflictos armados.

*Artículo 32*

20. Los Estados Unidos apoyan firmemente el principio de la no discriminación, especialmente en lo referente a la participación del público en procesos relativos a las amenazas a un curso de agua internacional. Los Estados Unidos observan, no obstante, que podría negarse a un demandante el derecho a incoar un procedimiento ante un tribunal basándose en parte en el hecho de que el demandante no es residente en la zona del curso de agua internacional y, por tanto, no puede demostrar ningún daño. El derecho internacional no requiere, y no debe requerir, que se conceda el derecho a incoar acciones en esas circunstancias.

21. A nuestro juicio, no debe interpretarse que este artículo exige que un Estado otorgue procedimientos o recursos de que no dispongan sus propios ciudadanos. Por ejemplo, la práctica reciente en la zona de la CEPE requiere que el público afectado tenga una oportunidad de participar en los procesos «equivalente a la que tiene el público de la parte de origen» (Convención de Espoo, art. 2, párr. 6). La Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales contiene textos comparables en los párrafos 2 y 3 de su artículo 9.

## CONCLUSIÓN

22. Los Estados Unidos aprecian la oportunidad de expresar estos comentarios y observaciones.

**Finlandia**

[Véase *Países nórdicos*]

**Grecia**

[Original francés]  
[3 de febrero de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

1. Las disposiciones del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación son aceptables en general por el Gobierno de Grecia. El proyecto ha logrado, en su conjunto, conciliar con éxito los derechos e intereses contrapuestos existentes en esa esfera: los de los países del curso superior del río, por una parte, y los de los países del curso inferior, por la otra. Por consiguiente, sigue la dirección adecuada y constituye una excelente base de trabajo.

## OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTÍCULOS

*Artículo 2*

2. El Gobierno de Grecia constata que la Comisión ha adoptado, en el artículo 2 del proyecto, el concepto de sistema en relación con los cursos de agua internacionales. Sin embargo, habría preferido que se adoptara la noción moderna de «cuenca hidrográfica internacional» que, científicamente, es más completa y más sólida. Por otra parte, hay que considerar como un punto positivo que las aguas subterráneas del sistema se hayan incluido en el ámbito de aplicación del proyecto.

*Artículos 5 a 7*

3. Puede considerarse que los artículos 5 y 6 son los pilares del proyecto ya que, en realidad, determinan la conducta de los Estados ribereños en lo que respecta a la utilización de los cursos de agua en sus territorios. Esa utilización deberá ser equitativa y razonable. El empleo de la noción de equidad en las relaciones en materia de cursos de agua internacionales es totalmente pertinente. Sin embargo, cabría subrayar que la equidad no es una noción ajena al derecho, una especie de solución *ex aequo et bono*, sino que es, por el contrario, una norma jurídica impuesta por el derecho consuetudinario internacional. La equidad es, pues, una noción controlable y que obedece a criterios determinados, que son los enumerados en el artículo 6.

4. En el artículo 7 del proyecto se establece la obligación de no causar «daños apreciables». A juicio del Gobierno de Grecia, habría sido preferible el término «daños sensibles», que se acerca más a la práctica actual en esa esfera. Esta observación es aplicable también a los demás artículos del proyecto en los que aparece el mismo término.

*Artículo 10*

5. En cuanto al artículo 10, referente a la relación entre los usos, el Gobierno de Grecia cree que, especialmente en el caso de los ríos de dimensión modesta, habría que tener en cuenta, aunque sólo fuera como excepción, cier-



tos intereses concretos, como la protección de la salud pública y la preservación de la calidad del agua para usos domésticos y agrícolas, intereses que pueden tener una importancia vital para ciertas regiones.

#### Artículos 11 a 18

6. Los artículos 11 a 18 establecen un mecanismo que parece a la vez realista y eficaz. Sin embargo, según la opinión del Gobierno de Grecia, el plazo previsto de seis meses es corto. Habría que prever, especialmente con respecto al artículo 13, un plazo de al menos un año. De lo contrario, los Estados, al no disponer de tiempo suficiente para estudiar y evaluar los efectos eventuales, tenderían a oponerse, en todos los casos, a los proyectos que se les notificasen.

#### Artículo 19

7. En relación con el artículo 19, que permite que el Estado interesado actúe unilateralmente en casos de extrema urgencia, situación que él mismo apreciará discrecionalmente, cabe señalar que ese artículo rompe el equilibrio que el proyecto quiere establecer y socava el sistema de salvaguardias basado en los artículos 12 y siguientes. En la práctica, los abusos y los hechos consumados serán inevitables. Por consiguiente, a juicio del Gobierno de Grecia, ese artículo debería volver a examinarse atentamente.

#### Artículos 20 a 25

8. Las disposiciones de los artículos 20 a 25 parecen satisfactorias en conjunto. Se inspiran en gran parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en otros instrumentos jurídicos internacionales pertinentes relativos, en particular, a la lucha contra la contaminación del agua. En especial, el Gobierno de Grecia apoya la utilización del término «ecosistema», que es una noción segura y científicamente aceptada.

9. Por lo que respecta al párrafo 2 del artículo 21, el Gobierno de Grecia piensa que esa disposición no ha logrado aún el equilibrio deseable entre los derechos de los países del curso superior del río y los del curso inferior. En efecto, aparte de la prevención, la reducción y el control de la contaminación, habría que prever igualmente en ese párrafo, al menos en ciertas condiciones, el caso de la eliminación de la contaminación. Igualmente, en el artículo 24, habría que añadir las palabras «controlar» y, posiblemente, «eliminar» a las palabras «prevenir» y «atenuar».

#### Artículos 26 a 29

10. Es evidente la importancia de los artículos 26 y 27, relativos a las cuestiones de la gestión y de la regulación del caudal de los cursos de agua internacionales, respectivamente, y su formulación es satisfactoria en general. Lo mismo ocurre con el artículo 28 relativo al mantenimiento y la protección de las instalaciones. El artículo 29, relativo a la protección de los cursos de agua internacionales y de sus instalaciones en tiempo de conflicto armado, merece su lugar en el proyecto. En él se trata con prudencia una cuestión delicada.

#### Artículo 32

11. Sin negar la importancia del principio establecido en el artículo 32, titulado «No discriminación», el Gobierno de Grecia cree que esa disposición queda fuera del ámbito del proyecto de artículos. Se trata en realidad del derecho de acceso a la justicia, es decir de una cuestión regulada por otros instrumentos de derecho internacional. Por consiguiente, habría que volver a examinar la oportunidad de incluir en el proyecto una disposición semejante.

#### CONCLUSION

12. Por último, no cabe duda de que el proyecto debe completarse mediante disposiciones relativas a la solución de controversias. Dada la naturaleza del tema, esas disposiciones deberían referirse más bien a los procedimientos de solución obligatoria, a saber el arbitraje y el arreglo judicial.

13. El Gobierno de Grecia se reserva el derecho a hacer más adelante observaciones complementarias sobre este proyecto de artículos.

#### Hungría

[Original inglés]  
[13 de mayo de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. Al evaluar el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de la Comisión de Derecho Internacional, puede utilizarse como punto de partida la respuesta del Gobierno húngaro al cuestionario de la Comisión de 1975 que, en términos generales, acepta la necesidad de codificar esta esfera del derecho internacional<sup>1</sup>. En esa respuesta se recalca que los acuerdos de gestión del agua vigentes con respecto a Hungría sólo han aportado resultados parciales desde el punto de vista de los intereses húngaros. Según la misma respuesta, hubiera sido preferible la aplicación del concepto de cuencas hidrográficas.

2. A juicio del Gobierno de Hungría, el último proyecto de la Comisión de Derecho Internacional merece nuestro apoyo en su conjunto y puede servir de base para un tratado internacional jurídicamente obligatorio. Sin mengua de esta estimación, la presente respuesta contiene también observaciones críticas.

3. Hasta la fecha, los resultados de la codificación iniciada por la Comisión de Derecho Internacional reflejan el hecho de que toda la comunidad internacional ya ha aceptado actualmente la existencia de principios y normas jurídicas internacionales generales que rigen las relaciones entre los Estados en lo que respecta a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El derecho internacional general, incluso en ausencia de tratados, limita la libertad de acción de los

<sup>1</sup> *Anuario* 1976, vol II (primera parte), págs 161 y ss, documento A/CN.4/294 y Add 1

Estados de un curso de agua. El proyecto de artículos enuncia estos principios y normas generales de derecho internacional, y lo hace con mayor autoridad que las resoluciones adoptadas por las asociaciones jurídicas internacionales, por ejemplo el Instituto de Derecho Internacional, la Asociación de Derecho Internacional, etc. Como se ha demostrado también en otros casos, *un tratado puede incluso convertirse en parte de los usos internacionales y ser un punto de referencia*, tanto en las negociaciones para la conclusión de tratados internacionales como en las controversias sobre cuestiones de los cursos de aguas internacionales.

4. Aunque parecería más lógico incluir las distintas definiciones (art. 21, párr. 1, art. 25, párr. 1, art. 26, párr. 2 y art. 27, párr. 3) en un solo artículo, posibilidad que se menciona en el propio comentario<sup>2</sup>, el método seguido por el proyecto, que en el artículo 2 da sólo la definición de curso de agua internacional (y con ella la definición de Estado del curso de agua), parece más ventajoso porque destaca la importancia especial de esta noción, al definir *el ámbito territorial de aplicación* de las normas generales establecidas en el proyecto.

5. La inclusión de *la obligación general de cooperación* (art. 8) entre los principios generales (parte II) es más problemática. Cabe suponer que esta obligación general no es idéntica al principio de cooperación (la única diferencia es que el propósito concreto de la cooperación queda definido, es decir lograr una utilización óptima y una protección adecuada), dado que ese principio tiene un carácter más general que aparece en documentos tales como la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>3</sup> y el Acta Final de Helsinki<sup>4</sup>. Incluso desde el punto de vista práctico sería mejor incluir *los distintos modos de cooperación* dentro de la obligación general de cooperar, incluyendo entre ellos el intercambio regular de datos e información (art. 9), las obligaciones de procedimiento en materia de proyectos (arts. 11 a 19), y también la gestión (art. 26) y la regulación (art. 27), sacándolos de la parte «disposiciones diversas», en que figuran actualmente.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

##### Artículo 1

6. La anterior respuesta húngara al cuestionario de la CDI ya apoyó la interpretación amplia de los usos distintos de la navegación, entre ellos la utilización y los usos de las aguas y las medidas de conservación y protección. Este artículo del proyecto satisface esta necesidad.

##### Artículo 2

7. *Al definir el término «curso de agua internacional»*, el proyecto define también el ámbito territorial de sus nor-

<sup>2</sup> *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), pag 76, párrafo 8 del comentario al artículo 2

<sup>3</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo

<sup>4</sup> *Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa*, firmada en Helsinki el 1º de agosto de 1975 (Imprimeries réunies, Lausana)

mas. Durante los casi dos decenios de historia de la codificación, la cuestión más difícil y polémica ha sido la definición del término «curso de agua internacional». Desde el principio la denominada noción tradicional, de carácter restrictivo, del término curso de agua internacional (cuyos orígenes se remontan al Congreso de Viena de 1815), que lo limita a los cursos de agua que forman fronteras o cruzan fronteras, ha estado en conflicto con la interpretación amplia, que identifica —principalmente merced a los efectos de las Normas de Helsinki<sup>5</sup>— los cursos de agua internacionales con las cuencas hidrográficas (recientemente se utiliza la expresión «zona internacional de captación de agua») o con los sistemas hidrológicos internacionales (el comentario<sup>6</sup> a este respecto remite al Tratado de Versalles). La hipótesis de trabajo utilizada por la CDI en 1980<sup>7</sup> trató de resolver el conflicto entre ambas nociones introduciendo un término funcional mediante una combinación de la naturaleza internacional del curso de agua y los efectos transfronterizos. Es decir, si las consecuencias de una medida tomada con respecto a un sistema hidrológico afecta al territorio de otro Estado del curso de agua, en ese caso se trata de un curso de agua internacional; en cambio, si falta tal consecuencia, el curso de agua no es internacional.

8. No obstante, podría ser útil *enumerar ejemplos de los elementos más importantes de un «curso de agua internacional»*, que pueden encontrarse en el comentario, en particular los acuíferos<sup>8</sup>, y al mismo tiempo apoyar la exclusión de *las aguas subterráneas confinadas*, no relacionadas con las aguas superficiales.

##### Artículos 3 y 4

9. Los artículos 3 y 4 pueden considerarse dos de las disposiciones claves del proyecto. Parten de premisas que respetan la realidad, apoyadas por precedentes y sostenidas por consideraciones teóricas, a saber: que la mejor manera de regular las relaciones internacionales en materia de usos distintos de la navegación es la conclusión, por los Estados del curso de agua, de *tratados internacionales* a los que el proyecto denomina *acuerdos de cursos de agua*.

10. La conveniencia y necesidad de celebrar acuerdos de curso de agua se reconocen en general en el comentario al artículo 3<sup>9</sup> y concuerdan con la idea básica de la respuesta presentada en 1976 por el Gobierno húngaro.

11. Este planteamiento refleja el doble aspecto de la regulación de los cursos de agua internacionales. El primero concierne a los acuerdos de curso de agua y el segundo a los principios y normas generales codificados

<sup>5</sup> Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966, véase I.L.A., *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967 pags 484 y ss, reproducido parcialmente en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pags 389 y ss, documento A/CN.4/274, párr 405

<sup>6</sup> *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), pag 76, párrafo 9 del comentario al artículo 2

<sup>7</sup> *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), párr 90

<sup>8</sup> *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), pag 76, párrafo 5 del comentario al artículo 2

<sup>9</sup> *Anuario 1987*, vol II (segunda parte), pags 27 a 31, comentario al artículo 3 (aprobado inicialmente como artículo 4), en particular párrafo 2 *in fine*

en el proyecto. *Este doble aspecto de la regulación jurídica internacional*, sin embargo, crea problemas en ambos sentidos.

12. El comentario atribuye dos *funciones* a los principios generales y las regulaciones codificados en el proyecto. Por una parte, en ausencia de acuerdos de curso de agua, tales principios y regulaciones definen los derechos y obligaciones de los Estados del curso de agua<sup>10</sup>; por otra parte, en cuanto tratado básico o tratado marco<sup>11</sup>, contienen las directrices de los acuerdos del curso de agua que han de celebrarse. Aunque apenas puede cuestionarse la validez de esta segunda función, resulta difícil saber si todos y cada uno de estos principios y normas generales pueden aplicarse directamente, *y si, a falta de un acuerdo, pueden expresar con la precisión requerida a los derechos y obligaciones de los Estados del curso de agua.*

13. El proyecto de artículos deja a los Estados del curso de agua la decisión de si descan concluir acuerdos del curso de agua y les da libertad para definir el ámbito de aplicación territorial y material (*ratione materiae*) de esos acuerdos. Es decir, *no impone la obligación de concluir acuerdos*<sup>12</sup> (en este punto el proyecto sigue la explicación del laudo arbitral del asunto del *Lago Lanós*<sup>13</sup>), pero todo Estado del curso de agua está facultado para celebrar un *pactum de contrahendo*, es decir tiene el derecho de iniciar negociaciones con miras a concluir acuerdos.

14. Si hay más de dos Estados del curso de agua en un curso de agua internacional, hay que tener en cuenta otros problemas. El proyecto de artículos trata de la situación en que el uso por un Estado del curso de agua sea *menoscabado apreciablemente*. Consideramos que la expresión inglesa (*appreciable extent*) y la francesa (*de façon sensible*) no concuerdan plenamente con la aplicación de un acuerdo de curso de agua cuyo ámbito de aplicación sea limitado en su territorio o en su materia. Este Estado está facultado para participar en las negociaciones y ser parte en un acuerdo<sup>14</sup>. Ahora bien, el problema no se resuelve totalmente, ya que no se indica lo que sucederá si las partes en el acuerdo, lógicamente bilateral, que menoscaba apreciablemente el uso del curso de agua por un tercer Estado *no reconocen los derechos de éste o hacen su aplicación imposible.*

15. Según el proyecto de artículos, el propósito de los acuerdos de curso de agua es *aplicar los principios y normas generales y adaptarlos a la situación concreta*. Esto ofrece amplio margen para consideraciones específicas, ya que esos principios y normas deberían tenerse en cuenta al celebrar acuerdos<sup>15</sup>, ya que se reconocen como directrices<sup>16</sup>. Incluso así, la disposición del artículo 3 aún no está exenta de ambigüedad, y, a juicio del Gobierno de Hungría, puede interpretarse con cierta coherencia, que puede demostrarse por la ausencia de la fórmula «si un

tratado internacional no dispone otra cosa». Incluso en este caso puede plantearse el problema, como se ve en el comentario a las Reglas de Montreal sobre el derecho internacional aplicable a la contaminación transfronteriza, análogo al artículo I de las Normas de Helsinki, según el cual:

Los Estados interesados son libres de acordar un nivel mayor de protección [ ] pero tal acuerdo no puede prescindir de los derechos de otros Estados o exonerar a un Estado de la responsabilidad de proteger el medio ambiente mundial<sup>17</sup>

16. Si los derechos de terceros Estados del curso de agua, simplemente otros Estados (por ejemplo los «espacios comunes internacionales», a que hace referencia el Relator Especial encargado del tema de la responsabilidad de los Estados, Sr. Arangio-Ruiz, en su tercer informe<sup>18</sup>), resultan perjudicados por excluir, modificar o hacer caso omiso de los principios y normas contenidos en este proyecto, con el pretexto de «aplicarlo y ajustarlo», *¿bastaría con remitir el caso a las normas de la responsabilidad jurídica internacional* o requeriría el proyecto algún tipo de *procedimiento de solución propio?*

17. Otro problema de la relación entre el acuerdo de curso de agua y los principios y normas generales es que éstos contienen nociones que por definición son mutables, es decir que su importancia varía con el tiempo<sup>19</sup>. Tales nociones son las condiciones técnicas que influyen en la medida del uso razonable y equitativo y los intereses de la protección del medio ambiente. En la medida en que, por su parte, la evolución de los principios y normas generales afecte a los acuerdos de curso de agua, ¿podría esta evolución calificarse de cambio significativo de las circunstancias o es necesario adaptar los tratados vigentes (especialmente los antiguos) a las nuevas circunstancias? (Este es el método previsto, por ejemplo, en la Convención sobre la protección y la utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales.)

#### Artículos 5 a 10

18. El título de esta parte II (Principios generales) es bastante desacertado. Sólo hay tres obligaciones que reúnen los requisitos tradicionales de un principio jurídico, a saber: el principio de la utilización razonable y equitativa, la obligación de no causar daños y la obligación de cooperar. A juicio del Gobierno húngaro, el intercambio ordinario de datos e información es más bien una obligación general, en tanto que la falta de jerarquía en los usos del curso de agua internacional es más bien una consecuencia del principio de la participación razonable y equitativa y, por tanto, debería figurar más bien después del artículo 6.

19. Los mencionados principios de utilización del agua tienen sus raíces en el *derecho consuetudinario internacional*, pero también cabe detectar en ellos el *desarrollo progresivo del derecho*. La aplicación razonable y equita-

<sup>10</sup> Ibid

<sup>11</sup> Ibid, párr 3 *in fine*

<sup>12</sup> Ibid, pag 30, párrs 18 a 20 del comentario

<sup>13</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol XII (N° de venta 63 V 3), pag 281

<sup>14</sup> *Anuario 1987*, vol II (segunda parte), pag 31, párr 2, comentario al artículo 4 (aprobado inicialmente como artículo 5)

<sup>15</sup> Véase el párrafo 5 del comentario al artículo 3 (nota 9 *supra*)

<sup>16</sup> Véase el párrafo 2 del comentario al artículo 3 (ibid)

<sup>17</sup> ILA, *Report of the Sixtyth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, pag 158, párrafo 2 del comentario al artículo 1 de las Reglas

<sup>18</sup> *Anuario 1991*, vol II (primera parte), pag 28, documento A/CN.4/440 y Add 1, párrs 89 a 95

<sup>19</sup> Véase la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre el problema intertemporal del derecho internacional público (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol 56, 1975, pag 340)

tiva, así como la obligación de no causar daños, como pareja de principios, ya aparecieron en la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su periodo de sesiones celebrado en Salzburgo en 1961<sup>20</sup>. Frente a esto, las Normas de Helsinki reconocieron solo un principio fundamental (artículo V), el de la participación razonable y equitativa. En tanto que la Asociación de Derecho Internacional, apartándose del mencionado concepto, en su resolución sobre el derecho de las aguas subterráneas internacionales<sup>21</sup> pone la obligación de no causar daños a continuación del principio de la participación razonable y equitativa, la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su periodo de sesiones celebrado en Atenas en 1979<sup>22</sup>, al menos en la esfera de la protección contra la contaminación, deja de lado el principio de la participación razonable y equitativa.

20 En lo que respecta al desarrollo del derecho, hay que determinar, primero, la esencia de los principios y, segundo, las relaciones entre ellos.

21 El principio de la *utilización equitativa y razonable*, descrito en el artículo 5, contiene a primera vista un elemento axiomático, que consideramos especialmente importante, a saber: declara que el derecho de un Estado a utilizar las aguas de un curso de agua internacional en su propio territorio es un atributo de la soberanía<sup>23</sup>. El límite inherente de este derecho es igual y correlativo al derecho de los demás Estados del curso de agua a utilizarlo y aprovecharlo.

22 La limitación inherente a la utilización equitativa y razonable —aparte de los casos extremos (tales como el caso evidente de la privación a un Estado del curso de agua de sus derechos de utilización<sup>24</sup>)— no asegura de por sí la delimitación de los derechos de utilización y de las obligaciones de proteger las aguas contra el daño. Dicho de otro modo, para la realización del mencionado principio *se requiere concluir un tratado internacional*, o sea un acuerdo de curso de agua. En los casos de conflicto de utilización, la mejor manera de ajustar y adaptar esos usos sería por medio de acuerdos especiales de curso de agua<sup>25</sup>, por otra parte, en el comentario al artículo 7 se dice que

*un Estado del curso de agua no puede justificar un uso que cause daños apreciables a otro Estado del curso de agua basándose en que el uso es «equitativo» si no hay acuerdo entre los Estados del curso de agua interesados»*<sup>26</sup>

23 Los mencionados factores determinan la *relación* entre el principio de la utilización razonable y equitativa

<sup>20</sup> «Uso de las aguas internacionales no marítimas (aparte de la navegación)», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49, t. II, 1961, págs. 370 a 373.

<sup>21</sup> ILA, *Report of the Sixty-second Conference Seoul 1986*, Londres, 1987, págs. 238 y ss.

<sup>22</sup> «Contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 58, t. II, 1980, pag. 196.

<sup>23</sup> Véase el comentario al artículo 5 (aprobado inicialmente como artículo 6) en *Anuario 1987* vol. II (segunda parte), págs. 32 a 37, en particular párr. 8 *in fine*.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pag. 31, párr. 2 *in fine*.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pag. 32, párr. 9 *in fine*.

<sup>26</sup> Véase el comentario al artículo 7 (aprobado inicialmente como artículo 8) en *Anuario 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 39 a 45, en particular pag. 39, párr. 3.

y la regla de no causar daños. A primera vista, parecerían normas gemelas, que las partes interesadas podrían elegir según la necesidad. Ahora bien, la Comisión, como reconoce específicamente el Sr. McCaffrey<sup>27</sup>, *opta por la primacía de la regla de no causar daños* y da al principio de la utilización equitativa un papel subordinado. Las razones de esta decisión son las siguientes: a) la falta de ambigüedad y la más fácil aplicación de la regla de no causar daños en comparación con el carácter sumamente flexible de la regla de la utilización equitativa, que requiere equilibrar varios factores, b) la regla de no causar daños da mayor protección al Estado más débil o al Estado de corriente abajo, y c) el principio de la utilización razonable y equitativa es menos eficaz para resolver los problemas relacionados con la contaminación y la protección del medio ambiente.

#### Artículo 7

24 El proyecto de artículos solo considera pertinentes los *daños apreciables*. Al destacar el carácter apreciable de los daños no solo se suscita un problema de interpretación, sino que se establece una distinción jurídicamente relevante entre dos grados de daños. La tesis de que los daños pequeños o insignificantes son irrelevantes evidentemente es cierta. Ahora bien, la máxima *de minimis non curat praetor* forma parte implícitamente de todo instrumento jurídico. Destacar el carácter «apreciable» de los daños conduce a la conclusión de que debe haber un efecto perjudicial en la «zona intermedia», entre los daños mínimos (que no es necesario mencionar en el instrumento) y los daños apreciables.

25 Dado que la *regla de no causar daños* prohíbe causar daños apreciables, todo acto contrario constituye una violación del derecho internacional, cuya ilegalidad solo puede excluirse por medio de acuerdo, orientado a la realización de la utilización razonable y equitativa.

26 A juicio del Gobierno de Hungría, la *regla de no causar daños* debería completarse con una obligación general de prevención, que no debería limitarse exclusivamente a la protección frente a la contaminación (como se hace en el artículo 21). Esto estaría en consonancia con la teoría, que se está estudiando, del sistema de análisis de los efectos. Como recuerda el Sr. McCaffrey, en el artículo citado *supra* en el párrafo 23, este problema se plantea también en los trabajos de la CDI, suscitando la cuestión de saber cuál es el criterio de responsabilidad por la violación de la *regla de no causar daños*. A juicio del Gobierno de Hungría, esta cuestión podría resolverse debidamente estableciendo una obligación general de prevención. Ahora bien, las consecuencias de violar esta obligación han de determinarse según las reglas de la responsabilidad internacional.

27 El artículo 28 relativo a las instalaciones está íntimamente relacionado con la obligación general de prevención que, por razones estructurales, debería haberse mencionado aquí. También pertenece a la obligación de prevención la regla formulada en el caso del *Lago Lanos*, según la cual están prohibidos

<sup>27</sup> «The International Law Commission and its efforts to codify the international law of waterways», *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLVII, 1990, págs. 32 a 55.

la construcción y el funcionamiento de instalaciones anormales, es decir instalaciones cuyos riesgos técnicos y políticos sean superiores a los normales\*

Hungría concede gran importancia a esta regla.

28. El comentario identifica la obligación de no causar daños con la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*<sup>28</sup>. Según autores de prestigio (Oppenheim, Lauterpacht, Starke, y otros<sup>29</sup>), la mencionada regla expresa la prohibición del abuso del derecho, que evidentemente es más restringida que la obligación general de no causar daños.

#### Artículos 11 a 19

29. Junto con la prohibición de causar daños (y las disposiciones de protección ambiental) los artículos 11 a 19 pertenecen a ese grupo de reglas cuya aplicación no requiere la conclusión de acuerdos de curso de agua. Aparte de las disposiciones que fijan plazos concretos, la parte III del proyecto de artículos (Medidas proyectadas) codifica el derecho internacional consuetudinario. Incluso así hubiera convenido mencionar la controversia surgida en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano<sup>30</sup> sobre la obligación de notificar. El Gobierno de Hungría sólo hace dos observaciones a la fórmula utilizada en el proyecto.

30. Primero, convendría insertar en el párrafo 1 del artículo 17 un *pactum de contrahendo* «con miras a negociar de buena fe con objeto de concluir un acuerdo de curso de agua», que estaría en consonancia con la lógica y las disposiciones específicas del proyecto (véanse los artículos 4 y 5), el cual daría así mayores garantías de la observancia de los principios y normas generales de derecho internacional.

31. Segundo, el párrafo 2 del artículo 17, como reflejo del anterior concepto de participación razonable y equitativa, prescribe que las consultas y negociaciones se celebrarán con arreglo al principio de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta de buena fe los derechos y los intereses legítimos del otro Estado<sup>31</sup>. Esta fórmula es difícil de justificar, ya que los derechos han de respetarse y no simplemente tenerse en cuenta. Por consiguiente, la obligación de tenerlos razonablemente en cuenta se aplica sólo a los intereses. Para una interpretación análoga, véase el laudo en el caso del *Lago Lanós*.

32. La objeción del Gobierno húngaro al mecanismo de notificación y consulta se basa en que ese mecanismo limita el *procedimiento* a una «instancia única». Esto se desprende ya, especialmente, del texto del párrafo 3 de este artículo y del párrafo 4 del comentario, a saber:

<sup>28</sup> Véase nota 26 *supra*

<sup>29</sup> Véase J. Bruhacs, *The Law of Non-navigational Uses of International Watercourses*, Dordrecht, Boston, Nijhoff, 1993

<sup>30</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5-16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S 73 II A 14), tercera parte, cap VIII, párr 60

<sup>31</sup> Véanse los artículos VII y VIII de las Normas de Helsinki

«Transcurrido este plazo, el Estado notificante podrá proceder a ejecutar sus planes»<sup>32</sup>.

33. Sin embargo, cabría aducir que las utilizaciones en marcha y las instalaciones en funcionamiento podrían también tener reales efectos negativos que, por ejemplo, podrían producir la acumulación de efectos latentes o imprevistos (un ejemplo en que se tienen en cuenta estos últimos es el acuerdo sobre el uso de la energía hidroeléctrica en el río Pasvik, entre Noruega y la Unión Soviética<sup>33</sup>). Aunque la extensión de la obligación de consultar/notificar en este caso estaría en consonancia con la regla de no causar daños y la obligación de cooperar, no pondría término a la aplicación de los derechos de utilización dimanantes de la soberanía territorial y significaría solamente una pequeña limitación de los mismos<sup>34</sup>.

#### Artículos 20 a 23

34. Según la evaluación del Gobierno de Hungría, la parte IV del proyecto contiene los principios y normas de derecho internacional consuetudinario surgidos en materia de protección ambiental y defensa contra la contaminación. Esta parte se ocupa también de las normas *in statu nascendi* de derecho internacional sobre el tema, entre las cuales, interesa señalarlo, las disposiciones de la Convención sobre el Derecho del Mar y los instrumentos elaborados por la CEPE también desempeñan un papel importante (por ejemplo el párrafo 2 del comentario al artículo 20<sup>35</sup>, el párrafo 1 del comentario al artículo 23<sup>36</sup> y la totalidad del artículo 24 se han basado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

35. Sería correcto enmendar el artículo 20 sobre la protección y preservación de los ecosistemas, introduciendo la obligación de restablecer el medio ambiente en su estado original en caso de daños. Esta solución estaría en consonancia con el párrafo 2 del artículo 21 relativo a la contaminación, que requiere la reducción y control de la contaminación (atención: la palabra inglesa «control» y la francesa «maîtriser» no tienen totalmente el mismo significado), porque lógicamente se puede hablar también de despejar los daños que ya se hayan producido.

36. Por último, cabría señalar que sería más lógico pasar al texto del artículo 20 la definición de «ecosistema» que figura en el párrafo 2 del comentario<sup>37</sup>.

37. El artículo 21 refleja en forma suficiente que la protección de la calidad del agua de los cursos de agua internacionales requiere exigencias más estrictas. Ahora bien, la enumeración de los daños pertinentes en el párrafo 2 parece superficial, incluso inquietante. ¿Qué propósito

<sup>32</sup> *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), págs 56 y 57

<sup>33</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 312, pag 274

<sup>34</sup> Por analogía con el asunto del *Lago Lanós*

<sup>35</sup> Aprobado inicialmente como artículo 22 Véase el comentario en *Anuario 1990*, vol II (segunda parte), págs 61 a 65

<sup>36</sup> Aprobado inicialmente como artículo 25 Para el comentario, *ibid*, págs 69 y 70

<sup>37</sup> Véase nota 35 *supra*

tiene singularizar los daños a los recursos vivos entre todos los daños ecológicos? Indudablemente es cierto que sería necesario definir las distintas formas de daños, pero la mejor forma de hacerlo es por medio de acuerdos del curso de agua o quizás por medio de acuerdos sobre la responsabilidad civil por daños.

#### Artículos 26 a 32

38. Como se indicó *supra*, un grupo de disposiciones diversas (arts. 27, 28, 30 y 31) están conectadas lógicamente con otros artículos y, por tanto, deberían haberse incluido en ellos.

39. El Gobierno de Hungría está de acuerdo con la disposición relativa a los derechos y obligaciones en tiempo de conflicto armado que figuran en el artículo 29.

### Iraq

[Original árabe]  
[28 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. Todos los artículos y disposiciones del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y los comentarios correspondientes son útiles y se ajustan a las concepciones del Iraq respecto a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

2. En el párrafo 4 del comentario al artículo 8<sup>1</sup>, se hace referencia a la aparición del término «aguas transfronterizas» en los «Principios relativos a la cooperación en la esfera de las aguas transfronterizas» adoptados por la CEPE en 1987. Ese término es incompatible con la definición de curso de agua internacional. A juicio del Iraq, ese término no debe adoptarse, independientemente del lugar en que haya aparecido.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

#### Artículo 6

3. El Iraq propone que, al final del apartado *d* del párrafo 1 del proyecto de artículo 6, se añada el siguiente texto:

«teniendo en cuenta que hay que conceder mayor importancia a los usos existentes que a los usos potenciales, en caso de conflicto entre ellos;»

4. El Iraq propone que se añada al párrafo 1 del artículo 6 del proyecto un apartado *g* en el que, para determinar la cantidad equitativa y razonable, se tenga en cuenta la calidad del agua que entra en cualquier Estado del curso de agua.

<sup>1</sup> Aprobado inicialmente como artículo 9. Véase el comentario en *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), págs 45 a 47

#### Artículo 8

5. El Iraq propone que las palabras «una utilización óptima» se reemplacen por la expresión «la utilización óptima posible», ya que esa expresión no es restrictiva y está ligada a los adelantos científicos y tecnológicos.

### Islandia

[Véase Países nórdicos]

### Noruega

[Véase Países nórdicos]

### Países Bajos

[Original inglés]  
[4 de junio de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. Antes de examinar por separado cada artículo del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, al Gobierno de los Países Bajos le gustaría hacer una evaluación general del proyecto de artículos en su totalidad y formular cierto número de observaciones generales sobre la naturaleza del instrumento que se va a proponer una vez que haya sido adoptado en segunda lectura, y señalar, además de algunas inconsistencias, diversas cuestiones acerca de las cuales no se ha previsto ninguna disposición.

#### Evaluación general

2. El Gobierno de los Países Bajos opina en general que el proyecto de artículos merece un juicio favorable. La Comisión de Derecho Internacional ha formulado en él disposiciones muy adecuadas sobre estas complicadísimas cuestiones. Concretando algo más, sin embargo, el Gobierno de los Países Bajos advierte que su evaluación del proyecto en general y de cada uno de los artículos que lo integran depende en gran parte de que dicho proyecto sea considerado como proyecto de recomendación, como proyecto de declaración o como proyecto de tratado. Por las razones que se exponen en el párrafo 5, el Gobierno de los Países Bajos cree que debería darse preferencia a la primera de esas opciones, es decir que el proyecto debería ser considerado como proyecto de recomendación. Si así fuera, el Gobierno de los Países Bajos que, desde ese punto de vista, lo considera satisfactorio, apoyaría su aprobación, siempre y cuando en él se introdujeran algunas enmiendas.

3. En la segunda parte de los presentes comentarios y observaciones se examinan los artículos del proyecto que deberían modificarse. No obstante, si finalmente se decide convertir el proyecto de artículos en un proyecto de tratado, el Gobierno de los Países Bajos hace notar que también habría que introducir modificaciones en otras

partes del proyecto, cuyo texto sería en tal caso necesario revisar.

### *Naturaleza del instrumento*

4. Como se dice en el párrafo 2 del presente documento, el Gobierno de los Países Bajos no cree que el proyecto de artículos deba convertirse en un instrumento jurídicamente obligatorio, sino que debe aprobarse como recomendación de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Gobierno de los Países Bajos reconoce que podrían invocarse argumentos en favor de la conversión del proyecto en tratado. Una reglamentación jurídicamente obligatoria de los usos de los cursos de agua internacionales podría, en bastantes casos, contribuir a aclarar los derechos y las obligaciones de los Estados ribereños y facilitaría por ende el acuerdo internacional sobre la utilización de dichos cursos de agua. En algunas partes, por lo menos, los problemas tratados en el proyecto de artículos lo han sido con precisión suficiente para su inclusión en un tratado.

5. No obstante, el Gobierno de los Países Bajos cree que pesan más las razones por las que debiera adoptarse un instrumento que no sea jurídicamente obligatorio. Particularmente, el Gobierno de los Países Bajos se pregunta si la cuestión de que se trata se presta a la conclusión de un tratado mundial en el que se especifiquen suficientemente los derechos y las obligaciones de los Estados. Habida cuenta de las diferencias que existen entre unos ríos y otros, de los intereses en gran parte opuestos de los Estados que se encuentran aguas arriba o aguas abajo del río de que se trate y las grandes diferencias que se registran entre las regiones, no será fácil llegar a un acuerdo sobre un tratado marco que incluya disposiciones tan específicas. Por esas razones, el Gobierno de los Países Bajos preferiría la conversión del proyecto de artículos en una recomendación en la que se den orientaciones para la conclusión de posibles acuerdos vinculantes sobre cursos de agua concretos.

6. A este respecto, el Gobierno de los Países Bajos hace notar que la adopción de una recomendación no excluye que determinadas partes del proyecto de artículos sean consideradas como reflejo del derecho consuetudinario en vigor.

### *Inconsistencias*

7. El Gobierno de los Países Bajos ha encontrado cierto número de inconsistencias en la formulación de algunos artículos. En algunos casos esas inconsistencias no tienen aparentemente ninguna razón de ser. En otros, es posible que esas razones existan, pero no han quedado suficientemente aclaradas en el comentario correspondiente. Las inconsistencias se refieren en particular a la forma en que se han calificado las distintas obligaciones. No siempre está claro por qué, en los artículos de que se trata, se han utilizado distintos adjetivos para calificar las mismas obligaciones. Así, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 21 obliga a los Estados a prevenir la producción de «daños apreciables», el artículo 24 se refiere a la prevención de circunstancias que puedan ser «nocivas» y el artículo 25 habla de situaciones que puedan dar lugar a «graves daños». En algunos casos las razones de las distintas cali-

ficciones utilizadas a este respecto están claramente indicadas y son convincentes (por ejemplo en el caso de las condiciones que para la notificación se establecen en el artículo 12), pero en otros casos no existe ningún comentario satisfactorio.

8. El proyecto de artículos resultaría más claro si la terminología en él utilizada fuera consistente. En todos los casos en que se opte por una formulación distinta, el comentario debe indicar las razones y los efectos que esa formulación pueda tener en lo concerniente al fondo y al alcance de las obligaciones de que se trate.

### *Cuestiones no incluidas en el proyecto*

9. El Gobierno de los Países Bajos cree que son varias las cuestiones que han quedado indebidamente excluidas del proyecto de artículos. Falta en éste, por ejemplo, una disposición sobre la evaluación de los efectos ambientales (véase párrafo 11 *infra*) y faltan, sobre todo, disposiciones sobre la solución de controversias.

10. La ausencia, en el proyecto de artículos, de disposiciones sobre la solución de controversias es un grave inconveniente. Habida cuenta de que el proyecto, en el caso de que sea considerado como recomendación, servirá de modelo para la conclusión de tratados sobre distintos cursos de agua, el Gobierno de los Países Bajos considera esencial una referencia a disposiciones adecuadas y eficaces para la solución de las controversias que puedan surgir.

### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTÍCULOS

#### *Artículo 1*

11. En lo que respecta a la expresión «usos de los cursos de agua internacionales», el Gobierno de los Países Bajos cree que sería conveniente que en el comentario al artículo<sup>1</sup> se indicara que puede ser objeto de amplia interpretación. Aunque, por ejemplo, la construcción de diques por un Estado de la parte superior del curso de agua para evitar posibles daños en su territorio pueda afectar al uso del agua por un Estado de la parte inferior, esa actividad no puede ser considerada como «uso» en el sentido que a esta palabra se da en el artículo 1. En vista de la estrecha relación que existe entre esas actividades y las cuestiones que se regulan en el proyecto de artículos, el comentario debería ser adaptado en consecuencia.

#### *Artículo 2*

12. En lo que concierne al artículo 2, el Gobierno de los Países Bajos hace notar que la utilización del término «curso de agua» puede conducir en la práctica a falta de claridad. Con arreglo a esa definición, el Mosa y el Rin, que fluyen a un término común, deberían ser considerados como un solo curso de agua. Aunque los Estados ribereños pueden definir ellos mismos la medida en que desean cooperar con arreglo a las disposiciones del artículo 3, a falta de tales acuerdos son varias las obligaciones conte-

<sup>1</sup> Aprobado inicialmente como artículo 2. Véase el comentario en *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y 27, en particular párrafo 1 *in fine*.

nidas en el proyecto que se aplicarán al curso de agua en su totalidad. Este problema podría resolverse si la definición se modificara en el sentido de que los cursos de agua que fluyan separadamente, pero vayan a parar a un término común, sean considerados, a efectos del proyecto de artículos, como cursos de agua separados. Otra solución sería suprimir las palabras «y fluyen a un término común», aunque esa supresión supondría la pérdida de un elemento restrictivo.

13. En el artículo 2 no se especifica dónde termina un curso de agua que se dirige hacia el mar. Este punto podría ser importante en algunos casos en relación con el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, razón por la cual habría sido conveniente examinarlo, al menos en el comentario.

#### Artículo 3

14. En el caso de que el proyecto de artículos sea finalmente sometido a ratificación como tratado, las palabras «apliquen», que se utiliza en el párrafo 1, y «aplicación», que figura en el párrafo 3, serán superfluas y deberían suprimirse. No tiene, sin embargo, ninguna objeción a que esas palabras se mantengan en el caso de que el proyecto de artículos sea presentado como recomendación.

#### Artículo 6

15. No se ha definido con suficiente precisión el criterio de «usos potenciales del curso de agua», que se formula en el apartado *d* del párrafo 1 de este artículo. Parece oportuno advertir que no todos los futuros usos concebibles del curso de agua pueden ser plenamente tenidos en cuenta en la consideración de intereses a que se refiere el artículo 6. Sólo los usos potenciales que puedan calificarse de viables para un futuro próximo pueden ser tomados en consideración.

#### Artículo 7

16. El Gobierno de los Países Bajos estima conveniente que en el comentario se ponga de relieve que es esta una obligación de debida diligencia, que no supone una responsabilidad estricta. Semejante aclaración figura, de hecho, en los comentarios que acompañan a otros artículos, por ejemplo el párrafo 2 del artículo 21<sup>2</sup>, el artículo 24<sup>3</sup> y el párrafo 1 del artículo 28<sup>4</sup>.

#### Artículo 10

17. Las palabras «o costumbre», que figuran en el párrafo 1 de este artículo, deberían suprimirse o, cuando menos, completarse. En su forma actual, el artículo 10 podría llevar a una prioridad absoluta de los usos existentes sobre los nuevos usos. El Gobierno de los Países Bajos considera errónea esa interpretación. Por otra parte, esa prioridad no sería compatible con el párrafo 1 del

artículo 6, en el que se estipula que los usos existentes no son sino uno de los factores que deben tenerse en cuenta. La situación sería, por supuesto, distinta si la protección de los usos existentes se basase en una norma de derecho consuetudinario (regional). En el comentario podría hacerse una referencia separada a esta posibilidad.

#### Artículo 16

18. El Gobierno de los Países Bajos hace notar que no están claras las repercusiones que, en la responsabilidad del Estado notificante, puede tener la falta de respuesta del Estado notificado a la notificación. Con arreglo a este artículo, el Estado notificado puede seguir teniendo por responsable al Estado notificante en virtud de las disposiciones de los artículos 5 a 7. Según el párrafo 1 del comentario al artículo<sup>5</sup>, la falta de respuesta del Estado notificado puede ser interpretada como consentimiento tácito. Podría resultar, por lo tanto inconsistente que dicho Estado invocara ulteriormente los artículos 5 a 7 en caso de que el Estado notificante realizara las actividades de conformidad con la notificación.

19. Las obligaciones procesales contenidas en los artículos 12 y siguientes no afectan en principio a las obligaciones de fondo contenidas en los artículos 5 a 7. Debería mantenerse, pues, el procedimiento propuesto por la Comisión de Derecho Internacional. La falta de respuesta a una notificación puede, por supuesto, afectar el grado en que el Estado notificante pueda prever los daños imputables a las actividades proyectadas y, por consiguiente, la medida en que él mismo pueda ser considerado responsable. El Gobierno de los Países Bajos considera, pues, conveniente que en el comentario que acompaña al artículo 16 se ponga claramente de relieve que la falta de respuesta no debe ser automáticamente interpretada como consentimiento.

#### Artículo 20

20. Debería aclararse la relación entre el proyecto de artículo 20 y los demás artículos contenidos en la parte IV. El comentario indica que:

La Comisión opina que el artículo [...], dada la naturaleza general de la obligación en él enunciada, debe figurar antes que otros artículos más específicos de la parte IV<sup>6</sup>.

Esto lleva a la conclusión de que el objeto de este artículo no es conceder derechos subjetivos individuales, sino servir de introducción a las demás disposiciones de la parte IV. A juicio del Gobierno de los Países Bajos, se requiere una obligación separada de protección de los ecosistemas de los cursos de agua internacionales, que complemente las obligaciones dimanantes de las demás disposiciones, más específicas, de la parte IV. Esta obligación debería referirse, entre otras cosas, a la protección de la fauna y de la flora, e incluir la preservación de la diversidad de las especies, en tanto en cuanto ésta no esté garantizada por la obligación de prevenir la contaminación.

<sup>5</sup> *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 55.

<sup>6</sup> Aprobado inicialmente como artículo 22. Véase el comentario en *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), págs. 61 a 65, en particular párr. 1.

<sup>2</sup> Aprobado inicialmente como artículo 23. Véase el comentario en *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), págs. 65 a 68, en particular párr. 4.

<sup>3</sup> Aprobado inicialmente como artículo 26. Para el comentario, *ibid.*, págs. 70 y 71, párr. 2.

<sup>4</sup> Véase el comentario en *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), págs. 81 y 82, en particular párr. 2.



21. El artículo 20 se ha formulado en términos más generales que el párrafo 2 del artículo 21. Concretamente, no contiene definiciones restrictivas tales como la de «daños apreciables». En el caso, sin embargo, de que se tratara de dar un significado especial al artículo 20, el Gobierno de los Países Bajos recomendaría que se definiera el alcance de la obligación y que se indicaran las razones de las posibles diferencias entre ese artículo y el párrafo 2 del artículo 21.

22. Sólo en el comentario se ha incluido una definición de los ecosistemas. Se diferencia así este artículo de otros artículos del proyecto, que contienen ellos mismos una definición de los términos que determinan la obligación de que se trata. En el caso de que el artículo 20 fuera interpretado como disposición creadora de derechos subjetivos, el Gobierno de los Países Bajos consideraría esencial una definición más precisa del término «ecosistema», sobre todo en el caso de que el proyecto de artículos condujera en última instancia a la conclusión de un tratado.

#### Artículo 21

23. Debe modificarse la enunciación de los objetivos del párrafo 2 del artículo 21. La obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación debería ser sustituida por la obligación de prevenir, reducir o controlar la contaminación, dado que esas medidas no pueden tomarse simultáneamente.

24. Es importante que las observaciones hechas en relación con el artículo 7 acerca de la naturaleza de debida diligencia de la obligación se apliquen asimismo al párrafo 2 del artículo 21. El comentario que acompaña, en efecto, a este párrafo parece indicar que el elemento de debida diligencia se limita a la obligación de reducir y controlar la contaminación<sup>7</sup>, quedando la duda de si es distinto el criterio que ha de aplicarse a la prevención. En todo caso, debería aclararse que aquí no se trata tampoco de responsabilidad.

#### Artículo 24

25. Como se indica en el párrafo 7 *supra*, el Gobierno de los Países Bajos estima que, a diferencia del párrafo 2 del artículo 21, esta obligación no se limita a la prohibición de las actividades que dan lugar a daños apreciables, sino que se refiere a todos los efectos nocivos. Sería conveniente explicar las razones de esta distinción.

26. Debido en parte a la inconsistencia de la redacción, el Gobierno de los Países Bajos considera insuficientemente clara la distinción establecida entre las obligaciones contenidas en el párrafo 2 del artículo 21, en particular las relativas a «los daños a la salud o la seguridad humanas», y las contenidas en el artículo 24, en particular las relativas a las «enfermedades de origen hídrico». Sería conveniente que la aplicación del artículo 24 se limitara a los daños debidos a causas distintas de la contaminación. Por otra parte, el Gobierno de los Países Bajos cree que deberían armonizarse las obligaciones relativas a la contaminación y las relativas a otras causas de daños.

<sup>7</sup> Véase nota 2 *supra*.

#### Artículo 25

27. Se aplica también en este caso la observación relativa a la redacción del párrafo 2 del artículo 21: la palabra «y», que figura en la frase «prevenir, atenuar y eliminar» la contaminación, debería ser sustituida por la palabra «o» en el párrafo 3 del artículo.

#### Artículo 26

28. El artículo 26 no se refiere a la conveniencia o la necesidad de institucionalizar la cooperación entre los Estados ribereños. En vista de la importancia que en la práctica se concede a instituciones tales como las comisiones fluviales, esta omisión constituye un defecto. El Gobierno de los Países Bajos cree que el artículo 26 debe ser modificado a este respecto mediante la inclusión de una referencia a las oportunidades de institucionalización de la cooperación, al mismo tiempo que, en la disposición relativa a los «órganos mixtos de gestión», se prevé el establecimiento de comisiones fluviales y de otros posibles marcos institucionales, sobre todo si el proyecto de artículos ha de convertirse en recomendación.

#### Artículo 27

29. A juicio del Gobierno de los Países Bajos deberían suprimirse del párrafo 1 de este artículo las palabras «según proceda», que entrañan una restricción no deseada del alcance de la obligación de cooperar.

30. Para mayor consistencia con otras disposiciones, por ejemplo las del artículo 21, debería darse preferencia a la inclusión en el párrafo 1 de la definición que ahora figura en el párrafo 3.

#### Artículo 29

31. Dado que este artículo no impone nuevas obligaciones, sino que se limita a recordar a los Estados la aplicación de las normas relativas a los conflictos armados, no tendrá probablemente consecuencias prácticas. Es poco probable además que los Estados ribereños de los cursos de agua internacionales introduzcan esta disposición en los acuerdos concretos que concluyan para aplicar el tratado marco a que se aspira a llegar con el proyecto de artículos. Probablemente sería preferible suprimir este artículo.

#### Artículo 30

32. El Gobierno de los Países Bajos considera insatisfactoria la actual formulación de este artículo. Concretamente, la especificación que entrañan las palabras finales, «que hayan aceptado», podría privar de todo contenido práctico a la obligación establecida. Esa obligación quedaría reforzada por la sustitución de esas palabras por las palabras «a que puedan recurrir» o, simplemente, por su supresión.

#### Artículo 32

33. El Gobierno de los Países Bajos considera muy limitado el alcance de este artículo. En él sólo se prohíbe, en

efecto, la discriminación en lo concerniente al acceso al proceso judicial o de otra índole, pero no establece la obligatoriedad de ese acceso. El Gobierno neerlandés preferiría que el artículo 32 fuera modificado para garantizar la existencia de procedimientos judiciales nacionales que permitan el acceso a procedimientos y, posiblemente, derechos de compensación. Por otra parte, esa modificación pondría más en consonancia el proyecto de artículos con la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Convención de Espoo).

### Otras cuestiones

#### *La cooperación obligatoria y la reglamentación institucional*

34 Las obligaciones de cooperación que se estipulan en el proyecto de artículos son bastante satisfactorias. Los comentarios pertinentes sobre el artículo 16 figuran en los párrafos 18 y 19 *supra*.

35 El Gobierno de los Países Bajos hace notar que los artículos 11 a 19, relativos a los derechos y obligaciones procesales aplicables cuando un Estado prevea la realización de actividades que puedan afectar a otro u otros Estados, constituyen hasta cierto punto una duplicación de las obligaciones ya establecidas en la Convención de Espoo. En algunos aspectos, esas obligaciones no son enteramente consistentes. En los párrafos 43 a 45 *infra*, relativos a la práctica de los Estados, se hacen algunas observaciones sobre la cuestión.

36 Como ya se ha hecho notar en relación con las observaciones al artículo 26 (párr. 28 *supra*), el Gobierno de los Países Bajos lamenta que el proyecto de artículos contenga muy pocas disposiciones sobre la reglamentación institucional y opina que a este respecto debiera modificarse. También debiera hacerse referencia en el proyecto a la Convención de Helsinki, en la que se preve expresamente la «creación de órganos comunes» a los que se han asignado ciertas funciones.

#### *Los términos «uso equitativo» y «contaminación»*

37 Aparte de las observaciones contenidas *supra*, el Gobierno de los Países Bajos considera satisfactorias las disposiciones relativas al uso equitativo (arts. 5 y 6) y a la contaminación (en particular el artículo 21). No obstante, considera procedentes algunos comentarios sobre la relación entre esas disposiciones.

38 La regulación prevista por la CDI da prioridad al artículo 21 sobre el principio de uso equitativo. El párrafo 2 del artículo 21 no establece ninguna excepción para el caso de los daños apreciables causados por actividades realizadas de conformidad con ese principio. El Gobierno de los Países Bajos está de acuerdo con esta solución. La importancia que actualmente se atribuye en muchos marcos internacionales a la prevención de la contaminación transfronteriza del agua parece, en efecto, difícil de conciliar con una regulación que considera esa contaminación —incluso en el caso de que provoque daños apreciables— como legal, habida cuenta de los intereses en juego en la actividad que la produce. Ni siquiera las convenciones más recientes ofrecen otra solución. Y si la

Convención de Helsinki regula el uso equitativo, tampoco parece subordinar este a la prohibición de causar daños apreciables.

39 Ahora bien, el Gobierno de los Países Bajos considera menos satisfactoria la relación entre las disposiciones relativas al uso equitativo y la prohibición de daños apreciables que se establece en el artículo 7. En este caso también la CDI parece dar prioridad al artículo 7, y eso se deduce tanto de la formulación incondicional de dicho artículo como del comentario pertinente, comentario con arreglo al cual el uso de un curso de agua no es a primera vista equitativo si causa daños apreciables a otro Estado. Esta solución tiene la ventaja de ofrecer cierto grado de objetividad. El artículo 7 se ha formulado en términos mucho menos flexibles que el artículo 5. En caso de daños apreciables, no entra ya en juego la consideración de intereses que se establece en el artículo 5. No obstante, debiera prestarse atención a las posibles consecuencias de esta norma.

40 Dado que los usos existentes de un curso de agua están protegidos contra el daño apreciable a que pueden dar lugar otros nuevos usos, el proyecto de artículos parece dar prioridad a los usos existentes sobre los nuevos. En parte como resultado de esa actitud, los Estados de la parte inferior del curso de agua disfrutarían de una posición más sólida que aquella de que hubieran disfrutado con arreglo al principio de uso equitativo. Por otra parte, si se admite que la definición de ilegalidad que se deduce del artículo 7 puede estar en contradicción con el resultado que se obtendría aplicando el artículo 5, la regulación propuesta puede hacer que el proyecto de artículos conduzca a una solución «no equitativa». Finalmente, la solución elegida se aparta de la que generalmente es considerada como la doctrina legal consuetudinaria, tal como se formula por ejemplo en las Normas de Helsinki<sup>8</sup>, en virtud de las cuales tiene prioridad el principio de uso equitativo. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Gobierno de los Países Bajos cree que debería ajustarse la relación entre el artículo 5 y el artículo 7 para permitir daños apreciables siempre que estos sean conciliables con el principio de uso equitativo.

#### *La evaluación del impacto ambiental*

41 El Gobierno de los Países Bajos ya ha hecho constar que el proyecto no contiene disposiciones expresas sobre la cuestión de la evaluación del impacto ambiental. En él se encuentran, sin embargo, disposiciones sobre esta cuestión, especialmente las relativas a la notificación y a las consultas (vease el párrafo 35 *supra*), que sirven para determinar los efectos transfronterizos de las medidas previstas. Esas disposiciones pueden ser consideradas como elementos de procedimientos de evaluación del impacto ambiental.

42 Cabe lamentar la falta en el proyecto de artículos de disposiciones expresas sobre la evaluación del impacto

<sup>8</sup> Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966, vease I.L.A., *Report of the Fifty-second Conference Helsinki 1966*, Londres, 1967, págs. 484 y ss., reproducido parcialmente en *Anuario 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 389 y ss., documento A/CN.4/274, párr. 405.

ambiental. Sería conveniente la inclusión de una disposición general que recomendara dicha evaluación.

#### *La práctica de los Estados*

43. El Gobierno de los Países Bajos hace notar que varios artículos del proyecto se refieren a cuestiones ya resueltas gracias a las obligaciones establecidas por convenciones vigentes. Ya se ha hecho referencia a las diferencias entre las disposiciones del proyecto de artículos y, en particular, las de la Convención de Espoo y la Convención de Helsinki. Algunas de esas diferencias pueden ser consideradas como mejoras.

44. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 12, que obliga a los Estados a hacer una notificación en aquellos casos en que sus actividades pueden causar un efecto perjudicial apreciable a otros Estados. Este criterio representa una desviación del principio de «daño apreciable» que, con arreglo al artículo 7 y el párrafo 2 del artículo 21 del proyecto, constituye el factor determinante de la legalidad o ilegalidad de las actividades de que se trate. La armonización de criterios tendría la consecuencia negativa de obligar al Estado notificante a notificar que tiene la intención de cometer un acto ilegal. Por eso, el artículo 12 es más satisfactorio que las disposiciones correspondientes de la Convención de Espoo, que vincula la obligación de evitar «efectos transfronterizos perjudiciales importantes de actividades previstas» con la obligación de los Estados de notificar aquellas actividades que pueden dar lugar a «importantes efectos transfronterizos perjudiciales».

45. En algunos puntos, el proyecto de artículos representa, en cambio, una desviación desfavorable de las convenciones vigentes. Tal es el caso del artículo 32, que ofrece al público menos protección que la Convención de Espoo, y del artículo 26 que, por no haberse introducido en él una disposición sobre cooperación institucionalizada, es menos satisfactorio que la Convención de Helsinki. Por otra parte, no hay en el proyecto referencias al principio de precaución, que se formula en esta última Convención, ni a la evaluación de los efectos ambientales, cuestión de la que se trata en ambas convenciones.

#### **Países nórdicos**

*[Original inglés]  
[18 de diciembre de 1992]*

#### **OBSERVACIONES GENERALES**

1. Los países nórdicos tienen un interés especial en este proyecto de artículos, no sólo porque la resolución 2669 (XXV) de la Asamblea General, en la que se recomendó que la Comisión de Derecho Internacional emprendiera el estudio del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, procedió de una iniciativa de los países nórdicos, sino también por la importancia de los problemas jurídicos relativos al uso de los cursos de agua internacionales y por la necesidad de coordinar la labor realizada por muchos órganos internacionales. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional puede considerarse ahora

un paso decisivo hacia la codificación final del derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

2. A juicio de los cinco países nórdicos, el enfoque de acuerdo marco adoptado por la CDI al redactar el proyecto de artículos constituye una buena base para ulteriores negociaciones. Permite que las normas concretas que se aplicarán a cada curso de agua sean establecidas en acuerdos entre los Estados interesados, como ha sido la práctica habitual. Sin embargo, ese enfoque no debe conducir a que sólo se elaboren recomendaciones.

3. Como observación general, los países nórdicos quisieran llamar la atención hacia las dos convenciones concertadas recientemente en el ámbito de la CEPE, a saber la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Convención de Helsinki) y la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Convención de Espoo). Ambas convenciones y el proyecto de artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación son en parte similares en alcance y se ocupan de problemas jurídicos análogos, si bien las soluciones no siempre son necesariamente coherentes. A fin de evitar una situación en la que se apliquen normas contradictorias, se sugiere que se atienda, siempre que sea posible, a la armonización del proyecto de artículos con las convenciones mencionadas.

#### **OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS**

##### *Artículo 2*

4. Los países nórdicos consideran que el término «cursos de agua internacionales» no es suficientemente claro y resulta algo ambiguo. Es cierto que el empleo de otros términos ya rechazados por la CDI, como el de «cuenca hidrográfica», también entrañaría dificultades. Desde luego, es esencial que, a cualquier concepto que se utilice en el artículo 1, le corresponda una definición adecuada en el artículo 2. Sin embargo, se sugiere que la CDI podría considerar aun, como una nueva alternativa a «cursos de agua internacionales», el término «aguas transfronterizas», que se utiliza, en un contexto muy similar, en la Convención de Helsinki.

5. Respecto a la adopción del término «curso de agua», una de las cuestiones más importantes es si las normas relativas a las aguas superficiales se aplicarían también respecto a las aguas subterráneas y, más concretamente, a las denominadas aguas subterráneas «confinadas». Hay en muchas partes del mundo ricas e importantes recursos de aguas subterráneas confinadas, cruzados por fronteras estatales, pero sin relación física con ningún sistema de aguas superficiales. Sin embargo, esas aguas subterráneas confinadas podrían reaccionar como cualquier otra unidad hidrológica.

6. Si bien la presente definición del término «curso de agua» parece dejar a un lado las aguas subterráneas confinadas, no debe deducirse de ello que los acuíferos sin ninguna relación física con las aguas superficiales deben quedar sin regulación jurídica. Parece haber motivos para

ocuparse, una vez más, de la cuestión de las aguas subterráneas confinadas a los efectos de aclarar la esencia de ese concepto y preparar un proyecto de normas sobre su aplicación.

#### *Artículos 5 y 7*

7. Desde la primera época de la labor de la CDI, la cuestión de la relación entre la utilización y la participación equitativas y razonables (art. 5), por una parte, y la obligación de no causar daños apreciables (art. 7), por la otra, ha resultado problemática. Probablemente, el principio de la utilización equitativa no debe subordinarse a la prohibición de causar daños apreciables, porque originalmente se introdujo para matizar esa prohibición. Los países nórdicos opinan que, en el caso de usos que no entrañen contaminación, la obligación de no causar daños apreciables debería estar subordinada al principio de la utilización equitativa. Sin embargo, de ello se deduciría que la prevención, la reducción y el control de la contaminación deberían someterse también a salvaguardias más explícitas en el marco del artículo 7.

8. Cabe mencionar también que la doctrina de la utilización equitativa carece aún de un mecanismo definido para su aplicación en casos concretos. No fija normas *a priori* que sean universalmente aplicables a los usos de los cursos de agua internacionales.

#### *Partes III y IV*

9. Por último, se sugiere que se vuelva a estudiar la relación entre la parte III (Medidas proyectadas) y la parte IV (Protección y preservación) del proyecto de artículos. Es importante hacerlo, ya que la aplicación de las medidas proyectadas con arreglo a la parte III puede entrañar también, en muchos casos, la probabilidad de contaminación de un curso de agua internacional de que se ocupa el artículo 21.

### **Polonia**

*[Original: inglés]  
[29 de marzo de 1993]*

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. El proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación es una abstracción de muy alto nivel. Por consiguiente, es un típico «acuerdo marco» que claramente tiene en cuenta la concertación de acuerdos detallados entre los países de los cursos de agua. El significado práctico del control anteriormente mencionado disminuyó considerablemente para Polonia, y para toda Europa, tras los cambios que ocurrieron en esta parte del mundo después de 1989. En la nueva situación existente en Europa como resultado de las iniciativas de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa se firmaron tres convenciones fundamentales bajo los auspicios de la CEE y las Naciones Unidas, convenciones que en gran medida especifican el tema del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para

fines distintos de la navegación: la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Convención de Espoo); la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales y la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Convención de Helsinki). Con menor alcance territorial, una cooperación más detallada se incluye en el nuevo Convenio para la protección del medio marino en la zona del mar Báltico.

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTÍCULOS

#### *Artículos 1 a 4*

2. La parte I (Introducción) del proyecto de artículos consta de cuatro artículos. En el artículo 1 se esboza el tema del proyecto, que abarca todos los usos salvo la navegación, a menos que la navegación influya en otros usos de las aguas, lo que ocurre frecuentemente en el caso de ríos pequeños y medianos utilizados para el transporte (como, por ejemplo, el Oder). El artículo más importante de esta parte, pero también el más discutido, es el artículo 2, en el que se definen las expresiones «curso de agua internacional» y «curso de agua». Se entiende por este último un sistema de aguas de superficie y subterráneas que tienen una relación física y fluyen a un término común. Ese modo de entender un curso de agua en un contexto internacional significa que las cuencas del Vístula (como río nacional) y del Oder constituyen cursos de agua internacionales. Aparte del tema principal del proyecto de artículos, hay un tipo particular de aguas subterráneas: las que no tienen relación con las aguas superficiales. Ese enfoque de la CDI parece discutible por dos razones al menos: *a)* la importancia de las aguas subterráneas cerca de las fronteras aumenta continuamente; *b)* la identidad o similitud de los principios y procedimientos relativos a ese tipo de aguas subterráneas a los principios adoptados para las aguas a las que se refieren las disposiciones del proyecto de artículos. Teniendo en cuenta la posible fuente de conflictos que constituye el problema no solucionado de las aguas subterráneas, así como la lentitud de la CDI en su labor (en el comentario se sugería que esa cuestión podía ser objeto de una labor separada de la Comisión), la solución adoptada no es muy satisfactoria.

#### *Artículos 5 a 10*

3. Las disposiciones incluidas en la parte II (Principios generales) constituyen el fundamento en que se ha basado todo el proyecto de artículos. Sus principales elementos son los artículos 5 y 7. En el artículo 5 se establece que los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa política debería ir acompañada por una actitud activa hacia las propuestas de cooperación hechas por otros Estados del curso de agua. En el artículo 6 se pretende detallar más el principio de la utilización equitativa y razonable. En realidad, contiene una lista abierta de elementos y circunstancias que deben tenerse en cuenta al evaluar un comportamiento determinado y «ponderar» los intereses de los Estados del curso de agua. Esos dos artículos reflejan bastante fielmente el

aspecto de práctica naciente del tratado y las opiniones relativamente bien establecidas de la doctrina.

4. Las dificultades comienzan con el artículo 7, que impone a los Estados del curso de agua la obligación de utilizarlo de manera que no se causen «daños apreciables» en el territorio de otros países de ese curso de agua. Según la mayor parte de la doctrina, la aceptación del umbral del «daño apreciable» representa un retroceso en el desarrollo del derecho internacional y una desviación del famoso principio expresado en la máxima latina *sic utere tuo ut alienum non laedas*. La cuestión se complica porque, en la práctica, los países toleran un «daño apreciable» (a diferencia de un daño importante) como la consecuencia inevitable de la vecindad, pero su aceptación en un documento de la importancia del proyecto de artículos que se examina significaría más que una simple tolerancia pasiva del daño causado por el vecino. Además, la falta de criterios objetivos para determinar el «daño apreciable» parece crear nuevas posibilidades «jurídicas» de desconocer los intereses de otros países. Significa también que esa evaluación disminuye el valor preventivo del principio de la utilización equitativa y razonable. Polonia que es, en la mayoría de los casos, un país situado en la parte inferior de un curso de agua, expuesta a una elevada contaminación, solicitaría la reducción del umbral del «daño apreciable». La exigencia de un comportamiento no perjudicial carece de realismo. Por tanto, hay que hallar un justo medio. El autor de esta opinión no tiene una solución inmediata. Al buscar el justo medio, no hay que olvidar que el artículo 7 constituye cierta red de seguridad para el artículo 5, es decir para las situaciones en que fracasen las negociaciones.

#### Artículos 11 a 19

5. La parte III (Medidas proyectadas) tiene carácter procesal y, por ello, suscita menos dudas. En el caso de Polonia y sus vecinos, esas cuestiones se resolverán mejor mediante las disposiciones de la Convención de Espoo (la Convención aún no ha entrado en vigor por no haber sido ratificada por el número mínimo de países, es decir 16; Polonia aún no la ha ratificado, aunque le favorece, ya que constituye un instrumento básico para la creación de seguridad ecológica en las zonas fronterizas). Las disposiciones de la parte III podrían completarse con la participación pública en las consultas relativas a las actividades proyectadas que afecten a sus intereses. No parece que esta cuestión pueda constituir el objeto del artículo 32 del proyecto (No discriminación). La institución de la participación pública está consolidándose en la práctica de los tratados y constituye un signo de democratización del derecho internacional. Cabe esperar que esta iniciativa sea apoyada en el foro de las Naciones Unidas por la mayoría de los países.

6. El artículo 18, relativo al procedimiento aplicable a la falta de notificación, debería completarse en su párrafo 2: el plazo establecido para la respuesta (por ejemplo, un mes); en caso contrario, habrá un desequilibrio en favor del país que haga las inversiones sin consulta previa, porque podrá aplazar demasiado la respuesta y las consultas.

#### Artículos 20 a 25

7. Las partes IV (Protección y preservación) y V (Efectos nocivos y casos de urgencia) están libres de objeciones. Desde el punto de vista de los intereses de Polonia, esas cuestiones serán resueltas por las convenciones anteriormente mencionadas (la observación de que Polonia no ha ratificado la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo se aplica también a la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales).

#### Artículos 26 a 32

8. La Parte VI (Disposiciones diversas) se añadió en el último momento y atrae la atención debido a la falta de una idea central, o lógica interna, lo que no significa que las disposiciones incluidas carezcan de sentido. El más interesante de sus artículos es el 27, que se refiere a la cooperación de los países del curso de agua en la esfera de la regulación del caudal y, en particular, en la de la construcción y el mantenimiento de obras de regulación o una división apropiada de los costos. En la práctica, la expresión utilizada en el párrafo 2 de ese artículo puede plantear la cuestión de si el país que no participe en las inversiones realizadas en el curso de agua, pero que se beneficie de ellas, estará obligado a sufragar parte de los costos de esas inversiones. La respuesta a esa cuestión sólo puede ser negativa, a menos que los países tuvieran un acuerdo previo sobre la división de los costos. Parece que el párrafo 2 debería formularse de nuevo de modo que indique que el acuerdo será la base para los cálculos.

9. El artículo 32 (No discriminación) es una de las disposiciones más importantes del proyecto. Su objeto es garantizar el acceso de las personas naturales o jurídicas extranjeras a los tribunales y a los procedimientos ante otras instituciones en relación con la indemnización o la prevención del daño. La aceptación de esa disposición constituirá un gran avance en la práctica internacional. Es una especie de sustituto jurídico civil de la responsabilidad internacional de los Estados y la obligación estricta de reparación. Existen objeciones al título del artículo. En la práctica internacional, la noción de «no discriminación» tiene un significado mucho más amplio; además, está asociada con la norma material. Parece que el título «Acceso al proceso judicial o de otra índole» sería más adecuado al contenido del artículo.

10. El proyecto de artículos no incluye ni siquiera regulaciones generales respecto a la transferencia de agua entre cuencas hidrográficas. Tomar como base los principios generales del proyecto no basta.

11. En resumen, hay que reconocer que el instrumento jurídico que se debate tendrá significado principalmente en aquellas regiones del mundo en las que la regulación mediante tratados sea escasa o inexistente. Esto afecta básicamente a zonas en que hay más conflictos, donde el déficit de agua ha aparecido hace muchos años. Es principalmente el caso del Oriente Medio (Turquía, Siria, el Iraq y la República Islámica del Irán), pero también de Asia (Bangladesh y la India) y de África (Etiopía, Sudán y Egipto). La aprobación de este instrumento jurídico y su

aplicación en las zonas mencionadas mejoraría la situación mundial y reduciría el número de conflictos armados.

12. En general, el proyecto de artículos propuesto merece el apoyo de Polonia. Constituye un reflejo bastante fiel del estado del derecho internacional, en cuyo desarrollo Polonia ha participado activamente. Parece que las disposiciones de la futura convención constituyen un buen punto de partida para negociar instrumentos internacionales más detallados cuando se formulen nuevas bases convencionales de la cooperación sobre las aguas fronterizas con los nuevos países vecinos.

### Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

[Original inglés]  
[15 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. El Gobierno del Reino Unido encomia a la Comisión de Derecho Internacional por el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El Reino Unido no es un Estado con importantes cursos de agua internacionales; no obstante, acoge con satisfacción este proyecto de artículos por ser también una valiosa contribución a la protección internacional del medio ambiente. Esa es en gran parte la base de los comentarios que siguen.

2. Es oportuno considerar la labor de la CDI a la luz de la reciente evolución en materia de derecho ambiental internacional, incluidas la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo («Convención de Espoo»), la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales («Convención de Helsinki») y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo («Conferencia de Río»). En esa conferencia se aprobó un ambicioso programa de actuación ambiental hasta el próximo siglo, el Programa 21<sup>1</sup>, que dedica un capítulo (cap. 18) a los recursos de agua dulce. Se reconoce así que el desarrollo sostenible de los recursos hídricos es esencial, tanto para la satisfacción de las necesidades básicas como para la salvaguardia de los ecosistemas.

3. El proyecto de artículos constituye una buena base para fundamentar acuerdos jurídicos referentes a la dimensión internacional del aprovechamiento de los cursos de agua. Sin embargo, para que el proyecto de artículos, modificado y refinado a la luz de estas y otras observaciones y de nuevos debates, constituya un fundamento sólido para la acción futura, es importante que refleje de un modo preciso el estado actual del derecho ambiental

<sup>1</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I, vol. I/Corr.1, vol. II, vol. III y vol. III/Corr.1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 93 18 y corrección), vol. I *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II

internacional. Hay que tener plenamente en cuenta la Convención de Helsinki, recientemente concertada, la Convención de Espoo y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río<sup>2</sup>), y en especial su insistencia en prevenir importantes consecuencias o efectos adversos en el medio ambiente. La comunidad internacional concede importancia a la labor de la CDI sobre ese tema y sobre otros relacionados con el medio ambiente. En el capítulo 39 del Programa 21 se dice, entre otras cosas, que:

En los futuros proyectos para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional para el desarrollo sostenible se debería tener en cuenta la labor en curso de la Comisión de Derecho Internacional

4. El Reino Unido ha indicado en anteriores ocasiones sus reservas respecto a la forma final del instrumento que contiene el texto elaborado por la CDI. El Reino Unido cree aun que la labor de la CDI sobre este tema se formularía mejor como un conjunto de reglas modelo, recomendaciones o directrices, que se aplicarían y modificarían según lo requirieran las circunstancias del caso. Esas reglas, recomendaciones o directrices proporcionarían una orientación autorizada respecto a las normas jurídicas aplicables, pero tendrían la flexibilidad necesaria para ajustarse a la enorme diversidad de sistemas de cursos de agua internacionales. Su carácter sería esencialmente residual, dando a los Estados libertad para concertar acuerdos sobre cursos de agua concretos. De esa forma, sería más probable que el proyecto de artículos obtuviera una aceptación general. Sin embargo, si la CDI continuara inclinandose por una convención, el Reino Unido sugeriría que considerara la posibilidad de enmendar los artículos a fin de formular una convención marco, que sirviera a los Estados de cada curso de agua como orientación para concertar acuerdos bilaterales ajustados a las circunstancias de ese curso de agua.

5. Queda aún la cuestión de la superposición entre el presente tema y los de la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Aunque el Reino Unido no quisiera provocar ningún retraso en la conclusión de la labor de la CDI sobre los cursos de agua internacionales, es vital que su labor sobre todos esos temas sea coherente. En particular, el umbral de daño establecido en el artículo 7 debe atenerse a la labor de la CDI sobre los otros temas y a los principios de derecho internacional generalmente aceptados en la actualidad. Por ejemplo, los proyectos de artículos elaborados hasta ahora sobre las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional<sup>3</sup> son coherentes en general con la Convención de Helsinki y la Convención de Espoo. Se volverá sobre este punto al examinar en detalle los distintos artículos del proyecto.

6. En el marco de estas observaciones introductorias, el Reino Unido tiene varios comentarios detallados que hacer sobre los artículos del proyecto.

<sup>2</sup> *Ibid.*, anexo I

<sup>3</sup> Véase el texto en *Anuario 1990*, vol. II (segunda parte), notas 341 a 345, 347, 349, 352 a 354 y 359

## OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

*Artículo 2*

7. El Reino Unido apoya la aplicación del proyecto de artículos a los «sistemas de cursos de agua internacionales» definidos de modo que incluyan las aguas subterráneas. Se refleja así la realidad científica y geográfica. En muchas zonas del mundo las aguas subterráneas proporcionan la principal fuente del agua dulce necesaria para todas las formas de vida. La definición de la CDI coincide con el enfoque adoptado en el Programa 21, en el que se afirma que el medio de agua dulce se caracteriza por el ciclo hidrológico, que abarca tanto las aguas superficiales como las subterráneas (párrs. 18.1 y 18.3). También es coherente con la definición de «aguas transfronterizas» que figura en el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Helsinki.

8. Si bien la inclusión de las aguas subterráneas es bienvenida, el Reino Unido considera que el ámbito potencial del proyecto de artículos es demasiado amplio. Tal como está redactado, el texto impone a los Estados obligaciones que sería muy difícil definir y que probablemente serán inaceptables para los Estados si el proyecto de artículos se incorpora a un instrumento jurídicamente obligatorio. El proyecto de artículos depende de que los Estados puedan definir el alcance de sus obligaciones por referencia a la presencia física de los cursos de agua internacionales en su territorio. Esa identificación es difícil y costosa en el caso de las aguas subterráneas. Uno de los siete programas de acción incluidos en el Programa 21 [párr. 18.27, a, iv)] se refiere al problema de la evaluación de los recursos hídricos, incluida la identificación de fuentes potenciales de abastecimiento de agua dulce. En él se alienta a todos los Estados, con arreglo a su capacidad y a los recursos disponibles, a

cooperar en la evaluación de los recursos hídricos transfronterizos, con la previa conformidad de cada uno de los Estados ribereños interesados

Además, han de establecerse o fortalecerse programas de investigación y desarrollo en los planos nacional, subregional, regional e internacional en apoyo de las actividades de evaluación de los recursos hídricos. Las reglas modelo, recomendaciones o directrices superarían esas dificultades. Permitirían a los Estados concertar acuerdos específicos en vez de asumir obligaciones generales cuya amplitud no podría determinarse fácilmente.

*Artículo 3*

9. El Reino Unido insta a la CDI a que reconsidere la redacción del párrafo 1, que refleja la presente incertidumbre respecto a la forma definitiva de este proyecto de artículos. Por una parte, en el artículo 1 se afirma que estas disposiciones son de aplicación general; por otra, sin embargo, son ajustables a cada caso concreto con arreglo al párrafo 1 del artículo 3. Si bien la flexibilidad es una característica deseable, que debe conservarse, hay que identificar y reflejar claramente en el texto del proyecto la función de estos artículos.

10. El párrafo 2 incluye la frase «no menoscabe apreciablemente». En numerosas ocasiones el Reino Unido ha expresado sus reservas respecto al uso de la palabra «apre-

ciable». Sigue opinando que «importante» refleja de un modo más preciso el significado de estos artículos, en particular cuando se usa para modificar «daño». El término «daño apreciable» constituye la esencia de varias disposiciones fundamentales del proyecto de artículos, sobre todo del artículo 7, pero su significado dista mucho de ser claro. En el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 7 se afirma que el término «apreciablemente» expresa un criterio de hecho, que requiere que el daño pueda determinarse mediante pruebas objetivas; no es «insignificante» o «meramente detectable» pero tampoco es necesariamente «grave»<sup>4</sup>. El Reino Unido está de acuerdo con el significado atribuido a «apreciable» en el comentario, pero considera que «apreciable» no expresa adecuadamente el significado pretendido. El término que se utilice debe expresar el sentido de un daño que sea importante, no el de un efecto transitorio o limitado. Y debe transmitir ese significado en el texto, sin requerir que se recurra al comentario para una aclaración. (Este comentario se aplica también a los casos en que las palabras «apreciable» o «apreciablemente» aparecen en otros lugares del proyecto, v.g. en el párrafo 2 del artículo 4, los artículos 7 y 12, el párrafo 1 del artículo 18, el párrafo 2 del artículo 21, el artículo 22 y el párrafo 2 del artículo 28.)

11. El término «apreciable» tampoco refleja el umbral de responsabilidad adoptado en los tratados concertados más recientemente en la esfera ambiental, en particular el Convenio sobre la diversidad biológica. En los artículos 7 y 14 de ese Convenio, que ha sido firmado por casi todos los Estados participantes en la Conferencia de Río, se emplean las expresiones «efectos perjudiciales importantes» y «efectos adversos importantes», respectivamente. Los principios 17 y 19 de la Declaración de Río se refieren a «un impacto negativo considerable» y «considerables efectos ambientales nocivos transfronterizos», respectivamente. La Convención de Helsinki se refiere, en el párrafo 2 de su artículo 1, a un «efecto adverso considerable», en tanto que en el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Espoo se emplea la frase «importante efecto ambiental transfronterizo».

*Artículos 5 y 7*

12. Es evidente que la razón para calificar el «daño» es garantizar que el proyecto de artículos no obstaculice innecesariamente la utilización de los cursos de agua internacionales. Ese equilibrio entre la utilización y la protección ambiental se enfocó directamente en la Conferencia de Río. Cabe elogiar a la CDI por su enfoque del presente tema, que ha situado firmemente la utilización de los cursos de agua en el contexto del desarrollo sostenible. Los Estados de un curso de agua internacional pueden utilizarlo de un modo equitativo y razonable, pero esa obligación de utilización equitativa, establecida en el proyecto de artículo 5, está subordinada a la obligación de no causar daño «apreciable» contenida en el artículo 7.

13. El Reino Unido apoya la subordinación de la obligación de utilización equitativa a la obligación de no causar daños «apreciables», pero considera que el equilibrio entre la protección ambiental y la utilización se aclararía

<sup>4</sup> Véase el comentario al artículo 7 (aprobado inicialmente como artículo 8) en *Anuario 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 39 a 45

si la palabra «importantes» modificara a «daños» (véanse las observaciones al artículo 3 *supra*). Esta posición coincide con la expuesta en el Programa 21, en el que se concede igual importancia a la satisfacción de las necesidades básicas y a la salvaguardia de los ecosistemas en el área de programas de «ordenación y aprovechamiento integrados de los recursos hídricos» (párrs. 18.6 a 18.12).

#### Artículo 8

14. En el artículo 8 se establece la obligación de cooperar, obligación reconocida en muchos tratados en la esfera ambiental y en otras esferas. El Convenio sobre la diversidad biológica incluye en su artículo 5 esa obligación con respecto a las cuestiones situadas fuera de la jurisdicción nacional y a otras cuestiones de interés mutuo. El Reino Unido está satisfecho por la inclusión de una obligación general de cooperar, pero mantiene ciertas reservas respecto al funcionamiento práctico del artículo 8. En particular, duda de que los conceptos de «utilización óptima» y «protección adecuada» sean medibles de tal modo que permitan que los Estados cumplan la obligación establecida en el artículo 8 y determinen los fallos en el logro del nivel requerido. La CDI podría considerar la posibilidad de detallar los objetivos de la cooperación dando así más contenido a la obligación de cooperar.

#### Artículo 9

15. La obligación de intercambiar datos e información figura igualmente en una gran variedad de instrumentos internacionales vigentes y expresa concretamente uno de los aspectos de la obligación de cooperar del artículo 8. Es importante asegurarse de que la obligación de intercambiar «los datos y la información de que razonablemente puedan disponer», que figura en el párrafo 1, no se convierta en una carga excesiva para los Estados interesados. Por esa razón, al Reino Unido le complace que se emplee el término «razonablemente». Lo que sea «razonable» variará de un caso a otro, según una diversidad de factores, que van desde la capacidad tecnológica hasta la legislación nacional respecto a la protección de datos. Sin embargo, sería útil proporcionar una orientación en forma de una lista (no exhaustiva) de lo que constituyen «los datos y la información de que razonablemente puedan disponer», enfoque adoptado en el párrafo 1 del artículo 13 de la Convención de Helsinki.

#### Artículo 10

16. El Reino Unido duda de que la referencia a las «necesidades humanas esenciales», que figura en el párrafo 2, sea suficientemente concreta para cumplir una función útil adicional a los criterios ya especificados en el artículo. Si la intención de ese párrafo es asignar prioridad a la satisfacción de ciertas necesidades humanas esenciales, como la disponibilidad de agua potable, sería preferible redactar de nuevo el artículo para referirse expresamente a esas necesidades.

#### Artículos 11 a 19

17. A reserva de los comentarios concretos que figuran en los párrafos siguientes, el Reino Unido acoge con satis-

facción los artículos 11 a 19, en los que se logra un equilibrio adecuado entre los intereses del Estado que proyecta adoptar una medida y los de los demás Estados del curso de agua que puedan ser afectados por ella. Esas disposiciones, en particular el artículo 12, son coherentes con el principio 19 de la Declaración de Río.

#### Artículo 12

18. El Reino Unido preferiría que en este artículo se hiciera referencia a un «efecto perjudicial importante» en lugar de un «efecto perjudicial apreciable». (Véase el comentario al artículo 3 *supra*.) Es importante distinguir entre el nivel del efecto que da comienzo a la obligación de notificar y el nivel de daño que incumple la obligación establecida en el artículo 7. La intención clara del artículo 12 es garantizar que la obligación de notificar comience a un nivel inferior a la obligación que figura en el artículo 7. Esta sugerencia es coherente también con el artículo 14 de la Convención de Helsinki, que impone la obligación de notificar a las demás partes ribereñas «cualquier situación crítica que pueda tener efecto transfronterizo». El «efecto transfronterizo» se define en el párrafo 2 del artículo 1 de esa Convención como «cualquier efecto adverso considerable sobre el medio ambiente».

#### Artículos 20 a 23

19. La protección y la preservación de los ecosistemas de los cursos de agua internacionales son un elemento esencial del proyecto de artículos. Otro programa de acción detallado en el Programa 21 está dedicado a la protección de los recursos hídricos, la calidad del agua y los ecosistemas acuáticos (párrs. 18.35 a 18.39). El proyecto de artículos coincide en general con uno de los objetivos establecidos en el programa de acción, que es «iniciar programas para la protección, conservación y aprovechamiento racional y sostenible de esos recursos» (párr. 18.39, *a*). El Reino Unido es partidario del enfoque adoptado en esta parte del proyecto de artículos, al distinguir entre contaminación y protección ambiental. En el Programa 21 se incluye un programa de acción encaminado a la protección del medio marino (párrs. 17.18 a 17.35). Las disposiciones de la parte IV son también satisfactorias como una contribución positiva al cumplimiento de los objetivos de ese capítulo.

#### Artículo 21

20. Al Reino Unido le complace el párrafo 1, en el que figura una definición objetiva de «contaminación de un curso de agua internacional». El desencadenante de la obligación de los Estados de prevenir, reducir y controlar la contaminación de un curso de agua internacional figura en el párrafo 2, que hace referencia a los «daños apreciables». El Reino Unido lamenta que se emplee el verbo «armonizar» en la última oración de ese párrafo. Con él, se da la impresión de que las políticas nacionales deben ser similares, en lugar de la obligación más suave de evitar políticas conflictivas, que es la que se pretende establecer en el artículo.

21. Por consiguiente, el Reino Unido preferiría que la última oración del párrafo 2 fuera reemplazada por:



«Los Estados del curso de agua tomarán disposiciones para coordinar sus políticas a este respecto.»

#### Artículo 22

22. Para que haya coherencia en la redacción, el Reino Unido sugiere que se añada la frase «o para su medio ambiente» al final del artículo. La razón para la inclusión de esa frase en el artículo 21 parece igualmente válida en este artículo.

#### Artículo 23

23. Al Reino Unido le satisface este artículo, que es coherente con las disposiciones del artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En él se reconoce el daño que podría causarse al medio marino, incluidos los estuarios, sin violar la obligación de no causar «daños apreciables» (o, como preferiría el Reino Unido, «importantes») a otros Estados del curso de agua, que es el objetivo del artículo 22. El hecho de que el 70 % de la contaminación marina proceda de fuentes terrestres subraya la importancia del artículo 23.

#### Artículo 26

24. El Reino Unido apoya este artículo, que complementa el primer programa de acción que figura en el Programa 21, relativo a la ordenación y aprovechamiento integrados de los recursos hídricos (párrs. 18.6 y ss.). Se reconoce en general que el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos requiere una ejecución eficaz y mecanismos de coordinación. A ese respecto, satisface especialmente el apartado a del párrafo 2, en el que se resaltan el aprovechamiento sostenible de un curso de agua internacional y la necesidad de velar por la ejecución de los planes que se adopten. Sin embargo, la CDI debería seguir la orientación dada por el artículo 9 de la Convención de Helsinki, en el que se prevé el establecimiento de órganos mixtos con arreglo a acuerdos bilaterales o multilaterales que abarquen cuestiones pertinentes tratadas en la Convención y se especifican algunas de las tareas que podrían desempeñar esos órganos.

#### Artículo 27

25. El Reino Unido sigue sin estar convencido de la necesidad de este artículo, que no es más que una aplicación concreta de la obligación de cooperar establecida en el artículo 8.

#### Artículo 29

26. El Reino Unido ha expresado previamente sus reservas respecto a la inclusión de un proyecto de artículo referente a los cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado. La protección del medio ambiente, y en concreto de los cursos de agua y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas, ya está prevista en virtud de las normas vigentes de derecho internacional relativas a los conflictos armados. El Reino Unido cree que no es conveniente insertar un artículo general de ese tipo en un texto dedicado, por lo demás, a

un tema bastante diferente. Esta opinión no excluye, por supuesto, que el tema se examine en otros foros más apropiados. El Reino Unido invita a la CDI a que considere la posibilidad de dar al artículo una nueva redacción del siguiente tenor:

«Los presentes artículos no excluyen la aplicación a los cursos de agua internacionales de los principios y normas de derecho internacional aplicables en el caso de los conflictos armados internacionales e internos.»

#### Artículo 30

27. Resulta difícil ver qué añade este artículo a las obligaciones que incumben a los Estados con arreglo a los artículos 9 a 19. En los artículos precedentes no hay ninguna mención de «contactos directos» y cabría suponer que, al desempeñar sus obligaciones de buena fe, los Estados podrían emplear medios directos o indirectos, según proceda.

#### Artículo 32

28. Al Reino Unido le satisface el principio de la no discriminación que figura en este artículo, ya que facilita la aplicación del principio «contaminador-pagador» en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, como corresponde a cada ordenamiento jurídico establecer el umbral de daño que crea una causa para incoar acciones, el empleo del término «apreciable» es inapropiado. Dado el objeto particular de este artículo, no es necesario calificar el «daño».

### República Árabe Siria

[Original inglés]  
[10 de abril de 1992]

#### OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

#### Artículo 7

1. Insértese un nuevo párrafo con el siguiente texto:

«Al utilizar un curso de agua internacional, los Estados del curso de agua se comprometerán a no cortar o reducir el flujo del curso de agua por debajo del flujo sanitario necesario en el lecho del río en cualquier circunstancia.»

#### Artículo 8

2. Insértese un nuevo párrafo cuyo texto sea el siguiente:

«En este contexto, la cooperación significa, en particular, que los Estados del curso de agua determinarán y convendrán sus cuotas razonables y equitativas de los usos de las aguas de conformidad con los recursos hídricos del curso de agua internacional de que se trate.»

*Artículo 9*

3. Redáctese de nuevo el párrafo 1 como sigue:

«1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente, mediante comités mixtos, los datos y la información de que razonablemente puedan disponer sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico, ecológico y operacional de los embalses, así como las previsiones correspondientes; y esto antes y después de lograr el acuerdo o los acuerdos definitivos sobre los usos de las aguas del curso de agua internacional de que se trate.»

4. El Gobierno de la República Árabe Siria concede gran importancia a que la Comisión de Derecho Internacional refleje estos comentarios y observaciones en el proyecto de artículos cuando lo considere de nuevo con miras a aprobarlo.

**Suecia**

[Véase *Países nórdicos*]

**Turquía**

[Original inglés]  
[25 de enero de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

1. Para ser realista, un proyecto general de artículos, preparado por la Comisión de Derecho Internacional, que codifica y mejora el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación tiene que formularse como una legislación marco no detallada debido a la variedad de localizaciones geográficas, construcciones hidrológicas, cualidades demográficas y características de los cursos de agua internacionales.

2. Una de las principales críticas que podrían hacerse al proyecto de artículos es que, en los artículos relativos al daño ambiental, no se tienen debidamente en cuenta los problemas de los Estados en desarrollo. El énfasis general puesto en el factor de «daño» ha dado como resultado un texto que limita la utilización por los Estados de la parte superior del curso de agua. Se requiere un enfoque más equilibrado de ese tema.

3. El proyecto de artículos debe consistir en un conjunto de normas que puedan aplicarse en el contexto de la buena vecindad y no en principios generales que puedan aplicarse a todos los cursos de agua internacionales.

4. Creemos que, al determinar el régimen que ha de aplicarse a los cursos de agua internacionales, no se han tenido debidamente en cuenta la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales ni su derecho a gestionar esos recursos.

5. El término «cursos de agua», tal como se utiliza en el proyecto, podría crear dificultades en el futuro. Ese término tiene una definición amplia, que incluye también las aguas subterráneas. El término «sistemas de cursos de

agua» contiene también un significado demasiado amplio. Ese término incluye los glaciares, los canales y especialmente las aguas subterráneas, y lleva naturalmente a que se compartan esos recursos. Ese resultado sería, una vez más, incompatible con el principio de derecho internacional generalmente aceptado de la soberanía permanente de los Estados sobre sus propios recursos naturales. Por esa razón, el proyecto de artículos sólo podría recibir nuestra aprobación si su aplicación se limitara a las aguas superficiales.

## OBSERVACIONES RELATIVAS A ALGUNOS ARTICULOS

*Artículo 5*

6. Según el párrafo 1, los Estados del curso de agua tienen tanto el derecho a utilizar un curso de agua internacional de un modo equitativo y razonable así como la obligación de no privar a los demás Estados del curso de agua de su derecho a una utilización equitativa.

7. El párrafo 2 incorpora la cooperación entre los Estados del curso de agua. Si bien el artículo 5 contiene ciertos elementos positivos para los Estados de la parte superior del curso de agua, tiene que ser más equilibrado. Para lograr un artículo bien equilibrado, convendría ampliar ese párrafo para incluir una cláusula que restringiera los usos (y en especial los nuevos usos) de los Estados de la parte inferior del curso de agua. Si no pudiera obtenerse ese equilibrio, habría que excluir del artículo 5 el tema de la «participación». El artículo generalizado resultante, que contendría los principios de la utilización equitativa, razonable y óptima, sería equitativo y suficiente.

*Artículos 11 a 19*

8. Las disposiciones de la tercera parte del proyecto son demasiado detalladas. Hay que simplificarlas. Las relativas a los procedimientos de notificación y consulta deberían dejarse para acuerdos regionales y locales en los que podrían considerarse mejor las necesidades reales de cada caso. Esos arreglos podrían completar el acuerdo marco.

*Artículo 20*

9. El artículo 20 se ocupa de la protección y la preservación de los ecosistemas de los Estados del curso de agua. Sin embargo, ese artículo no contiene los criterios para determinar qué constituye un daño importante. Convendría incluir en el artículo esos criterios.

*Artículo 26*

10. En el primer párrafo se estipula la iniciación de consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional, incluida eventualmente la creación de un órgano mixto de gestión, a petición de cualquiera de los Estados del curso de agua. La cláusula «a petición de cualquiera de ellos» tiene un carácter obligatorio. Creemos que ese artículo debe redactarse de un modo diferente a fin de garantizar su flexibilidad. Tal como está redactado, el párrafo 1 del artículo podría incluir la obligación de negociar un acuerdo para establecer un órgano mixto de gestión. Hay que aclarar esa cuestión.

## II.—Comentarios y observaciones recibidos de un Estado no miembro

### Suiza

[Original frances]  
[14 de enero de 1993]

#### INTRODUCCION

1. El Gobierno de Suiza desea expresar su agradecimiento a los miembros de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y a sus Relatores Especiales que, desde 1974, estudian las normas sustantivas y procesales relativas a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura en 1991 aporta una contribución preciosa al derecho de los cursos de agua internacionales. Si, pese a ello, ese derecho sigue conteniendo lagunas e incertidumbres, esas deficiencias se deben ante todo a la naturaleza del tema: es particularmente difícil resolver los problemas ligados a la utilización de recursos naturales compartidos. Dicho esto, la tarea de la CDI fue facilitada, en cierta medida, por los trabajos anteriores de dos sociedades doctas, el Instituto de Derecho Internacional<sup>1</sup> y la Asociación de Derecho Internacional<sup>2</sup>. Si bien el proyecto de la CDI se aparta en ciertos puntos de esos dos documentos, los tres textos convergen en una cuestión esencial: admiten el principio de la utilización (y la participación) equitativa y razonable.

2. En conjunto, la posición del Gobierno de Suiza respecto al proyecto de artículos preparado por la CDI es favorable. Las observaciones que siguen, a veces críticas, se han formulado con un espíritu constructivo. En un dominio tan importante para el futuro de la humanidad, como la utilización compartida de los recursos hídricos, la comunidad internacional tiene el máximo interés en alcanzar rápidamente un resultado.

#### *Ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

3. La CDI propone que el resultado de sus trabajos adopte la forma de un «acuerdo marco» o de una convención modelo en la que puedan inspirarse los Estados que vayan a concertar un acuerdo sobre la utilización de los recursos de un curso de agua común (art. 3, párr. 1). La fórmula así propuesta permite asociar a la *lex lata* elementos de *lex ferenda* sin tener que identificar unos y otros, lo que podría facilitar la adopción del texto por la comunidad de Estados. No obstante, se puede pensar que la mayor parte de las normas sustantivas contenidas en el proyecto pretenden reflejar el derecho consuetudinario, en tanto que las normas procesales que en él figuran corresponden, por su misma naturaleza, al desarrollo progresivo del derecho internacional. De un modo general, el Gobierno suizo suscribe ese enfoque.

<sup>1</sup> En 1961 el Instituto aprobó una resolución titulada «Uso de las aguas internacionales no marítimas (aparte de la navegación)», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49, t. II, 1961, págs. 370 a 373.

<sup>2</sup> En 1966 la Asociación de Derecho Internacional aprobó las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales [ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs. 484 y ss., reproducido parcialmente en *Anuario 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 389 y ss., documento A/CN.4/274, párr. 405].

4. La CDI sugiere que se elabore una convención modelo, a la que los Estados que lleguen a ser partes en ella puedan escoger ajustarse, en todo o en parte, al concertar acuerdos de cursos de agua. Eso debería implicar: a) que, aunque lleguen a ser partes en la convención modelo, los Estados seguirán teniendo libertad, cuando concierten un acuerdo relativo a un curso de agua internacional o a una parte del mismo, para hacerlo o no en el marco de esa convención (véase art. 3, párr. 1); y b) que los acuerdos de curso de agua existentes, sumamente numerosos, subsisten en tanto que los Estados que sean partes a la vez en ellos y en la convención marco no resuelvan adaptarlos a ésta. Este último punto, a diferencia del primero, no se formula expresamente en el proyecto de artículos. El Gobierno de Suiza desea que se colme esa laguna precisando, en el mismo artículo, que la convención marco no afecta en nada a la validez del contenido de los acuerdos de curso de agua vigentes.

5. En el artículo 1 del proyecto se establece que los artículos se aplicarán a los «cursos de agua internacionales». El término «curso de agua», definido en el apartado b del artículo 2, se entiende en el sentido de

[ ] un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y fluyen a un término común

El párrafo 5 del comentario al artículo 2 precisa que un «sistema de aguas» se compone de varios elementos: los «ríos, lagos, acuíferos, glaciares, embalses y canales», en la medida en que estén interrelacionados constituyen «un conjunto unitario»<sup>3</sup>. Esa definición engloba elementos superficiales y subterráneos, al menos en la medida en que estos últimos guarden relación con las aguas superficiales, estando pues integrados al sistema; se excluyen las aguas subterráneas «confinadas». Los «cursos de agua» así definidos son «internacionales», en los términos del apartado a del artículo 2, si sus partes componentes están situadas en Estados diferentes.

6. Indudablemente, hay que elogiar la decisión de descartar las nociones de cuenca hidrográfica<sup>4</sup> o de sistema de curso de agua que, dada su amplitud, habrían sido inaceptables para numerosos países. Sin embargo, la noción de curso de agua, limitada tradicionalmente a las aguas superficiales, se ha concebido aquí de modo tan amplio que, de hecho, se acerca a los conceptos que se ha querido descartar. Definida como en la actualidad, esa noción puede causar dificultades, sobre todo a los Estados de la parte superior de un curso de agua. Se añadirá, siempre a propósito del artículo 2, que se entiende mal por qué la definición de «curso de agua internacional» (apart. a) precede a la de «curso de agua» (apart. b); ¿no habría que invertir esas dos disposiciones?

#### *El contenido del proyecto de artículos*

7. Se examinará aquí el contenido de las principales disposiciones del proyecto, prescindiendo de la cuestión de

<sup>3</sup> *Anuario 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 76 y 77.

<sup>4</sup> En el artículo II de las Normas de Helsinki se define la cuenca hidrográfica como «un área geográfica que se extiende por el territorio de dos o más Estados y está demarcada por la línea divisoria del sistema hidrográfico, incluyendo las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una salida común».

saber si en su texto se tienen en cuenta de modo equilibrado los intereses de los Estados de la parte superior y de la parte inferior de un curso de agua, dejando esa materia para un estudio separado *infra*.

8. Las disposiciones fundamentales del proyecto de la CDI son, sin duda, el artículo 7, en el que se formula la prohibición de causar daños apreciables (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), y los artículos 5 y 6, que consagran el principio de la utilización equitativa y razonable y regulan su aplicación. El Gobierno de Suiza piensa que los dos preceptos forman hoy parte del derecho consuetudinario internacional. Su inclusión en el proyecto de artículos está, pues, plenamente justificada. Sin embargo, podrían resultar convenientes ciertas adiciones o modificaciones.

9. Hay que preguntarse, en primer lugar, si los artículos 5 y 6 no deberían completarse mediante una disposición en la que se precisaran las modalidades de su aplicación: reparto territorial, es decir atribución de zonas o segmentos del curso de agua a cada Estado interesado, como se ha hecho en el Tratado relativo al uso de las aguas del Indo concertado entre la India y el Pakistán, de 19 de septiembre de 1960<sup>5</sup>; reparto por rotación, reservando las aguas o su utilización a un Estado del curso de agua para un período y a otro Estado para otro período, como se prevé en el acta final de delimitación de la frontera internacional de los Pirineos entre España y Francia, de 11 de julio de 1868<sup>6</sup>; o reparto del caudal, de su utilización o de la energía producida, como, por ejemplo, en 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<sup>7</sup>, y en la Convención sobre el proyecto hidroeléctrico de Emosson, de 23 de agosto de 1963<sup>8</sup>. Se recordará además, a ese respecto, que el reparto convencional por mitades es corriente para los ríos contiguos. Pueden preverse también otros métodos, como la atribución exclusiva de ciertos usos a diferentes Estados del curso de agua, o el recurso a sistemas de compensación, como el convenido entre la India y el Nepal para el río Gandak<sup>9</sup>, al igual que una combinación de varias de esas técnicas.

10. No carecería de interés una descripción de los métodos posibles, que sería objeto de una disposición adicional, pues el texto preparado por la CDI tiene por objeto servir de convención marco: en efecto, esa descripción informaría a los Estados que proyecten concertar un acuerdo de curso de agua de las diferentes posibilidades de aplicación del principio de la utilización equitativa y razonable.

<sup>5</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 419, pag 125

<sup>6</sup> Véase España, Ministerio de Hacienda, *Recopilación de Acuerdos Internacionales con Francia y Portugal sobre límites y otros servicios de frontera*, Madrid, 1948, pag 110

<sup>7</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 453, pag 51

<sup>8</sup> RGDIP, Paris, 3ª serie, vol 36, N° 1 (enero-marzo de 1965), pag 571, resumido en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pag 337, documento A/CN.4/274, párrs 228 a 236

<sup>9</sup> Naciones Unidas, *Textes législatifs* (N° de venta 63 V4), pag 295, tratado N° 96, véase también *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pag 104, documento A/CN.4/274, párrs 347 a 354 La India se compromete a construir, en territorio nepales, una central hidroeléctrica y líneas de transmisión, se obliga además a suministrar al Nepal cierta cantidad de electricidad Por su parte, el Nepal debe establecer, en su territorio, instalaciones de transmisión y de distribución de la energía producida

11. Se ha dicho que el artículo 7 obliga a los Estados de un curso de agua a utilizarlo «de manera que no se causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua». Esa disposición se aparta de lo que se podía considerar que constituía la regla general: la exigencia de un daño no «apreciable», sino «importante», «sustancial», «considerable» o «grave»<sup>10</sup>. Al contentarse con la exigencia de un daño «apreciable», el artículo 7 plantea, en su redacción actual, dos problemas. En primer lugar, el adjetivo «apreciable» parece reflejar la intención de rebajar el umbral de los perjuicios permitidos, lo que puede indisponer sobre todo a los Estados de la parte superior del curso de agua. En segundo lugar, ese adjetivo es equívoco. Por otra parte, es más vago aún que los calificativos «importante», «sustancial», «considerable» o «grave» y, por ello, hace más difícil la aplicación de la regla *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Por otra parte, la palabra «apreciable» puede tener dos significados: puede servir para distinguir un daño de cierto alcance de un daño que no lo tiene o para designar un daño susceptible de ser «apreciado», es decir percibido y constatado, en oposición a un daño que no lo es<sup>11</sup>. En vista de esos problemas, el Gobierno de Suiza preferiría que se reemplazara el adjetivo «apreciable» por un calificativo que reflejara más fielmente el *statu quo* consuetudinario.

12. Los artículos 8 a 19 contienen normas procesales. Los artículos 11 a 19 indican el camino a seguir cuando un Estado proyecta una actividad nueva (o ampliada) del curso de agua. De un modo general, esas disposiciones parecen aceptables al Gobierno de Suiza. Sin embargo, dos puntos merecen ser examinados.

13. Como dijo con razón un comentarista del proyecto de artículos, el Estado que notifica a los demás Estados del curso de agua su intención de hacer un uso nuevo de éste no podrá, durante cierto período, pasar a la acción (art. 14) y, si hay objeciones, estará sometido a un procedimiento complejo de concertación. Los Estados así notificados, por su parte, conservan todos sus derechos en el plano internacional, aunque no reaccionen a la notifica-

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, J. Andrassy, «Les relations internationales de voisinage», *Recueil des cours* t 79, 1951-II, págs 73 a 182 (en particular págs 111 y 112) En apoyo de su afirmación, ese autor cita varias decisiones de tribunales estadounidenses, una resolución adoptada en 1911 por el Instituto de Derecho Internacional y disposiciones convencionales Respecto a la evaluación del daño, Andrassy dice

«La magnitud del daño debe apreciarse en relación con las dos partes interesadas Hay que tener en cuenta la proporción o la desproporción entre el beneficio obtenido por una de las partes y el perjuicio sufrido por la otra La diversidad de casos no admite reglas fijas y deja una gran parte a la equidad Esta se ha tenido en cuenta en las decisiones anteriormente citadas, en las que se ha aplicado el principio del reparto equitativo» (Ibid., pag 112)

De ese pasaje se deducirá que la norma que prohíbe causar daños es un elemento del principio de utilización equitativa y no a la inversa

<sup>11</sup> Véase M. Solanes, «The International Law Commission and Legal Principles Related to the Non-navigational Uses of the Waters of International Rivers», *Natural Resources Forum*, 1987, vol 11, N° 4, págs 353 a 361, en particular pag 357 El autor afirma en especial que

«[ ] el principio [que prohíbe los daños "apreciables"] no prohíbe un daño "menor" o intrascendente, sino un "daño apreciable" en el sentido de un perjuicio susceptible de generar responsabilidad internacional La expresión "apreciable", entendida como suficiente para ser percibida o estimada\*, debe distinguirse de "sustancial", cuyo significado es el de un daño de una dimensión o monto considerable, o, en términos más corrientes, grande»

ción en el plazo establecido, ya que los artículos 5 a 7 siguen rigiendo su situación<sup>12</sup>. ¿No sería conveniente mostrarse más estrictos respecto a los Estados destinatarios de notificaciones admitiendo, según el adagio *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*, que el Estado que ha omitido presentar una objeción, en el plazo previsto, a una actividad nueva anunciada por otro Estado del curso de agua se supone que ha consentido en ella?

14. Una utilización proyectada puede suscitar objeciones, precisa el artículo 15, siempre que el Estado al que se haya hecho la notificación «llegue a la conclusión de que la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 [utilización equitativa] ó 7 [*sic utere tuo*]». Esta conclusión, unilateral y subjetiva, desencadena el proceso de negociación y la moratoria de seis meses prevista en el artículo 17. Por tanto, una conclusión unilateral del Estado o los Estados interesados basta para bloquear temporalmente una nueva actividad, sin que el Estado que desea realizarla tenga la menor posibilidad de hacer que un tercero imparcial verifique su fundamento. Esa situación puede ser particularmente perjudicial para los países en desarrollo que deseen emprender una nueva actividad y que, para poder hacerlo, soliciten el apoyo financiero de las instituciones financieras internacionales. Bastará, para que ese apoyo se deniegue temporalmente, que otro Estado del curso de agua haya formulado una objeción con arreglo al artículo 15.

15. Esta observación entraña otra, más general. El problema que acaba de exponerse ilustra la importancia particular de un sistema eficaz de solución de controversias en el marco del derecho de los cursos de agua internacionales, importancia que ha sido reconocida además por la ADI en las Normas de Helsinki, así como por el Relator Especial de la CDI, Sr. McCaffrey. En su sexto informe ha propuesto, en efecto, en los anexos I y II de su proyecto de artículos, mecanismos encaminados al arreglo de las controversias interestatales y medios para facilitar los recursos privados para daños existentes o potenciales<sup>13</sup>. La redacción del artículo pertinente del anexo II deja que desear<sup>14</sup>, pero ambos textos tienen el mérito de abordar la cuestión. El proyecto de artículos sometido hoy a la apreciación de los gobiernos mantiene, por su parte, un silen-

cio total. Llenar esa laguna parece una de las tareas prioritarias de la CDI.

#### *El equilibrio del proyecto de artículos*

16. Para realizar su objetivo, la futura convención marco debe ser equilibrada. En particular, no debe favorecer ni a los Estados de la parte superior del curso de agua ni a los de la parte inferior. ¿Satisface esa exigencia el proyecto elaborado por la CDI? Para responder a esa cuestión, conviene examinar dos puntos: las relaciones entre la prohibición de causar un daño «apreciable» y el principio de la utilización equitativa, y la participación de los países del curso de agua en los acuerdos concertados entre otros Estados del mismo curso de agua.

17. En un principio, la CDI había yuxtapuesto la regla *sic utere tuo* y el principio de la utilización equitativa, sin manifestarse respecto a la relación entre esos dos elementos, si bien la mención del efecto perjudicial que podía resultar de una actividad entre los factores que debían determinar la amplitud del derecho de participación equitativa sugería la subordinación de la primera al segundo. Sin embargo, algunos miembros de la CDI deseaban una reglamentación más clara. Dos de los Relatores Especiales—los Sres. Schwebel y McCaffrey—propusieron textos que concedían prioridad al principio de la utilización equitativa. En el párrafo 1 del artículo 8 del texto sugerido por el Sr. Schwebel se imponía a los Estados de un sistema de curso de agua que, al utilizarlo, no causarían

[ ] perjuicio apreciable a los intereses de otro Estado del sistema, salvo en cuanto fuere admisible en virtud de una determinación de participación equitativa para el sistema de curso de agua internacional respectivo<sup>15</sup>

18. El Sr. Evensen, por el contrario, quería conceder prioridad a la regla *sic utere tuo* al no insertar ningún texto sobre ese punto en el proyecto de artículos y al hacer desaparecer la mención del efecto perjudicial que podía resultar de una utilización de la lista de factores condicionantes de la amplitud del derecho de participación equitativa<sup>16</sup>. Esta solución es la que ha prevalecido definitivamente, en particular en la idea de que no puede tolerarse un daño aunque sea menor—al medio ambiente, por ejemplo—entre o no en el ámbito de aplicación del derecho de utilización equitativa del Estado de origen. Esa idea se expresa en el párrafo 2 del comentario al artículo 8 del proyecto:

El derecho de un Estado del curso de agua a utilizar [el sistema de] curso de agua internacional de una manera equitativa y razonable tiene como límite la obligación de ese Estado de no causar daños apreciables a otros Estados del curso de agua. En otras palabras, *prima facie*, por lo menos, la utilización [del sistema] de un curso de agua internacional no es equitativa si causa daños apreciables a otros Estados del curso de agua<sup>17</sup>

Criticada por la doctrina<sup>18</sup>, esa solución parece poco feliz, como dejó entender el representante de Suiza en el seno de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las

<sup>12</sup> C. B. Bourne, «The International Law Commission's Draft Articles on the Law of International Watercourses Principles and Planned Measures», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Boulder), 1992, vol. 3, N.º 1, págs. 65 a 92, en particular págs. 68 a 70.

<sup>13</sup> Véase *Anuario 1990*, vol. II (primera parte), pag. 43, documento A/CN.4/427 y Add.1, cap. III, secc. B y cap. IV, secc. F.

<sup>14</sup> Se trata del artículo 5, en el que se dispone que los Estados partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la futura convención marco (véase el artículo 3 del anexo II) pueden, si otros medios no aportan una solución, someter la controversia

«al arbitraje obligatorio de cualquier tribunal arbitral permanente o *ad hoc* que haya sido aceptado por todas las partes en la controversia»

Esa disposición sería inadecuada por dos motivos: a) debería aplicarse, no a las controversias relativas a la convención marco—que no es sino un modelo y, por tanto, apenas suscitara dificultades—sino a las que planteen la interpretación o la aplicación de los acuerdos de curso de agua concertados en el marco de ese modelo, y b) debería sugerir a las partes en esos acuerdos el arbitraje obligatorio y no el facultativo

<sup>15</sup> *Anuario 1988*, vol. II (primera parte), pag. 79, documento A/CN.4/348, párr. 156.

<sup>16</sup> *Anuario 1983*, vol. II (primera parte), págs. 182 y 183, documento A/CN.4/367.

<sup>17</sup> *Anuario 1988*, vol. II (segunda parte), pag. 39.

<sup>18</sup> En particular, Bourne, *loc. cit.*, págs. 72 a 91.

Naciones Unidas en la declaración que hizo el 31 de octubre de 1991<sup>19</sup>.

19. Dada la considerable importancia de ese problema para la suerte del proyecto de artículos, parece aconsejable detenerse en su consideración.

20. El Relator Especial, Sr. McCaffrey, alegó, en apoyo de la solución finalmente adoptada: a) que sería más sencillo establecer la existencia de un daño «apreciable» que juzgar el carácter equitativo de una utilización; b) que esa solución favorecería a los Estados «más débiles» del curso de agua; y c) que protegería mejor al medio ambiente<sup>20</sup>. Esos argumentos o son inexactos o no son decisivos.

21. No se ve por qué sería más fácil aplicar la noción vaga de daño «apreciable» que medir un derecho de utilización «equitativa» condicionado por toda una serie de factores enumerados en el artículo 6 del proyecto; e, incluso si ocurriera lo contrario, la solución cuya aplicación es más fácil no es forzosamente la mejor. No es más evidente que la jerarquía de normas sugerida por la CDI favorecería a los Estados económicamente débiles. Por el contrario, dar primacía a la prohibición de causar un daño «apreciable» equivale a conceder una protección casi ilimitada a los usuarios actuales de un curso de agua, ya que el perjuicio sufrido se refiere forzosamente a utilizaciones existentes. Dicho de otro modo, se favorecen los derechos adquiridos. Afirmar que proteger los derechos adquiridos equivale a favorecer a los débiles es una paradoja, en particular en la esfera que aquí nos interesa, puesto que los nuevos usuarios están, en general, menos desarrollados económicamente que los primeros usuarios e, históricamente, los Estados de la parte superior del curso de agua más que los de la parte inferior<sup>21</sup>. Si bien es posible, por último, que el Sr. McCaffrey y la CDI tengan razón en pensar que la norma del artículo 7 servirá mejor al medio ambiente que el principio de la utilización equitativa, el objetivo deseado podría lograrse sin elevar el precepto *sic utere tuo*, y con él la protección de los usuarios actuales, al rango de norma prioritaria. La protección deseada podría garantizarse igualmente limitando la prioridad de la norma *sic utere tuo* a la esfera del medio ambiente o manteniendo, como ha sugerido Lammers, la idea de una prohibición «mitigada» de causar un daño importante<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26.ª sesión, párrs. 40 a 44*

<sup>20</sup> «The Law of International Watercourses: Some Recent Developments and Unanswered Questions», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 17, N.º 3, 1989, págs. 505 a 526, en especial págs. 509 y 510, «The International Law Commission and Its Efforts to Codify the International Law of Waterways», *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLVII, 1990, págs. 32 a 55, en especial págs. 51 y 52

<sup>21</sup> McCaffrey, «The International Law Commission», *loc. cit.*, págs. 49 y 50

<sup>22</sup> «Balancing the Equities in International Environmental Law», *L'avenir du droit international de l'environnement, Colloque, La Haye, 12-14 novembre 1984*, Academia de Derecho Internacional de La Haya, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, págs. 153 a 165. Esa prohibición no sería aplicable a) si su aplicación perjudicara a objetos o actividades especialmente sensibles a la contaminación transfronteriza, b) si la actividad contaminante no fuera imputable al Estado de origen según las normas clásicas relativas a la responsabilidad internacional, o c) si el sacrificio que representaría la cesación de la actividad contaminante para el Estado de origen fuera desproporcionado respecto a las ventajas que el Estado víctima obtendría de ese cese

22. El sistema actualmente propuesto por la CDI no ofrece, pues, ventajas decisivas. Por otra parte, entraña graves inconvenientes. En primer lugar, según se ha dicho, favorece el *statu quo*, protegiendo a los Estados del curso de agua más desarrollados frente a las veleidades de los menos desarrollados. El principio de la utilización equitativa quedaría de hecho eclipsado por la norma *sic utere tuo*: las utilizaciones existentes tendrían prioridad respecto a las actividades futuras<sup>23</sup>. Por otra parte, tal sistema podría implicar que cada usuario dispone de un derecho de veto cuando un Estado del curso de agua proyecta emprender una actividad nueva o intensificar una actividad existente. En segundo lugar, la primacía de la prohibición de causar un daño «apreciable», surgida aparentemente del deseo de salvaguardar mejor el medio ambiente, podría en realidad tender a proteger la soberanía de los Estados del curso de agua: en efecto, quien dice participación equitativa dice reparto de las utilizaciones y de los recursos, y el concepto de reparto trasciende el de soberanía. La preocupación de privilegiar la preservación de la soberanía estaría, sin embargo, en contradicción con la idea, comúnmente admitida, de que los Estados de un curso de agua forman una comunidad de intereses de derecho<sup>24</sup> y de que, por consiguiente, la soberanía de cada uno de ellos es y debe ser limitada. Al socaire de una protección completa del medio ambiente, la nueva jerarquía de normas preconizada por la CDI llevaría a proteger la soberanía de los Estados mejor de lo que ha estado protegida en el pasado. A juicio del Gobierno de Suiza, se trata de una evolución poco deseable. En último lugar, esa jerarquía se aparta de la práctica de los Estados, como pone de manifiesto un estudio reciente consagrado a las relaciones entre los Estados Unidos y el Canadá<sup>25</sup>.

23. Por todos esos motivos, el Gobierno de Suiza desea que, respecto a este punto importante, la CDI vuelva a examinar su proyecto y, en caso necesario, adopte la concepción que, desde hace más de treinta años, ha constituido la base de los trabajos de la ADI: la primacía del principio de la utilización equitativa y razonable. Ese resultado podría lograrse suprimiendo el artículo 7 del proyecto, volviendo a introducir el efecto perjudicial que podría resultar de una actividad entre los factores, enumerados en el artículo 6, que sirven para determinar la amplitud del derecho de utilización equitativa, y limitando la prioridad de la norma *sic utere tuo* a la esfera de la protección del medio ambiente, mitigándola en caso necesario.

<sup>23</sup> La suerte de las utilizaciones existentes está regulada de modo satisfactorio en el párrafo 1 del artículo VIII de las Normas de Helsinki, cuyo texto es el siguiente

«1 El uso razonable actual podrá continuar, a menos que los factores que justifiquen su continuación pierdan fuerza frente a la importancia mayor de otros factores que pueden conducir a la conclusión de que dicho uso debe modificarse o terminarse a fin de facilitar otro uso competitivo e incompatible con el primero»

Esa disposición concede una presunción de prioridad a las actividades existentes. El usuario potencial puede invertir esa presunción demostrando que las actividades en cuestión no entran en el ámbito del derecho de utilización equitativa de los Estados que las ejercen

<sup>24</sup> *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, fallo N.º 16, 1929, C P J I, serie A, N.º 23, pag. 27*

<sup>25</sup> P. K. Wouters, «Allocation of the Non-navigational Uses of International Watercourses: Efforts at Codification and the Experience of Canada and the United States», en *Annuaire Canadien de droit international* (Vancouver), 1992, t. XXX, págs. 43 y ss

24. A juicio del Gobierno de Suiza, el párrafo 2 del artículo 4 del proyecto compromete igualmente el equilibrio entre los Estados de la parte superior del curso de agua y los de la parte inferior: cuando algunos de los Estados de un curso de agua negocian un acuerdo *inter se* relativo a una parte de ese curso de agua, o a ciertos usos del mismo, cualquier otro Estado de ese curso de agua que pueda resultar afectado apreciablemente por el acuerdo tiene derecho a participar en su negociación e incluso a llegar a ser parte en él. Como esos acuerdos se concertarán más bien entre los Estados de la parte superior del curso de agua, es sobre todo la libertad convencional de éstos la que menoscaba el párrafo 2 del artículo 4. No se ve fácilmente la utilidad de una disposición semejante: ¿No sería más apropiado someter a los Estados que deseen reglamentar una utilización nueva mediante un acuerdo *inter se* a las obligaciones estipuladas en los artículos 11 a 19?

#### Recapitulación

25. Las observaciones precedentes no agotan el tema. En los últimos años, el representante suizo en la Sexta Comisión ha comentado en tres ocasiones —el 3 de noviembre de 1988, el 31 de octubre de 1990 y el 31 de octubre de 1991— los artículos destinados a formar parte del proyecto de la CDI<sup>26</sup>. Algunos de esos comentarios han sido recogidos o desarrollados en las presentes observaciones. Otros —por ejemplo, los relativos a la protección y la preservación del medio ambiente<sup>27</sup> y los relativos al artículo 26 del proyecto (gestión)<sup>28</sup>— no han sido recordados, pero conservan su validez y debe conside-

<sup>26</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 28.ª sesión, párrs. 30 a 45; ibid., cuadragésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión, 25.ª sesión, párrs. 55 a 64; e ibid., cuadragésimo sexto período de sesiones (nota 19 supra), respectivamente.*

<sup>27</sup> Declaración de 31 de octubre de 1990 [ibid., *cuadragésimo quinto período de sesiones* (véase nota 26 supra)].

<sup>28</sup> Declaración de 31 de octubre de 1991 [ibid., *cuadragésimo sexto período de sesiones* (véase nota 19 supra)].

rarse que forman parte integrante de la presente exposición.

26. Dicho esto, el Gobierno de Suiza recapitula sucintamente, como conclusión, los puntos en los que piensa que podrían introducirse cambios en el proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la CDI:

- a) Inversión del orden de los apartados *a* y *b* del artículo 2;
- b) Supresión del párrafo 2 del artículo 4;
- c) Inclusión de los efectos perjudiciales de una utilización entre los factores enumerados en el artículo 6;
- d) Inclusión eventual de una disposición en la que se enumeren las modalidades de aplicación del principio de utilización equitativa y razonable;
- e) Supresión del artículo 7;
- f) Introducción de un procedimiento que permita al Estado del curso de agua que notifique una nueva actividad pedir a un tercero imparcial una apreciación objetiva de la cuestión de la compatibilidad de esa actividad con los artículos 5 ó 7 (o con el artículo 5 únicamente) [art. 15];
- g) Modificación del artículo 16, en el que podría establecerse que se presume que el Estado que no haya reaccionado a una notificación en el plazo prescrito ha aceptado la utilización proyectada;
- h) Elección de términos idénticos en los artículos 20 y 21 («medio ambiente» o «ecosistema»);
- i) Limitación de la obligación de cooperar a la elaboración de planes de urgencia, inscrita en el artículo 25, a los Estados amenazados de modo concreto;
- j) Supresión del artículo 26; y
- k) Creación de sistemas obligatorios de solución pacífica de las controversias entre Estados y de los litigios en que intervengan los particulares.





DOCUMENTO A/CN.4/451

**Primer informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial**

*[Original inglés]  
[20 de abril de 1993]*

INDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		201
	<i>Parrafos</i>	
INTRODUCCION	1-5	202
<i>Capitulo</i>		
I CUESTIONES DE CARACTER GENERAL	6-9	202
A Proyecto de convencion o reglas modelo	6-7	202
B Arreglo de controversias	8-9	203
II CUESTIONES PERTINENTES A LA PARTE I (INTRODUCCION) DEL PROYECTO DE ARTICULOS	10-20	203
Comentarios sobre articulos concretos		
Articulo 1 (Ambito de aplicacion de los presentes articulos)	10	203
Articulo 2 (Terminos empleados)	11	203
Articulo 3 (Acuerdos de curso de agua)	12-17	204
Articulo 4 (Partes en acuerdos de curso de agua)	18-20	205
III CUESTIONES PERTINENTES A LA PARTE II (PRINCIPIOS GENERALES) DEL PROYECTO DE ARTICULOS	21-28	206
A Observaciones generales	21-23	206
B Observaciones sobre articulos concretos		
Articulo 5 (Utilizacion y participacion equitativas y razonables)		
Articulo 6 (Factores pertinentes en una utilizacion equitativa y razonable)	24-26	206
Articulo 7 (Obligacion de no causar daños apreciables)	27	207
Articulo 8 (Obligacion general de cooperacion)		
Articulo 9 (Intercambio regular de datos e informacion)		
Articulo 10 (Relacion entre los usos)	28	207

---

**Instrumentos multilaterales citados en el presente informe**

*Fuente*

Convencion sobre la evaluacion de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Doc E/ECE/1250, 1991
Convencion sobre la proteccion y utilizacion de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	ILM, vol XXXI, N° 6, noviembre de 1992, pag 1313

---

## Introducción

1. El Relator Especial está firmemente convencido de que, al elaborar un instrumento basándose en el proyecto de artículos aprobado provisionalmente en primera lectura<sup>1</sup>, la Comisión contribuirá de manera importante a mitigar algunos de los problemas relacionados con el agua a que se enfrentará la humanidad en los próximos decenios como consecuencia del incremento del uso y las necesidades generadas por la expansión de las actividades de desarrollo y el aumento de la población.

2. El Relator Especial tiene una deuda incalculable con su predecesor, el Sr. McCaffrey, y con los que precedieron a éste, así como con el Sr. Hayton y con los miembros de la Comisión que tanto se esforzaron por finalizar puntualmente la primera lectura. A juicio del titular del cargo, se ha fijado una pauta digna de observar pero difícil de seguir.

3. El Relator Especial opina que lo que más se necesita en esta etapa es afinar. En resumen, el Relator Especial cree que no hay motivos para disentir de la opinión de un Gobierno que presentó sus observaciones por escrito en el sentido de que el proyecto representaba un logro notable. Esto no quiere decir que todos los Estados respondieran de manera igualmente positiva o que no hubiera una tendencia por parte de algunos Estados a llevar el proyecto en una u otra dirección de acuerdo, entre otras cosas, con sus situaciones geográficas respectivas en relación con cursos de agua importantes. Además, se han planteado cuestiones en cuanto a la forma definitiva que debe adoptar el resultado de los trabajos de la Comisión y varios Estados han instado a que la Comisión reconsidere la cuestión de incluir disposiciones relativas al arreglo de controversias<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Para el texto de los artículos 1 a 32, aprobados provisionalmente por la CDI en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 75. El texto de los artículos 1 a 10, comentados por el Relator Especial, se reproduce en las notas 6, 7, 9, 17 y 21 a 23 *infra*.

<sup>2</sup> Los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos figuran en este volumen (doc. A/CN.4/447 y Add.1 a 3), pág. 163.

4. Naturalmente, ha habido cambios en el mundo desde que la Comisión terminó su primera lectura. En este sentido, cabe referirse especialmente al resultado de la labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>3</sup>, la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales y la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo. Sin embargo, el Relator Especial opina que ninguna de las disposiciones de esos instrumentos exige que se introduzca ningún cambio fundamental en el texto del proyecto adoptado tras la primera lectura. El efecto principal de esos instrumentos es subrayar la importancia de que la Comisión siga adelante con su trabajo y evite adoptar un punto de vista restrictivo en cuanto al alcance del tema.

5. En este primer informe el Relator Especial se limitará a examinar las partes I y II del proyecto, salvo en la medida en que las cuestiones planteadas o las observaciones de los gobiernos con respecto a otras partes afecten o puedan afectar a las dos partes.

<sup>3</sup> Véase Programa 21, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I, vol. I/Corr.1, vol. II, vol. III y vol. III/Corr.1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II: «La escasez generalizada de recursos de agua dulce, su destrucción gradual y su creciente contaminación [...] exigen una planificación y una ordenación integradas de los recursos hídricos» (párr. 18.3). Para hacer frente a esta situación, el Programa 21 subraya la importancia de «Una ordenación global del agua dulce» (párr. 18.6), sobre la base de una consideración equilibrada de las necesidades de la población y del medio ambiente. Al incluir la idea de un enfoque «global», el Relator Especial no se aparta de un enfoque fundamentalmente antropocéntrico, sino que trata más bien de reconocer que, a largo plazo, todo lo que cause daño a la flora y la fauna empobrece a la humanidad. El Programa 21 no trata de abordar de una manera detallada las consecuencias internacionales o transfronterizas de estas preocupaciones, sino que deja que la CDI sugiera el marco que corresponde al aspecto de la respuesta mundial necesaria a los problemas señalados.

## CAPÍTULO I

### Cuestiones de carácter general

#### A.—Proyecto de convención o reglas modelo

6. El Relator Especial no cree que sea siempre necesario que la Comisión deje para el final la cuestión de la forma que debe adoptar el resultado de sus trabajos. En realidad, en este caso y también en otros en que se traten temas similares, si se resolviera esa cuestión lo antes posible se podrían agilizar los trabajos, como han indicado varios gobiernos en sus observaciones<sup>4</sup>. Por lo

<sup>4</sup> Véanse las observaciones del Reino Unido y el Canadá (nota 2 *supra*).

menos, parecería apropiado que hubiera un breve intercambio preliminar de opiniones sobre esa cuestión antes de proseguir con la labor de redacción. Por otra parte, si realmente se insiste en dejar la cuestión de la forma para más adelante, el Relator Especial no desearía retrasar la labor de fondo insistiendo en que se resolviera la cuestión de la forma en esta etapa.

7. Por lo que se refiere a la opinión al respecto del Relator Especial, ambos criterios, es decir la convención marco y las reglas modelo, tienen sus ventajas. La utilidad de una convención marco dependerá en gran medida

del número de Estados que la ratifiquen, y la de las reglas modelo sobre todo de lo firme y profundo que sea el respaldo que reciban para que la Comisión esté dispuesta a recomendarlas y haya probabilidades de que la Asamblea General las apruebe. Para abreviar, no tendría mucho sentido abogar por el criterio de la convención marco si no hay ciertas expectativas de que tenga una aceptación generalizada, y todavía menos sentido abogar por ningún otro criterio en esta etapa si no existe también la voluntad de apoyar una recomendación a la Asamblea General de que dé su plena aprobación al resultado de la labor. Cabe argüir también que una ley modelo facilitaría la inclusión de directrices más concretas. En la medida en que esto sea cierto, dicha ventaja se vería contrarrestada, por lo menos en parte, por el carácter más impreciso de las obligaciones que crearía el instrumento. Si se adoptara el criterio de la ley modelo, sería conveniente que se ampliaran los comentarios en la medida de lo posible para que los Estados pudieran determinar mejor cuándo se encontraban ante declaraciones *de lege lata* y cuándo no. El Relator Especial reconoce la dificultad de esta última sugerencia.

## B.—Arreglo de controversias

8. El Relator Especial desearía también llamar la atención especialmente sobre el hecho de que algunos gobiernos han instado a la Comisión a que examine la cuestión de la inclusión de disposiciones sobre el arreglo de controversias<sup>5</sup>. El Relator Especial comparte plenamente la opinión de su predecesor de que, dada la naturaleza de los problemas, la Comisión haría una importante contribución si recomendara un conjunto de disposiciones a la medida sobre determinación de hechos y arreglo de controversias en caso de que decidiera recomendar un proyecto de tratado y es de suponer que también si optara por las reglas modelo.

9. Se entenderá que los comentarios que figuran en los capítulos II y III sobre artículos concretos no prejuzgan la cuestión de la forma.

<sup>5</sup> Véanse las observaciones de Costa Rica, Grecia y Suiza (*ibid*)

## CAPITULO II

### Cuestiones pertinentes a la parte I (Introducción) del proyecto de artículos

#### Comentarios sobre artículos concretos

#### ARTICULO 1 (ÁMBITO DE APLICACION DE LOS PRESENTES ARTICULOS)<sup>6</sup>

10. No parece haber fundamento alguno en el texto, el comentario o las observaciones de los gobiernos para introducir cambios en este artículo o incluso en su comentario, aunque con respecto a esto último tal vez valdría la pena señalar expresamente en el comentario que el disfrute de las riquezas de un ecosistema es un uso de éste como cualquier otro. Algunos gobiernos parecen replantear en sus comentarios la cuestión del término «cursos de agua». El Relator Especial considera que, a estas alturas y teniendo en cuenta el compromiso alcanzado, no tiene mucho sentido volver a analizar los pros y los contras de emplear el término «cuenca de drenaje». Al Relator Especial le parece que la sugerencia de que se

utilice el término «aguas transfronterizas», teniendo en cuenta que se utiliza en la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, atañe a una cuestión de redacción, ya que, en su opinión, no hay una diferencia de fondo entre los términos empleados en el artículo 1 y el término «aguas transfronterizas» empleado en la citada Convención.

#### ARTICULO 2 (TERMINOS EMPLEADOS)<sup>7</sup>

11. El Relator Especial, a fin de aprovechar lo que ya se ha conseguido, ha resistido a la tentación, con una sola excepción, de introducir cambios en el artículo 2. El Relator Especial recomienda que se supriman las palabras «y fluyen a un término común» que figuran en el

<sup>6</sup> El artículo 1 reza como sigue

«Artículo 1 —Ámbito de aplicación de los presentes artículos

»1 Los presentes artículos se aplican a los usos de los 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 cursos de agua y de sus aguas

»2 El uso de los 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 afecten a la navegación o resulten afectados por esta »

<sup>7</sup> El artículo 2 reza como sigue

«Artículo 2 —Terminos empleados

»A los efectos de los presentes artículos

»a) se entiende por “curso de agua internacional” un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos,

»b) se entiende por “curso de agua” un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y fluyen a un término común,

»c) se entiende por “Estado del curso de agua” un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional »

apartado *b*. El concepto de «término común» no parece añadir nada a lo enunciado en el resto del apartado, aparte de la posibilidad de confundir, y, si se conserva, podría limitar artificialmente el alcance del proyecto. Si el Relator Especial cediera a la tentación de introducir cambios, sería para incluir las aguas subterráneas confinadas «no relacionadas con las aguas de superficie»<sup>8</sup>. Si las deliberaciones preliminares en la Comisión indican que ese cambio sería bien acogido, el Relator Especial tendría mucho gusto en introducirlo. Al parecer, si se incorporara, no habría que cambiar mucho, o tal vez nada, en ninguno de los demás artículos. Si bien se mira, el texto actual del artículo parece un compromiso viable entre dos enfoques conceptuales que teóricamente se contradicen pero que, en la práctica, deben y pueden armonizarse. A reserva de la decisión que se tome con respecto a una o tal vez dos de las cuestiones mencionadas anteriormente, se recomienda que la Comisión considere el artículo 2 como una hipótesis de trabajo válida para la segunda lectura y vuelva a examinarlo únicamente si del examen de los artículos subsiguientes surgiera inopinadamente tal necesidad. Podría ser conveniente trasladar al artículo 2 la definición del término «contaminación» que actualmente figura en el artículo 21. Ese traslado convendría para lo que el Relator Especial propone para el artículo 7, pero no es esencial, y su aceptación de ningún modo significaría que se estaba de acuerdo con la introducción de cambios en la parte II o en la parte III del proyecto actual ni reforzaría la utilidad de esos cambios.

#### ARTICULO 3 (ACUERDOS DE CURSO DE AGUA)<sup>9</sup>

12. El Relator Especial cree que sería conveniente introducir un cambio en el artículo 3, a saber sustituir la palabra *apreciablemente* por las palabras *en una medida importante*. En las observaciones de los gobiernos se exponen claramente las razones para sugerir ese cambio

<sup>8</sup> En R. D. Hayton, «Observations on the International Law Commission's draft rules on the non-navigational uses of international water courses Articles 1-4», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 2 (1992), págs. 37 y 38, figura un análisis excelente de las limitaciones del enfoque adoptado. En las observaciones presentadas en nombre de España, los países nórdicos y el Reino Unido se insta a la adopción de un enfoque similar (véase nota 2 *supra*).

<sup>9</sup> El artículo 3 reza como sigue

«Artículo 3—Acuerdos de curso de agua

»1 Los Estados del curso de agua podrán celebrar uno o varios acuerdos, en adelante denominados «acuerdos de curso de agua», que apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua

»2 Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo 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 acuerdo no menoscabe apreciablemente el uso de las aguas del curso de agua por otro Estado u otros Estados del curso de agua

»3 Si un Estado del curso de agua considera que las características y usos de un curso de agua internacional determinado requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados del curso de agua celebrarán consultas con el propósito de negociar de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de curso de agua»

y una de ellas es la práctica seguida hasta el momento en instrumentos más o menos comparables<sup>10</sup>. Los dos argumentos que el Relator Especial encuentra especialmente convincentes son: *a*) la palabra «apreciablemente» tiene dos significados muy diferentes, a saber i) en una medida que se pueda apreciar, y ii) en una medida importante; *b*) puesto que en el comentario<sup>11</sup> se deja bien sentado que por «apreciablemente» se debe entender «en una medida importante», sería preferible que se utilizara expresamente en el artículo este último término y no hubiera necesidad de leer el comentario para entender el significado del término empleado. El Relator Especial cree que debe entenderse que este cambio en el artículo 3 supondrá un cambio igual en todo el proyecto de artículos<sup>12</sup>. La complejidad y el peligro de confusión que se crearían con la utilización de un término en, por ejemplo, los artículos 3 y 4 y de otro término en el artículo 7 pesan mucho más que las ventajas que pudieran derivarse de ese intento de afinamiento excesivo.

13. El Relator Especial propone dos alternativas al párrafo 2 del artículo 3, que rezan como sigue:

#### VERSION A

«2. Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo 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 acuerdo no menoscabe *en una medida importante* el uso [de las aguas] del curso de agua por otro Estado u otros Estados del curso de agua.»

#### VERSION B

«2. Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo 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 acuerdo *no cause un daño importante* al uso [de las aguas]<sup>13</sup> del curso de agua por otro Estado u otros Estados del curso de agua.»

14. La ventaja que tendría la alternativa B sería la supresión de las palabras «en una medida». La función que tendría esta supresión sería la de dejar totalmente claro en el texto que el daño puede localizarse y, a pesar de ello, ser importante. Si se acepta este proyecto por esa razón, sería aconsejable introducir un cambio de redac-

<sup>10</sup> Formularon observaciones instando a que se introdujera este cambio, entre otros países, Alemania, el Canadá, los Estados Unidos de América, el Reino Unido y Suiza (véase nota 2 *supra*).

<sup>11</sup> El artículo 3 fue aprobado inicialmente como artículo 4. Véase el comentario en *Anuario 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 27 a 31, en especial las págs. 29 y 30, párrs. 15 y 16.

<sup>12</sup> Es decir, a los artículos 7 y 12, al párrafo 1 del artículo 18, al párrafo 2 del artículo 21, al artículo 22 y al párrafo 2 del artículo 28 del texto inglés.

<sup>13</sup> Puesto que «curso de agua» se define como un «sistema de aguas», parece innecesario repetir la referencia a las «aguas». El Comité de Redacción debería considerar la posibilidad de introducir esta simplificación en todo el proyecto.

ción en el actual párrafo 2 del artículo 4<sup>14</sup> sustituyendo las palabras «pueda resultar afectado apreciablemente» por las palabras «pueda sufrir un daño importante». No parece haber otros cambios que la alternativa B haga necesarios que no haya que introducir asimismo con arreglo a la alternativa A<sup>15</sup>.

15. La sugerencia hecha por algunos gobiernos en sus observaciones de que este artículo recoja también la idea de que pasar a ser parte en la convención no afectará a los acuerdos de curso de agua existentes no dejaría de plantear problemas y no parece necesaria. La Comisión no está en condiciones de saber con certeza qué acuerdos bilaterales o incluso multilaterales existen o si algunos de ellos pueden contradecir las premisas fundamentales del proyecto. Si bien no hay ninguna disposición en el texto actual que elimine la posibilidad de que haya acuerdos posteriores, sean o no compatibles con el texto actual, parece un poco excesivo presumir la continua validez de la *lex posterior* incompatible con el proyecto actual si no hay nada que indique tal intención por parte del Estado o los Estados interesados. No contribuye mucho a la estabilidad del régimen que algunos den por sentado que alcanza a la *lex posterior* y otros, contrariamente a las normas habituales sobre tratados sucesivos, que no la alcanza. Cabe esperar de los Estados que decidan ser partes en el proyecto actual que conozcan perfectamente las convenciones o acuerdos existentes en los que sean parte. Dichos Estados estarán en condiciones de evitar una aplicación involuntaria de esta convención por diferentes medios, incluida una declaración expresa de intenciones o de entendimiento con respecto a algunos de los acuerdos existentes o a todos los acuerdos en los que sean parte en el momento de firmar o pasar a ser partes en el tratado actual. Bastaría una declaración general a tal efecto en el momento de firmarlo o ratificarlo. Así se evitaría la incertidumbre.

16. También se señala a la atención el texto actual del párrafo 3 del artículo 3. Teóricamente tal vez fuera posible añadir a «características y usos» la noción de los acuerdos, de forma que el párrafo diga lo siguiente:

«3. Si un Estado de curso de agua considera que las características y usos de un curso de agua internacional determinado o los *acuerdos existentes relativos a éste* requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados del curso de agua celebrarán consultas con miras a negociar de buena fe la concertación de uno o varios acuerdos de curso de agua o a llegar a un entendimiento.»

Ese cambio evitaría la preocupación acerca de una interpretación abierta expresada antes. Dado el carácter de marco del texto actual, que prevé la posibilidad de que situaciones concretas sean objeto de acuerdos especiales, no estaría de más incluir palabras a ese efecto. Sin embargo, tal vez suponga complicar innecesariamente el proyecto, teniendo en cuenta los medios por los que los Estados pueden protegerse en casos concretos. Además, la nueva redacción sugerida se aparta del propósito principal del párrafo 3 del artículo 3, que consiste en prever acontecimientos que tengan lugar una vez que los Esta-

dos hayan llegado a ser partes en el proyecto actual y no en tener en cuenta las circunstancias anteriores. No obstante, se podría volver a redactar el párrafo 3 del artículo 3 en la forma indicada sin que ello tuviera ningún efecto adverso y no parece que fuera necesario introducir otros cambios de redacción en otros artículos. El Relator Especial dejaría que el Comité de Redacción decidiese la conveniencia de ese cambio.

17. También se han hecho diversas sugerencias en las observaciones de los Estados de que se cambie el orden de los artículos. Las sugerencias obedecen al concepto que se tiene de que el proyecto representa, sobre todo, un marco de cooperación y que los acuerdos que los Estados del curso de agua puedan concertar no son sino un medio posible para lograr ese propósito. El Relator Especial opina que, si se colocaran los artículos 8 y 26 delante del artículo 3, el proyecto no quedaría afectado esencialmente y los artículos se sucederían de una manera más lógica. La supresión de los artículos 8 y 26 de las partes II y III respectivamente no parece crear ningún problema para esas secciones. En consecuencia, el Relator Especial recomienda que el Comité de Redacción considere seriamente la posibilidad de cambiar el orden de los artículos<sup>16</sup>.

#### ARTICULO 4 (PARTES EN ACUERDOS DE CURSO DE AGUA)<sup>17</sup>

18. El Relator Especial cree que el texto del artículo 4 es apropiado y, aparte de los ajustes de redacción consiguientes a los cambios en el artículo 3 («en una medida importante» en lugar de «apreciablemente»), no recomienda ningún cambio. El párrafo 1 abarca la situación en que se aplica un acuerdo relativo a la totalidad del curso de agua y el párrafo 2 se refiere al caso en que el acuerdo sólo se aplica a una parte del curso de agua.

19. Si bien no cabe duda de que el uso del término «se aplique a» en el párrafo 1 no es la única manera de hacer la distinción, debe quedar claro que «se aplique a» se refiere al ámbito del acuerdo y no es sinónimo de «pueda resultar afectado apreciablemente» ni cumple la misma función. Mas bien, lo que dice el texto es que, si se está negociando ese tipo de acuerdo, todos los Estados del curso de agua tendrán derecho a participar sin necesidad de probar que resultarán afectados apreciablemente. Se trata, en efecto, de una presunción totalmente apropiada y que se ajusta a la idea general de todo el proyecto.

<sup>16</sup> Cuando se examine a fondo el artículo 26 será necesario estudiar la medida en que los términos «equitativa y razonable», «racional y óptima» y «desarrollo sostenible» son sinónimos lo suficientemente claros como para evitar que se cree incertidumbre o confusión. Hay otras sugerencias acerca del contenido del artículo 26 en las observaciones de Alemania, los Estados Unidos de América, el Reino Unido, Suiza y Turquía (véase nota 2 *supra*).

<sup>17</sup> El artículo 4 reza como sigue

#### «Artículo 4—Partes en acuerdos de curso de agua

»1 Todo Estado del curso de agua tiene 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 tal acuerdo, así como a participar en cualesquiera consultas pertinentes

»2 El Estado del curso de agua cuyo uso de un curso de agua internacional pueda resultar afectado apreciablemente por la ejecución de un acuerdo de curso de agua propuesto que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendrá derecho a participar en las consultas sobre tal acuerdo y en su negociación, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar a ser parte en el »

<sup>14</sup> Véase nota 17 *infra*

<sup>15</sup> Es decir, en los artículos 7 y 12, en el párrafo 1 del artículo 18, en el párrafo 2 del artículo 21, en el artículo 22 y en el párrafo 2 del artículo 28

20. No parecería apropiado que no se incluyera a todos los Estados del curso de agua en el primer caso ni tampoco que en el caso contemplado en el párrafo 2 se insistiera en la inclusión de los Estados del curso de agua no afectados por el acuerdo. La supresión del párrafo 2, tal como se ha sugerido en las observaciones de los gobiernos, tendría el efecto de crear la segunda situación impropia que, de hecho, podría representar una carga excesiva

para los Estados del curso inferior. Fusionar los dos párrafos con expresiones como «en todo o en parte» y «en la medida en que resulte afectado por él» no supondría una tarea de redacción demasiado difícil. El Relator Especial no ve ninguna ventaja discernible en ese cambio de redacción y el párrafo resultante resultaría engorroso y más difícil de entender que el texto actual.

## CAPITULO III

### Cuestiones pertinentes a la parte II (Principios generales) del proyecto de artículos

#### A.—Observaciones generales

21. Según se ha indicado en varios comentarios, los artículos 5 y 7 representan un elemento esencial de todo el proyecto. Se han hecho sugerencias en el sentido de que se elimine el artículo 7 o se dé más peso al artículo 5 y se haga de «equitativa y razonable» prácticamente el único criterio de utilización, es decir que se subordine el artículo 7 al artículo 5. Según otros comentarios, los daños apreciables o importantes en todos los casos constituirían prueba de un uso implícitamente no equitativo ni razonable y, de manera tácita o expresa, subordinarían el artículo 5 al artículo 7. El texto actual de los propios artículos no deja de ser ambiguo en lo que respecta a esta cuestión crucial y en lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad de los Estados en los que se origina el daño.

22. Si bien estas cuestiones, en particular la naturaleza de la responsabilidad del Estado en el que se origina el daño, quedan aclaradas en cierta medida en el comentario<sup>18</sup>, cabe arguir que se podrían aclarar mejor en el texto de los propios artículos. Con ese fin, el Relator Especial propone que se revise el artículo 7. El resultado que se pretende con esa revisión es un régimen en el que el uso equitativo y razonable sea el criterio determinante excepto en los casos de contaminación, tal como se define este término en el proyecto de artículos. En caso de contaminación, el artículo 5 queda subordinado al artículo 7, pero dicha subordinación podrá revocarse si se demuestra claramente que se dieron circunstancias extraordinarias, es decir, en la práctica, una presunción refutable.

23. El Relator Especial es consciente de que esa revisión del artículo 7 no significa en modo alguno que no sea conveniente que los artículos 5 y 6 resulten lo más claros posible. Sin embargo, el Relator Especial no ha hallado ningún medio de añadir orientaciones detalladas al artículo 5 que puedan tener sentido en un acuerdo marco. En algunos casos, los Estados del curso de agua convinieron en un reparto territorial<sup>19</sup>, en otros en una

rotación periódica<sup>20</sup>, o en compartir los beneficios de una instalación hidroeléctrica, en un reparto de los usos, en arreglos de compensación, etc. Cada una de estas aplicaciones de la razón y la equidad tienen que ver específicamente con la situación de que se trate y, por lo tanto, no parecen prestarse a ser recomendadas en un tratado marco por ser de utilidad general. Es posible y, naturalmente, probable que en un comentario más extenso se pudiera proporcionar una descripción de las posibilidades que los Estados podrían considerar para lograr resultados equitativos y razonables. Se trata evidentemente de una esfera importante en la que se podrían mitigar los problemas previendo la participación de un tercero si los Estados interesados no pudieran ponerse de acuerdo en una solución mutuamente aceptable.

#### B.—Observaciones sobre artículos concretos

ARTICULO 5 (UTILIZACION Y PARTICIPACION EQUITATIVAS Y RAZONABLES)

ARTICULO 6 (FACTORES PERTINENTES EN UNA UTILIZACION EQUITATIVA Y RAZONABLE)<sup>21</sup>

24. No se recomienda ningún cambio para el artículo 5.

25. Ninguno de los cambios sugeridos en las observaciones de los gobiernos le parecen necesarios al Relator

<sup>20</sup> Acta final de delimitación de la frontera internacional de los Pirineos entre España y Francia (Bayona, 11 de julio de 1868) Véase España, Ministerio de Hacienda, *Recopilación de Acuerdos Internacionales con Francia y Portugal sobre límites y otros servicios de frontera*. Madrid, 1948, pag 110, Naciones Unidas, *Textes legislatifs*, tratado N.º 186, págs 674 a 676, resumido en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), págs 193 y 194, documento A/5409, párrs 979 a 984, en especial apartado a del parr 982, apartado a del parr 983 y apartado a del parr 984

<sup>21</sup> Los artículos 5 y 6 rezan como sigue

«Artículo 5 —Utilización y participación equitativas y razonables

»1• Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua

»2• Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en los presentes artículos

<sup>18</sup> Para el comentario a los artículos 5 y 7, aprobados inicialmente como artículos 6 y 8, veanse, respectivamente, *Anuario 1987*, vol II (segunda parte), págs 32 a 37, y *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), págs 39 a 45

<sup>19</sup> Tratado de 19 de septiembre de 1969 entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 419, pag 125)

Especial, teniendo en cuenta el contenido, entre otras cosas, de los artículos existentes, incluida en particular la lógica de todo el proyecto y del apartado *d* del párrafo 1 del artículo 6, relativo a los usos existentes, del párrafo 1 del artículo 21, relativo a la calidad del agua, y de los apartados *c* y *f* del párrafo 1 del artículo 6, el párrafo 2 del artículo 10 y el artículo 7 revisado propuesto en lo que se refiere a situaciones de particular dependencia. Estos comentarios no prejuzgan la consideración del artículo 6 en relación con la consideración del contenido del artículo 26, sobre lo cual el Relator Especial no está dispuesto a comentar de momento.

26. El párrafo 2 del artículo 6 parece un caso lo suficientemente especial y que requiere medidas lo suficientemente específicas para que valga la pena conservarlo, aunque cabría arguir que el artículo 8 y el párrafo 2 del artículo 10 imponen una obligación similar. Además, si se va a reconsiderar la inclusión de la participación de un tercero en esa parte del proyecto, el párrafo 2 del artículo 6 podría ser un lugar tan adecuado para ello como cualquier otro.

#### ARTICULO 7 (OBLIGACION DE NO CAUSAR DAÑOS APRECIABLES)<sup>22</sup>

27. De conformidad con las observaciones generales (párrs. 21 a 23 *supra*), se propone el siguiente nuevo texto del artículo 7:

«Los Estados del curso de agua ejercerán la debida diligencia para utilizar un curso de agua internacional de manera que no se causen daños importantes a otros Estados del curso de agua, si no hay acuerdo entre ellos, salvo los que sean permisibles con arreglo a un uso equitativo y razonable del curso de agua. Se presumirá que un uso que cause daños importantes en forma de contaminación es un uso no equitativo ni

#### »Artículo 6—Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

»1 La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros

»a) los factores geográficos, hidrográficos, hidrologicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales,

»b) las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados,

»c) los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua,

»d) los usos existentes y potenciales del curso de agua,

»e) la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas a tal efecto,

»f) la existencia de alternativas, de valor correspondiente, respecto de un uso particular existente o previsto

»2 En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 de este artículo, los Estados del curso de agua interesados celebrarán, de ser necesario, consultas con ánimo de cooperación »

<sup>22</sup> El artículo 7 reza como sigue

#### »Artículo 7—Obligación de no causar daños apreciables

»Los Estados del curso de agua utilizarán un curso de agua internacional de manera que no se causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua »

razonable, a menos que: a) se demuestre claramente la existencia de circunstancias especiales que indiquen una necesidad perentoria de realizar un ajuste especial, y b) no haya un peligro inminente para la salud y la seguridad de las personas.»

#### ARTICULO 8 (OBLIGACION GENERAL DE COOPERACION)

#### ARTICULO 9 (INTERCAMBIO REGULAR DE DATOS E INFORMACION)

#### ARTICULO 10 (RELACION ENTRE LOS USOS)<sup>23</sup>

28. De momento, el Relator Especial se inclina por recomendar que no se introduzcan cambios en los artículos 8 a 10. El Relator Especial se hace cargo de la preocupación expresada por algunos gobiernos con respecto al carácter demasiado general del artículo 8 y reconoce que en el resto del proyecto sólo se mitiga ese problema en parte. El Relator Especial seguirá estudiando los medios de conseguir que el artículo 8 sea más preciso sin apartarse del objeto del proyecto en su conjunto, que consiste en servir de marco que se pueda aplicar a muchas situaciones diferentes. El Relator Especial observa a este respecto que la Comisión ha examinado ya el asunto con cierto detalle y llegado a la conclusión, en relación con los objetivos de la cooperación, de que «sería más adecuado enunciarlos con carácter general»<sup>24</sup>. El Relator Especial no considera prudente ni adecuado desde el punto de vista jurídico tratar de aplicar el principio de la buena fe expresamente a parte de un acuerdo ni cree prudente añadir el concepto de la buena vecindad a una disposición de un instrumento como el que examina la Comisión y, en todo caso, no cree que esos añadidos pudieran contribuir de manera apreciable, significativa o importante a que el artículo resultara menos general.

<sup>23</sup> Los artículos 8 a 10 rezan como sigue

#### »Artículo 8—Obligación general de cooperación

»Los Estados del curso de agua cooperarán con arreglo a los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional

#### »Artículo 9—Intercambio regular de datos e información

»1 De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información de que razonablemente puedan disponer sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrologico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico, así como las previsiones correspondientes

»2 El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información de los que razonablemente no pueda disponer hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, en su caso, elaboración de esos datos e información

»3 Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del curso de agua a los que se comuniquen

#### »Artículo 10—Relación entre los usos

»1 Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos

»2 El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá basándose en los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales »

<sup>24</sup> *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), pag 45, parr 2 del comentario al artículo 9





# RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/450

## Noveno informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial

[Original: español/inglés]  
[5 de abril de 1993]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>	
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		210
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCION	1-8	210
A El mandato del Relator Especial	1-3	210
B Algunas observaciones sobre la prevencion	4-8	211
<i>Capitulo</i>		
I PROYECTO DE ARTICULOS	9-75	212
A Consideraciones generales	9-10	212
B Los textos	11-75	212
1 Artículo titulado «Medidas de prevencion»		
a) Texto	11	212
b) Fundamentos		
i) La obligacion de cooperar	12	212
ii) Prohibicion del uso nocivo del territorio	13	212
c) Observaciones en el debate del 44 ° periodo de sesiones	14	212
d) Medidas unilaterales de prevencion		
i) La autorizacion previa		
a) Generalidades	15-16	213
b) Actividades ya existentes	17	213
c) No suspension de la actividad	18	213
d) El concepto de prevencion	19	214
ii) Evaluacion del impacto transfronterizo	20	214
iii) Las otras medidas unilaterales	21-24	214
e) Textos propuestos en sustitucion del articulo I	25	215
2 Artículo titulado «Notificacion e informacion»		
a) Texto	26	215
b) Observaciones generales	27	215
c) La participacion del Estado afectado	28	215
d) La promocion de regimenes especiales	29	216
e) La participacion de organizaciones internacionales	30-31	216
f) Otras observaciones	32-34	217
g) La informacion	35-36	217
h) Participacion del publico	37	217
i) Textos propuestos en sustitucion del articulo II	38	217

<i>Capítulo</i>		<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
3	Artículo titulado «Seguridad nacional y secretos industriales»		
	a) Texto	39	218
	b) Comentario	40-41	218
	c) Texto propuesto en sustitución del artículo III	42	218
4	Artículo titulado «La consulta para un régimen»		
	a) Texto	43	219
	b) Comentario	44-52	219
	c) Texto propuesto en sustitución del artículo VI	53	220
5	Artículo titulado «Iniciativa de los Estados afectados»		
	a) Texto	54	221
	b) Comentario	55-56	221
	c) Texto propuesto en sustitución del artículo VII	57	221
6	Artículo titulado «Solución de controversias»		
	a) Texto	58	221
	b) Comentario	59-62	221
	c) Elementos para la propuesta de un futuro texto en sustitución del artículo VIII	63	222
7	Artículo titulado «Factores del equilibrio de intereses»		
	a) Texto	64	222
	b) Comentario	65-70	223
	c) Propuesta en relación con el artículo IX	71	224
8	El principio de no transferencia de riesgos o daños		
	a) Observaciones generales	72-73	224
	b) Texto propuesto sobre la no transferencia de riesgos o daños	74	225
9	El principio «contaminador-pagador»	75	225
II	Conclusion	76	225

#### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

*Fuente*

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° de venta S 84 V 3), pag 155, documento A/CONF 62/122
Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Doc E/ECE/1250, 1991
Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	ILM, vol XXXI, N° 6, noviembre de 1992, pag 1333

## Introducción

### A.—El mandato del Relator Especial

1. La Comisión decidió en su 44.º período de sesiones que, en cuanto al alcance del tema:

En la presente etapa la atención debía centrarse en redactar artículos con respecto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo y la Comisión no debía tratar en la presente etapa de otras actividades que de hecho causaran daño [Por consiguiente,] los artículos debían tratar primero de las medidas preventivas respecto de las actividades que crearán un riesgo de causar daño transfronterizo [ ]<sup>1</sup>

Fue así que se solicitó al Relator Especial que

examinara de nuevo, en el siguiente informe que presentase a la Comisión, las cuestiones de la prevención solo respecto de las actividades que presentaran un riesgo de causar daño transfronterizo y propusiera una serie revisada de proyectos de artículos sobre esa cuestión<sup>2</sup>

2. Esto significa que el debate sobre la necesidad o no de normas de prevención está por el momento terminado: sobre ese tema habrá artículos con respecto a cuya obligatoriedad nos pronunciaremos, pero no ahora sino más adelante. Asimismo, que nuestras discusiones deben restringirse a los textos propuestos para la prevención y no adelantarse a lo relativo a la *responsabilidad*, que será considerada en su momento.

<sup>1</sup> *Anuario* 1992, vol II (segunda parte), documento A/47/10, párr 346

<sup>2</sup> *Ibid*, párr 349

3. De más está decir que, sujeto al resultado de la discusión, los artículos propuestos deberían ser enviados al Comité de Redacción lo antes posible para que se expida sobre ellos, considerando que ya ha habido tres debates sobre artículos específicos de prevención, uno en relación con el quinto informe<sup>3</sup>, otro en relación con el sexto informe<sup>4</sup>, que había recogido numerosas observaciones del anterior, y por último, un tercero respecto al octavo informe<sup>5</sup>. No podemos aspirar a que el Comité de Redacción tenga aún más material para realizar su tarea.

#### B.—Algunas observaciones sobre la prevención

4. Ya habíamos examinado en el informe anterior la naturaleza de la prevención en las actividades de riesgo, al expresar:

Se había visto que las medidas preventivas a cargo del Estado serían muy distintas de aquellas a cargo de los operadores particulares: el Estado debería dictar una normativa (incluyendo leyes y disposiciones administrativas) prudente y completa en materia de prevención y vigilar para que se cumpliera por los medios jurídicos de que dispone. Los particulares deberían adoptar las medidas, sustantivas o de fondo, a que los compelería el Estado<sup>6</sup>.

5. Objeto de estas medidas: *intentar* que las actividades bajo jurisdicción o control de un Estado minimicen la probabilidad de que se produzca un incidente con efectos transfronterizos y de que se reduzca el daño emergente de cada incidente (esto es no sólo menor riesgo de daño, sino también menor riesgo de menor daño) e *intentar* que se reduzcan, limiten, o controlen dentro de su esfera de acción los efectos nocivos una vez producido un incidente con efectos transfronterizos.

6. Resaltamos *intentar* para indicar que el objeto de la obligación no es *evitar la producción de todo daño*—que por definición es aleatorio puesto que se trata de actividades que crean un riesgo— sino adoptar ciertas medidas para obtener los resultados anteriores. Así, el Estado no tendrá en principio<sup>7</sup> responsabilidad por actividades pri-

vadas sobre las cuales ejerció sus obligaciones de control: otorgó la previa autorización después de dados los pasos prescritos en los artículos correspondientes, notificó a los presuntos afectados, efectuó la correspondiente consulta, promulgó una legislación que *razonablemente* propendía a obtener los fines deseados, ejerció el debido control administrativo (pedidos de informes a los operadores, inspecciones, etc.).

7. Si bien examinamos los anteriores pasos establecidos por la prevención, advertiremos que las obligaciones de prevención configuran las llamadas de «debida diligencia», cuyo incumplimiento sólo se produce si no existe un razonable esfuerzo de cumplimiento. No tendrían, por ende, la naturaleza que se estaría primeramente tentado a darles, la de ser obligaciones de *resultado* de los artículos 21 (Violación de una obligación internacional que exige observar un comportamiento específicamente determinado) y 23 (Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado) de la parte I del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>8</sup>, más específicamente las del artículo 23, de prevenir un acontecimiento dado. La misma Comisión nos previene que no debemos confundir unas con otras en el comentario al artículo 23 (Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado), observando que:

Las obligaciones que exigen prevenir acontecimientos dados no se identifican, por lo tanto, con las a veces designadas con el término general de «obligaciones de vigilancia». La realización de la violación de estas últimas suele concretarse a una actividad del Estado y no esta necesariamente afectada por el hecho de que se produzca o no se produzca un acontecimiento exterior<sup>9</sup>.

8. Es en lo relativo a las obligaciones del Estado y su eventual responsabilidad donde intervendría principalmente la comentada desigualdad entre los países en desarrollo y los desarrollados. Se ha aducido repetidamente, aquí y en la Sexta Comisión, que esos países carecen de los recursos financieros y de la tecnología necesarios para controlar la actividad de compañías multinacionales, que son las que suelen tener a su cargo estas actividades de riesgo. El Relator Especial comparte este argumento y sugiere la introducción de un texto que *en general* ayude a contemplar esa situación. El mejor lugar para introducirlo acaso sea en el capítulo sobre los principios, que orientan la aplicación de todas las normas particulares. En cuanto a la asistencia que puedan prestar las organizaciones internacionales a los países en desarrollo, veremos un poco más adelante en este mismo informe algo al respecto (véanse párrs. 30 y 31 *infra*).

<sup>3</sup> *Anuario 1989*, vol II (primera parte), documento A/CN.4/423, pag 140. Para un examen del tema, vease *ibid*, vol II (segunda parte), párrs 307 a 397.

<sup>4</sup> *Anuario 1990*, vol II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add 1, pag 89. Para un examen del tema, vease *ibid*, vol II (segunda parte), párrs 469 a 530.

<sup>5</sup> *Anuario 1992*, vol II (primera parte), documento A/CN.4/443, pag 67. Para un examen del tema, vease *ibid*, vol II (segunda parte), párrs 281 a 349.

<sup>6</sup> *Anuario 1992*, vol II (primera parte) (vease nota 5 *supra*), párr 14.

<sup>7</sup> Decimos «en principio» porque eventualmente el Estado puede tener una responsabilidad subsidiaria en ciertos casos, por ejemplo si el operador o su seguro no alcanzan a la suma necesaria para satisfacer el daño causado, como se estipula en algunas convenciones, o bien otras posibilidades que podrían imaginarse. Que el Estado tenga tal responsabilidad subsidiaria y en que consista se vera cuando tratemos la parte de la responsabilidad solo anunciamos esa posibilidad, que dependerá respecto a su existencia y a sus modalidades de la decisión de la Comisión.

<sup>8</sup> Para el texto de los artículos 21 y 23 aprobados en primera lectura por la Comisión, vease *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), pag 31.

<sup>9</sup> *Anuario 1978*, vol II (segunda parte), pag 81, párrafo 4 del comentario, nota 397.

## CAPÍTULO I

## Proyecto de artículos

## A.—Consideraciones generales

9. En el octavo informe se propuso incluir en un anexo nueve artículos conteniendo recomendaciones en materia de prevención. En consecuencia, dichos artículos se numeraron del I al IX<sup>10</sup>. Desechada por la Comisión la posibilidad de tal anexo para este capítulo, deberíamos volver a insertarlos en aquella numeración. Considerando que el Comité de Redacción tiene bajo examen los artículos 1 a 9 del proyecto y que el artículo 10 (No discriminación) seguramente integrará el conjunto que aquel Comité tendrá que examinar, el primer artículo sobre prevención (antiguo artículo I) debería tener el número 11, y los siguientes ser ordenados en forma sucesiva.

10. Transcribiremos primero los textos que fueron propuestos para el anexo en el octavo informe redactado en forma ya no de recomendaciones sino de proposiciones jurídicas y depurados de las referencias a las actividades de efectos nocivos, cuya consideración ha sido postergada para una posterior etapa. Esos textos, así depurados y redactados, nos servirán de base para formular nuevos artículos que tengan en cuenta, en lo posible, las observaciones hechas en los debates mantenidos el 44.º período de sesiones de la Comisión<sup>11</sup> y en la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General<sup>12</sup>.

## B.—Los textos

## 1. ARTÍCULO TITULADO «MEDIDAS DE PREVENCIÓN»

## a) Texto

11. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el texto que se reproduce a continuación, el cual sigue de cerca al artículo I:

## «Medidas de prevención»

»Las actividades del artículo 1 requerirán para su desarrollo legal la autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o control han de realizarse. Antes de autorizar o de emprender una de esas actividades, el Estado dispondrá una evaluación del daño transfronterizo que ella pueda causar y asegurará, por acciones legislativas, administrativas y de aplicación que los

<sup>10</sup> Toda referencia ulterior a los artículos numerados en romanos se refiere, salvo indicación en sentido contrario, a los artículos relativos a la prevención que el Relator Especial propuso, en su octavo informe, incluir en un anexo [*Anuario... 1992*, vol. II (primera parte)] (véase nota 5 *supra*), págs. 70 a 72].

<sup>11</sup> Para comentarios detallados, véase *Anuario... 1992*, vol. I, 2268.<sup>a</sup> a 2273.<sup>a</sup> sesión; para un resumen, véase *ibid.*, vol. II (segunda parte) (nota 5 *supra*).

<sup>12</sup> 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 séptimo período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/446), secc. D, párrs 264 a 276.

responsables de su aplicación utilicen la mejor tecnología disponible para evitar el daño transfronterizo significativo o para minimizar el riesgo de su producción.»

## b) Fundamentos

## i) La obligación de cooperar

12. El primer paso es la evaluación del impacto transfronterizo. Como se indicó en el octavo informe del Relator Especial, y antes de su quinto informe, esa obligación está íntimamente ligada a las de notificación, información y consulta, y conviene tenerlas todas presentes cuando se comentan individualmente.

[...] uno de los fundamentos [...] es la obligación de cooperar, establecida en el artículo 7 [...] Del deber de cooperar surge en primer término un deber para el Estado de cerciorarse si una actividad que presenta exteriormente características de producir riesgos o efectos nocivos, realmente los causa. Para ello deberá someterla a un examen suficientemente profundo como para llegar a conclusiones ciertas al respecto<sup>13</sup>.

## ii) Prohibición del uso nocivo del territorio

13. El otro fundamento es la prohibición de utilizar el propio territorio en detrimento de los derechos de otros Estados, que obliga a tomar todas las medidas necesarias para evitarlo. El Relator Especial realizó la observación siguiente:

El deber de cooperar constituye, entonces, un fundamento; el otro se expresaría en la regla general que surge de los casos de jurisprudencia internacional corrientemente citados en este tema: no es permisible en el derecho internacional la utilización consciente por un Estado de su territorio para causar daños a otro Estado. Cabe recordar, en primer lugar, el asunto de la *Fundición de Trail*, en el que el tribunal arbitral declaró:

«[...] ningún Estado tiene el derecho de utilizar ni permitir la utilización de su territorio de modo tal que emanaciones procedentes de él causen perjuicios en el territorio de otro Estado o afecten a bienes situados en dicho territorio o a personas residentes en él.»

También en el asunto del *Estrecho de Corfú* (en cuanto al fondo), la CIJ afirmó «[...] la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para actos que atentan contra los derechos de otros Estados»<sup>14</sup>.

## c) Observaciones en el debate del 44.º período de sesiones

14. El texto del artículo mezcla la obligación de la «evaluación del impacto transfronterizo» del antiguo proyecto de artículo 11 (Evaluación, notificación, información)<sup>15</sup> con las medidas unilaterales del antiguo proyecto de artículo 16 (Medidas unilaterales de prevención)<sup>16</sup>. Se

<sup>13</sup> *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte) (véase nota 3 *supra*), párr. 76.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 78.

<sup>15</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), pág. 105, nota 345.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pág 106, nota 347.

expresó en el debate la preferencia por textos separados para cada obligación, lo que es factible. También que debería mantenerse en el capítulo sobre la prevención el deber del Estado de imponer la adopción de seguros por los particulares para asegurar las eventuales indemnizaciones, referencia que se había dejado para ser incluida en el capítulo sobre la responsabilidad, puesto que los seguros no evitan el incidente, sino que cubren los daños que causa. El Relator Especial no tiene inconveniente tampoco en seguir esta sugerencia e incluir el tema en este artículo, puesto que es un paso que el Estado sin duda verificará previamente a la autorización de la actividad, es decir contemporáneamente a la evaluación del daño transfronterizo.

#### d) Medidas unilaterales de prevención

##### i) La autorización previa

###### a. Generalidades

15. Hubo diferentes pareceres respecto a la obligación de autorización previa. En general, las opiniones fueron favorables, aunque hubiera un miembro que dudaba de la necesidad de hacer de ella un requisito obligatorio. Otro miembro la estimaba innecesaria por cuanto creía que no había país en el mundo que no la exigiera, en defensa de su propia población, para actividades peligrosas y en cambio iban a reaccionar contra su imposición por tratado como si fuera una intervención en sus asuntos internos, concepto que fue expresamente rechazado por otro miembro. No pensamos que esa exigencia pueda ser considerada como una injerencia indebida en los asuntos internos de otro Estado, puesto que se hace para prevenir la violación de un derecho de los Estados a su integridad física y territorial. Para señalar que es innecesario imponer esta obligación se ha argumentado que es la población, o el medio ambiente, del propio Estado de origen el primero en ser dañado por una actividad peligrosa y que por ende será éste el primer interesado en exigir la previa autorización. Pero conviene puntualizar en primer término que el Estado afectado no va a considerarse indemnizado de su daño por el que también pueda sufrir el Estado de origen como consecuencia de actividades que se realizan en su propio territorio; en segundo lugar, que tal perjuicio en el propio territorio no exime de la prohibición de utilizar el territorio propio en desmedro de los derechos de terceros Estados<sup>17</sup>. Por lo demás, puede haber casos en que una actividad cause un daño, total o parcialmente, fuera del territorio, con lo cual no afectaría a su propia población o medio ambiente o los afectaría mucho menos en perjuicio del vecino. Un ejemplo de lo primero sería el de una instalación situada junto a una frontera, cuyas emisiones fueran llevadas a territorio vecino por vientos constantes, o a la vera de un río que lleve la contaminación directamente al país vecino sin afectar la parte propia del río. Lo segundo puede ilustrarse invocando un yacimiento de desechos peligrosos ubicado también próximo a una frontera internacional: la mitad de los efectos dañinos puede ir al extranjero. Estos ejemplos no fueron extraídos en forma alguna de la ima-

<sup>17</sup> Veanse, por ejemplo, los asuntos de la *Fundación de Trail (Trail Smelter)* [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol III (N° de venta: 1949 V2), pag 1905] y del *Estrecho de Corfu (C.I.J. Recueil 1949, pag 4)*

ginación del Relator Especial sino de la vida real y de la práctica internacional. De forma entonces que el hecho de que el primer damnificado normalmente sea el propio Estado de origen no puede invocarse, en principio, para eximirlo de su obligación de considerar los derechos de los Estados eventualmente afectados.

16. También se ha dicho que en algunos casos no sería factible evaluar las repercusiones transfronterizas de ciertas actividades. Sin necesidad de trasladarse al Estado afectado, puede en muchísimos casos estimarse si una actividad que presenta ciertas características de peligro es susceptible de producir daños transfronterizos, por una simple apreciación de las sustancias que maneja o de la tecnología que emplea, o el conocimiento general del territorio vecino, que alcanza para percatarse, sin necesidad de una visita *ad hoc*, de que una cierta actividad podría dañar áreas especialmente vulnerables o protegidas. Si ello no es posible, obviamente se requerirá la cooperación del Estado afectado para realizar las diligencias *in situ* que permitan llegar a conclusiones definitivas respecto al riesgo que la actividad presenta. Para eso está la participación que se otorga al afectado a través de la notificación, el intercambio de información y la consulta. Si el Estado presuntamente afectado negara la entrada en su territorio o de alguna otra manera dificultara la actuación de los enviados por el Estado de origen, resulta claro que no podrá quejarse si de esa negativa se origina un daño.

###### b. Actividades ya existentes

17. Si se da el caso de una actividad que ya venía desarrollándose en el país de origen sin contar, por cualquier razón, con la autorización previa y cae bajo la atención del Estado como una actividad presuntamente peligrosa, el Estado en cuestión deberá exigir al operador que se dirija a los organismos competentes para recabar la correspondiente autorización con los mismos trámites que la del artículo 11<sup>18</sup>.

###### c. No suspensión de la actividad

18. Respecto a la pregunta de si debe el Estado territorial ordenar la suspensión de la actividad a la espera del cumplimiento de los requisitos procesales —notificación y sobre todo consulta con el o los Estados afectados— la Comisión parece haber expresado un mayoritario parecer en sentido negativo. Puede haber cierta lógica abstracta en que se suspenda la actividad hasta que se cumpla con los extremos que reclama la prevención más perfecta, la que se acuerda con la participación de la parte o partes afectadas, pero recordemos que muchas veces se alzaron en esta Comisión y en la Asamblea General para descartar toda posibilidad de que se otorgue a los afectados un virtual veto, como surgiría de un mandato de espera a que las instancias internacionales se cumplieran. Tal vez la mejor solución para acatar esta voluntad expresada fuera autorizar al Estado territorial la iniciación o continuación de la actividad mediante la extensión de su propia garantía para cubrir los eventuales daños transfronterizos que la actividad pudiere producir, en la forma que se establezca en el capítulo IV sobre la responsabilidad<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Véase parr 25 *infra*

<sup>19</sup> Arts 21 a 27, para el texto, véase *Anuario 1990*, vol II (segunda parte), pags 110 y 111, notas 353 y 354

## d. El concepto de prevención

19. Hemos considerado hasta ahora las modificaciones sugeridas en el curso del debate. En el artículo 14<sup>20</sup> se cambia ligeramente la fórmula del anterior artículo I. Se introduce el concepto de prevención en sentido de: a) minimizar el riesgo de producción de daños transfronterizos, esto es disminuir la frecuencia de los accidentes; b) minimizar —si fuera posible— la magnitud del daño eventual, por ejemplo reemplazar en el manejo de la actividad un elemento de gran poder, y por ende susceptible de un efecto muy importante, por otro menos poderoso, aunque la frecuencia estadística de producción de accidentes no cambie por ello<sup>21</sup>; y c) contener o minimizar los efectos dañosos de un incidente ya producido, por ejemplo tomando, cuando fuere posible, en el propio territorio ciertas medidas que amortigüen el efecto desencadenado antes de que llegue a la frontera, o tomando otras medidas que contribuyan a contener dichos efectos, lo que constituye la conocida «prevención *ex post facto*» de que tratan la mayoría de los convenios de responsabilidad civil.

## ii) Evaluación del impacto transfronterizo

20. La necesidad de una evaluación del impacto transfronterizo como requisito previo para la autorización por el Estado del desarrollo de actividades figura en la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, particularmente en su artículo 2, párrafos 2 y 3, así como en la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, artículo 4, párrafo 2. En esta última, tales evaluación y autorización son necesarias también cuando se propone un cambio importante (*major change*) en la actividad de que se trate. Va en el mismo sentido el principio 12 del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) sobre evaluación del impacto ambiental:

Quando la información proporcionada como parte de una evaluación del impacto ambiental indique que una actividad propuesta puede afectar considerablemente al medio ambiente de otro Estado, el Estado en el que se esté planeando la actividad debe, en la medida de lo posible:

a) notificar al Estado potencialmente afectado la actividad propuesta;

b) transmitir al Estado potencialmente afectado cualquier información pertinente que se haya obtenido con la evaluación del impacto ambiental y cuya transmisión no esté prohibida por las leyes o reglamentos nacionales; y

c) cuando esté acordado entre los Estados interesados, celebrar consultas oportunamente<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Véase párr. 25 *infra*.

<sup>21</sup> Esta doble función representada por a y b estaría de acuerdo con una definición del riesgo propuesta en el octavo informe, según la cual éste abarcaría ambas coordenadas: el efecto combinado de la probabilidad de ocurrencia de un accidente y la severidad de su impacto.

<sup>22</sup> Principios y Directrices para la Evaluación del Impacto Ambiental, elaborados por el Grupo de Trabajo de Expertos en derecho ambiental (PNUMA/GC.14/17, anexo III), aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA como decisión 14/25 de 17 de junio de 1987. [Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento N.º 25 (A/42/25 y Corr.1)].

Asimismo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo dice en su principio 17:

Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente<sup>23</sup>.

## iii) Las otras medidas unilaterales

21. En cuanto a las otras medidas unilaterales, el Código de conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas<sup>24</sup> pone a cargo del Estado

tomar estrictas medidas, de acuerdo a estándares de seguridad y utilizando la mejor tecnología disponible, para prevenir, controlar y reducir la contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas [...] (secc. II, párr. 1),

así como: a) minimizar el riesgo de daño\* y b) mitigar y contener el daño\* emergente de esa contaminación (secc. II, párr. 1). Asimismo, en la sección III se establecen las medidas legislativas y administrativas a tomar por las partes para la

[...] prevención, control y reducción de la contaminación accidental de las aguas de que se trata y para mitigar y contener el daño resultante. (Párr. 1.)

## Tales medidas

[...] deberán promover el desarrollo y la aplicación correcta de la mejor tecnología disponible y su operación segura para una eficiente prevención, control y reducción de la contaminación accidental. (Párr. 2.)

22. La Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, en el párrafo 2 del artículo 2 estipula que las partes

tomarán, en forma individual o conjunta, todas las medidas apropiadas para prevenir, reducir y controlar cualquier impacto transfronterizo adverso de carácter significativo de actividades propuestas.

Es muy importante esta disposición puesto que no limita la Convención a imponer una evaluación del impacto ambiental, sino también a su prevención, reducción y control; de ahí que sea incluido este artículo en el comentario a las medidas unilaterales (en este caso también conjuntas con otros Estados). Después de decir esto, que parece una disposición muy general, sigue otra más particular:

Cada Parte tomará las medidas legales, administrativas o de otro carácter para aplicar las disposiciones de esta Convención, incluyendo, respecto a las actividades propuestas enumeradas en el apéndice I que pueden causar un impacto transfronterizo adverso, la realización de un procedimiento de evaluación del impacto ambiental que permita la participación pública y la preparación de los documentos de la evaluación del impacto ambiental descritos en el apéndice II.

23. En la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales se determina, en el párrafo 1, que:

<sup>23</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I, vol. I/Corr.1, vol. II, vol. III y vol. III/Corr.1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), vol. I: Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexo I.

<sup>24</sup> CEE, Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: F.90.II.E.28).

1. Las Partes [...] tomarán las medidas apropiadas y cooperarán en el marco de esta Convención para proteger a los seres humanos y al medio ambiente contra accidentes industriales por la prevención de tales accidentes en la medida de lo posible, por la reducción de su frecuencia y severidad y por la mitigación de sus efectos. Con este fin se aplicarán medidas de prevención, de preparación y de respuesta, incluyendo de restauración.

[...]

3. Las Partes velarán (*ensure that*) porque el operador esté obligado a tomar todas las medidas necesarias para la operación segura de la actividad de riesgo (*hazardous activity*) y para la prevención de los accidentes industriales.

4. Para dar cumplimiento a las disposiciones de esta Convención, las Partes tomarán las medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y financieras apropiadas para la prevención de accidentes industriales, la preparación para tales accidentes y la respuesta a ellos.

24. Hemos citado las disposiciones pertinentes de los tres instrumentos comentados dejando de lado en cambio otros sobre responsabilidad por daños transfronterizos, porque aquéllos ponen un énfasis especial en la prevención y además contienen los más modernos conceptos al respecto.

e) Textos propuestos en sustitución del artículo I

25. En lugar, entonces, del texto único del artículo I, proponemos varios siguiendo las tendencias del último debate en el 44.º periodo de sesiones de la Comisión.

#### *Artículo 11.—Autorización previa*

Las actividades del artículo 1 requerirán la autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o control se realicen. Dicha autorización será igualmente necesaria cuando se proponga un cambio importante en dicha actividad.

#### *Artículo 12.—Evaluación del impacto transfronterizo*

Para el otorgamiento de la autorización del artículo anterior, el Estado territorial ordenará que se realice una evaluación de su posible impacto transfronterizo y del tipo de riesgo que dicho impacto produzca.

#### *Artículo 13.—Actividades preexistentes*

Si el Estado comprobara que alguna o algunas actividades de riesgo se están desarrollando bajo su jurisdicción o control sin autorización, deberá conminar a los responsables de su conducción a recabarla, mediante el cumplimiento de los requisitos impuestos en los presentes artículos. La actividad en cuestión no se suspenderá a la espera de aquel cumplimiento, entendiéndose que el Estado será responsable por los eventuales daños en la forma que se establece en los artículos correspondientes.

#### *Artículo 14.—Conducción de las actividades*

El Estado asegurará, a través de acciones legislativas, administrativas o de otro carácter, que los operadores de dichas actividades adopten todas las medidas, incluyendo la adopción de la mejor tecnología disponible, para minimizar el riesgo de daños transfronterizos significativos y su magnitud probable o, en

**caso de accidente, contener y minimizar tales daños. Asimismo, promoverá la adopción de seguros obligatorios u otras garantías financieras que permitan cubrir las correspondientes indemnizaciones.**

#### 2. ARTÍCULO TITULADO «NOTIFICACIÓN E INFORMACIÓN»

a) Texto

26. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el texto que se reproduce a continuación, el cual sigue de cerca al artículo II:

#### *«Notificación e información*

»Si de la evaluación del artículo anterior surge la posibilidad de daño transfronterizo significativo, el Estado de origen notificará de esa situación a los Estados presuntamente afectados y les transmitirá la información técnica disponible que fundare la evaluación. Si el efecto transfronterizo puede extenderse a una pluralidad de Estados o si no resultara posible al Estado de origen determinar con precisión cuáles Estados se verán afectados, el Estado de origen procurará que una organización internacional con competencia en la materia lo asista en la identificación de los Estados afectados.»

b) Observaciones generales

27. Son muchos los instrumentos que consagran la necesidad de notificación en casos como los del proyecto de artículo transcrito: la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo en su artículo 3, y la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales en su artículo 3, implícitamente cuando determina la necesidad de informar a los afectados y explícitamente en su artículo 10. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo la exige en su principio 19:

Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe<sup>25</sup>.

c) La participación del Estado afectado

28. Como se explicó en el quinto informe del Relator Especial y se reiteró en el octavo informe, las obligaciones de evaluación del impacto transfronterizo, de la notificación, información y consulta están íntimamente ligadas y tienden todas ellas a un objetivo muy importante en materia de prevención: el de promover la participación del Estado presuntamente afectado para que éste pueda aportar su contribución a una conducción más segura de la actividad en el Estado de origen y al mismo tiempo esté en condiciones de tomar en su propio territorio las precauciones que puedan prevenir o disminuir el impacto transfronterizo. Como vimos, uno de los fundamentos de las obligaciones en cuestión es la cooperación, que cons-

<sup>25</sup> Véase nota 23 *supra*.

tituye uno de los principios propuestos en el artículo 7 del proyecto.

El Relator Especial considera que la notificación surge de la obligación general de cooperar porque a veces es necesaria la acción conjunta de ambos Estados, el de origen y el afectado, para obtener un efecto preventivo más completo. Acaso algunas medidas tomadas desde el territorio del afectado pudieran actuar como defensas y evitar la propagación al territorio propio de efectos producidos en el del Estado de origen. O tal vez la cooperación del otro Estado es fructífera por el intercambio de datos que pueda tener lugar entre las partes, particularmente si ese otro Estado tiene una tecnología de interés en el asunto de que se trate. O quizá porque un esfuerzo conjunto de investigación suele ser normalmente más fructífero que las tentativas individuales. Esto significa que la participación del afectado es necesaria para una real y eficaz prevención y, por tanto, puede afirmarse que las obligaciones del Estado de origen, en virtud de las cuales debe aceptar esa participación, también tienen esa finalidad<sup>26</sup>.

#### d) La promoción de regímenes especiales

29. Hay otra finalidad de la notificación que se relaciona con uno de los objetivos del proyecto de artículos: la referente a la promoción de regímenes particulares para actividades específicas. Cuando en un Estado se autoriza el desarrollo de una actividad de riesgo, lo ideal sería que entre dicho Estado y los eventualmente afectados se conviniera por acuerdo entre ellos un régimen particular que tuviera en cuenta las características específicas de dicha actividad para establecer medidas de prevención también específicas y eventualmente se incluirían las de reparación.

El primer paso en la dirección de un régimen está dado, entonces, por la notificación [ ] La participación del afectado en este proceso conviene también al Estado de origen, que tiene un presunto interés en encontrar un régimen legal para una actividad de riesgo [ ] de la que es responsable [ ] El régimen hacia el cual se tiende con la obligación de notificar no tendría solo por objeto prevenir accidentes, sino equilibrar los intereses de las partes poniendo orden en una verdadera constelación de factores. Así, por ejemplo, se podrían determinar las medidas de prevención teniendo en cuenta sus costos en relación con los costos de accidentes y los beneficios de la actividad, la magnitud de los riesgos que la actividad envuelve, la importancia económica y social de la actividad de que se trate, la participación eventual de cada uno de los Estados en los costos que las operaciones impliquen —si se conviene en que se compartan ciertos costos—, las excepciones que puedan oponerse a estas obligaciones, etc.<sup>27</sup>

#### e) La participación de organizaciones internacionales

30. En el contexto de este artículo se hicieron varias observaciones, a favor y en contra de la intervención de organizaciones internacionales y respecto al contenido de esa intervención. Las opiniones han sido variadas, desde un escepticismo totalmente negativo hasta un reclamo de mucho mayor protagonismo, esto último principalmente en relación con la situación de los países en desarrollo. No puede haber duda en cuanto a que hay organizaciones en condiciones de prestar la asistencia que los países en desarrollo puedan requerirles, puesto que lo están haciendo actualmente en muchos campos parecidos y tienen amplia capacidad en cuanto a lo que se les pediría en este artículo. Tras nueva reflexión, sin embargo, la cuestión parece ser diferente: hasta qué punto nuestros artículos pueden *obligar* a una entidad de este tipo a prestarle aquella asistencia. Tampoco cuestionamos su voluntad de

prestarla; la pregunta es, ¿en qué cambiaría las cosas que un instrumento del que es parte cierto número de Estados establezca obligaciones de asistencia a cargo de organizaciones internacionales que no son parte? Un instrumento semejante sólo puede ejercer compulsión sobre los Estados miembros y lo máximo que se puede hacer es establecer que si un Estado reclama la intervención de una organización internacional, el otro no pueda oponerse en caso de que dicha organización acepte el papel que se le asigna.

31. Se sugirió a este respecto utilizar el precedente de los artículos 202 y 203 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El artículo 202 se refiere a la asistencia científica y técnica a los Estados en desarrollo, y dice que:

Los Estados, actuando *directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes*\* a) promoverán programas de asistencia

Obviamente, aquí se trata de una obligación de los Estados partes, que pueden cumplir actuando en forma directa o bien a través de organizaciones internacionales. El texto da por supuesto que la organización en cuestión ha aceptado actuar de acuerdo al requerimiento del Estado en cuestión, lo que puede suceder por varias razones y entre ellas porque en su estatuto tiene la obligación de hacer lo que se le ha pedido por el Estado que promovió su actuación. El artículo 203, en cambio, impone una obligación a las organizaciones internacionales de dar trato preferencial a los Estados en desarrollo con respecto a: a) la asignación de fondos de asistencia técnica apropiados y b) la utilización de sus servicios especializados. Según lo interpretamos, es una obligación de las organizaciones internacionales que son partes en la Convención de conformidad con el apartado f del párrafo 1 del artículo 305 y dentro de las limitaciones impuestas por el articulado del anexo IX. Ese no es el caso en nuestros artículos, que no prevén que haya organizaciones internacionales entre sus partes. El Relator Especial está abierto a las sugerencias que al respecto pueda recibir, pero confiesa que después de haber introducido como ensayo proposiciones relativas al papel de las organizaciones internacionales, en este campo, no ve la posibilidad de obligarlas jurídicamente a nada en un instrumento del que no participen. La redacción del antiguo artículo II estaría de acuerdo con lo anteriormente dicho, puesto que se indica a los Estados de origen que pueden intentar que una organización internacional competente les preste su ayuda para identificar a los Estados que serán presumiblemente afectados. Al sugerir la redacción que se comenta, el Relator Especial tuvo *in mente* el PNUMA, que posee un sistema global de supervisión del medio ambiente cuyos objetivos son: a) efectuar una evaluación amplia de las cuestiones más importantes del medio ambiente y proveer así los datos científicos necesarios para la administración racional del medio ambiente y de los recursos naturales, y b) proporcionar alerta temprana sobre cambios en el medio ambiente a través del análisis de los datos recibidos por la supervisión. Sabido es que otras organizaciones y programas internacionales se han dedicado al estudio y acopio de datos en materias como el medio ambiente, la protección de la salud humana contra efectos transfronterizos, etc., que podrían sin duda ayudar a los países en desarrollo en la mejor comprensión

<sup>26</sup> *Anuario 1989*, vol II (primera parte) (vease nota 3 *supra*), parr 77

<sup>27</sup> *Ibid*, parrs 100 y 101



de estos temas. Tales son la CEPE, a través de sus propias comisiones como en conjunción con la FAO, la OMS, el PNUD o el PNUMA, la propia FAO, la OMM, el OIEA, la OCDE, etc.

#### f) Otras observaciones

32. Una observación atendible subrayó la necesidad de introducir alguna noción de urgencia en cuanto al tiempo que el Estado de origen debe tomarse para efectuar la notificación. Esa noción figuraba ya en el proyecto de artículo 11 del sexto informe, en el que la notificación correspondiente debía hacerse «lo antes posible»<sup>28</sup> y puede reinstalarse en nuestro artículo 15<sup>29</sup>.

33. Hubo una opinión en el sentido de que podría ser imposible notificar a todos los interesados o hacer una evaluación del impacto transfronterizo, por ejemplo en el caso del lanzamiento de un satélite. La notificación a todos los interesados y la misma evaluación deben hacerse, naturalmente, dentro de lo posible. En algún caso podría ser simplemente *urbi et orbi* o bien a través de alguna organización internacional de alcance global que quiera prestar sus servicios a ese fin. Si no es posible, en un principio, identificar a todos los presuntamente afectados, el Estado de origen notificará a todos los que él crea que están en esas condiciones. Si después aparece algún otro como susceptible de ser también afectado por el efecto transfronterizo, el Estado de origen deberá notificarlo y proporcionarle la información pertinente, y si no lo hace, el presunto afectado tendrá derecho a pedir la consulta del artículo 18<sup>30</sup>, con los recaudos requeridos.

34. En todo caso, la evaluación no parece tan difícil, puesto que no se requiere la *certeza* de que se va a producir un daño transfronterizo significativo, sino sólo la certeza de que existe un riesgo significativo de tal daño. Para ello habrá que definir de la mejor manera posible esas actividades, ya que tanto la Asamblea General como esta Comisión rechazaron la idea de listas de actividades peligrosas o de sustancias peligrosas que contagiarían de riesgo a la actividad que las manipule, etc. En anteriores informes, el Relator Especial sugirió la inclusión en un anexo de listas de sustancias peligrosas, con *carácter meramente indicativo*, que fueran ejemplos de la definición general y que ayudaran a caracterizar mejor una actividad nueva<sup>31</sup>. En todo caso, la notificación y la eventual consulta, con un régimen de asesoramiento como el que se examina más adelante, podrían contribuir a que los interesados puedan arribar a alguna conclusión válida.

#### g) La información

35. En el Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, aparte de una obligación general de intercambiar informaciones sobre las medidas adoptadas en general, se recomienda en el párrafo 4 de la sección VI que los países ribereños

<sup>28</sup> Véase nota 15 *supra*

<sup>29</sup> Véase parr 38 *infra*

<sup>30</sup> Véase parr 53 *infra*

<sup>31</sup> *Anuario 1991*, vol II (primera parte), pag 82, documento A/CN.4/437, parr 29

intercambien informaciones respecto a la autorización de actividades planeadas que creen un riesgo significativo de contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas<sup>32</sup>,

y la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales contiene una disposición respecto al intercambio de informaciones, el artículo 15, que remite al anexo XI, donde se enumeran el tipo de informaciones que debe transmitirse entre las partes interesadas, tales como las medidas legislativas y administrativas adoptadas, los programas de vigilancia, planificación, investigación, experiencia con accidentes anteriores, sobre el desarrollo y aplicación de las mejores tecnologías para mejorar la seguridad y protección ambiental, etc. Contiene la misma obligación el artículo 3, párrafo 2.

36. Aparte, entonces, de la información que debe darse en el particular momento en que el Estado de origen está tramitando la autorización de una actividad que pueda resultar peligrosa, debe existir entre las partes una obligación general de intercambiar informaciones periódicamente en el desarrollo de la dicha actividad.

#### h) Participación del público

37. Por otra parte, hay un principio que se encuentra en un buen número de instrumentos relativos a los impactos transfronterizos de las actividades desarrolladas en un país y que se relaciona con la participación de las personas y entidades privadas que presumiblemente se verían afectadas por el accidente. Este principio se aplica en primer término a la propia población y estipula que debe dársele la suficiente información relacionada con la posibilidad de efectos dañinos de cualquier actividad de riesgo para capacitarla a intervenir en los procesos administrativos de tomas de decisión que les conciernan en grado importante. Pero en otros instrumentos el derecho se hace extensivo a los particulares y entidades de los Estados afectados<sup>33</sup>. En nuestro caso, por el principio de no discriminación, los Estados que ofrecen esas posibilidades a su propia población deberían naturalmente hacerlas extensivas a los habitantes de los países afectados que estén en las mismas condiciones que los propios. Como el objetivo es de redactar normas aplicables globalmente, y ya que el grado de desarrollo y las diferencias de sensibilidad tanto política como social varían muy considerablemente entre los países cuando se toma un contexto tan amplio, creemos que se podría incorporar una obligación en el sentido arriba indicado, pero condicionada por la frase «en la medida de lo posible y según corresponda» en cuanto a las poblaciones propias, que deberán hacer extensiva a los habitantes de los países afectados que estén en las mismas condiciones.

#### i) Textos propuestos en sustitución del artículo II

38. El Relator Especial propone los siguientes artículos en reemplazo del artículo II:

<sup>32</sup> Véase nota 24 *supra*

<sup>33</sup> Véanse artículo 9 y anexo VIII de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, así como el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (nota 23 *supra*)

### *Artículo 15.—Notificación e información*

Si de la evaluación del artículo anterior surgiere la posibilidad de daño transfronterizo significativo:

a) El Estado de origen notificará de esa situación a los Estados presuntamente afectados y les transmitirá la información técnica disponible que fundamentare su evaluación;

b) Dicha notificación la hará el Estado de origen por sí o por intermedio de una organización internacional con competencia en la materia, si los efectos transfronterizos de una actividad pudieren extenderse a una pluralidad de Estados a los que el Estado de origen tuviera dificultades para identificar;

c) Si posteriormente llegare a conocimiento del Estado de origen la existencia de otros Estados presuntamente afectados deberá notificarlos sin demora;

d) En la medida de lo posible y según corresponda, los Estados proveerán al público susceptible de ser afectado información respecto al riesgo y a los daños que pudieren derivarse de una actividad sometida a autorización y le darán participación en los procesos de tomas de decisión respecto a tales actividades.

### *Artículo 16.—Intercambio de informaciones*

Durante su desarrollo, las partes interesadas deberán intercambiar periódicamente toda información sobre la actividad que sea de interés para la mejor prevención de daños transfronterizos.

## 3. ARTÍCULO TITULADO «SEGURIDAD NACIONAL Y SECRETOS INDUSTRIALES»

### a) Texto

39. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el siguiente, que es muy similar al artículo III:

#### *«Seguridad nacional y secretos industriales*

»Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para proteger secretos industriales podrán no ser transmitidos, aunque el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.»

### b) Comentario

40. Este artículo no recibió mayores comentarios. Se dijo, en general, que era aceptable con eventuales modificaciones de redacción. El texto transcrito sigue las líneas del artículo 20 del proyecto de artículos relativo al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación<sup>34</sup> y modifica el antiguo artículo 11<sup>35</sup> en el quinto informe. El Relator Especial es consciente de que hay diferencias entre el proyecto sobre

<sup>34</sup> Aprobado en primera lectura como artículo 31. Para el texto, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 75.

<sup>35</sup> Véase nota 15 *supra*.

los cursos de agua y el presente que a veces no autorizan la adopción por analogía de sus reglas pues, aparte de haberlo notado él mismo, se lo han dicho muchas veces. El comentario al artículo 20 de aquel proyecto, sin embargo, trae considerandos que parecen perfectamente aplicables al caso, más general, de nuestros artículos pues, reconociendo el interés de los Estados en no difundir información vital para su defensa o seguridad nacionales, estima sin embargo que un Estado (del curso de agua) afectado no debe carecer por entero de información acerca de los posibles efectos de las medidas de que se trate:

El artículo tiene, pues, por objeto lograr un equilibrio entre las necesidades legítimas de los Estados interesados: la necesidad de que la información delicada sea confidencial, por una parte, y la necesidad de información relativa a los posibles efectos perjudiciales de las medidas proyectadas, por otra<sup>36</sup>.

41. En un contexto más general, nuestro artículo se inspira también en el informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos que formuló los «Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados», cuyo párrafo 2 del principio 6 dice:

En los casos en que la legislación nacional o los convenios internacionales prohíban la transmisión de determinada información, el Estado o los Estados que se reserven esa información deberán cooperar, sin embargo, con el otro o los otros Estados interesados, sobre la base en particular del principio de la buena fe y en el espíritu de la buena vecindad, a fin de llegar a una solución satisfactoria<sup>37</sup>.

Igualmente, la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, en su artículo 22, párrafo 1, establece que:

Las disposiciones de esta Convención no afectarán los derechos u obligaciones de las partes según sus leyes nacionales, reglamentos, disposiciones administrativas o prácticas legales aceptadas y reglamentaciones internacionales aplicables para proteger informaciones relacionadas con datos personales, secretos industriales y comerciales, incluyendo la propiedad intelectual o la seguridad nacional.

### c) Texto propuesto en sustitución del artículo III

42. El Relator Especial propone sustituir el artículo III por el artículo siguiente:

### *Artículo 17.—Seguridad nacional y secretos industriales*

**Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para proteger secretos industriales podrán no ser transmitidos, aunque el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.**

<sup>36</sup> Véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 58.

<sup>37</sup> El texto final de los principios figura en PNUMA, *Derecho ambiental.—Lineas directrices y principios*, N.º 2, *Recursos naturales compartidos*, Nairobi, 1978. En el párrafo 3 de su resolución 34/186, la Asamblea General:

«Pide a todos los Estados que utilicen los principios como directrices y recomendaciones en la formulación de convenciones bilaterales o multilaterales relativas a los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sobre la base de la buena fe y con espíritu de buena vecindad [...]»

#### 4. ARTICULO TITULADO «LA CONSULTA PARA UN REGIMEN»

##### a) Texto

43. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el texto que se reproduce a continuación, el cual sigue de cerca el artículo VI del anexo:

##### «La consulta para un régimen»

»Los Estados interesados se consultarán, si fuere necesario, para determinar el riesgo y la magnitud del eventual daño transfronterizo, con vistas a establecer los ajustes y modificaciones de la actividad planeada, las medidas preventivas y los planes contingentes que dicran satisfacción a los Estados afectados, entendiéndose que la responsabilidad por los daños causados estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes de este mismo instrumento.»

##### b) Comentario

44. Se recordará que los artículos IV y V del anexo se ocupaban de las actividades de efectos nocivos, y su eventual consideración quedará para más adelante. Es por eso que pasamos directamente al artículo VI del anexo, que trata de la consulta en las actividades de riesgo. Este es el lugar para examinar con detenimiento la naturaleza de la consulta en estas actividades y avanzar algunas consideraciones que se aplican igualmente a la evaluación, la notificación y la información, pero es mejor intentarlas ahora, cuando se cierra este ciclo tan interconectado de esas cuatro instancias. Recordamos lo dicho en el quinto informe:

Parece claro que en el tipo de procedimiento que se examina hay tres funciones que están íntimamente ligadas, de tal manera que no puede separarse ninguna de ellas respecto a las otras dos. Nos referimos a la evaluación, la notificación y la información respecto de una actividad del artículo 1. A veces alguna de las funciones se sobreentiende por implícita. ¿Como podría, en efecto, notificarse a un Estado respecto a ciertos riesgos o efectos nocivos de una actividad sin que previamente el Estado de origen haya hecho una evaluación de los posibles efectos, en otras jurisdicciones, de esa actividad? ¿Como podría dar información sobre dicha actividad sin al mismo tiempo o antes notificar al Estado afectado de lo que se trata? ¿Como podría notificarse a alguien de ciertos peligros sin acompañar la información que sobre ellos se ha podido reunir?

Más aun, la consulta con los Estados afectados está igualmente ligada a las tres funciones anteriores. ¿De qué valdría evaluar, notificar e informar si no se va a consultar la opinión del Estado afectado? Ya se ha observado que hay límites a la libertad de un Estado de origen en cuanto a las actividades del artículo 1, y ese límite está fijado por el daño apreciable a los derechos que dimanen de la soberanía de otros Estados, precisamente los afectados. En la medida en que estos derechos sean, o puedan ser, vulnerados, los Estados afectados tienen su palabra que decir respecto de actividades como las del artículo 1. Y, por otra parte, ¿que consulta sería posible sin la previa realización de los pasos anteriores?<sup>38</sup>

45. La consulta, entonces, es necesaria para completar el proceso de participación del Estado afectado, pero es claro que sus objetivos en principio se encuentran limitados por la *naturaleza jurídica de las actividades de riesgo*. Si estas actividades son lícitas cuando el Estado

de origen cumple ciertas condiciones, no obstante la posibilidad de daño transfronterizo que originen, la consulta podrá tener un alcance limitado: no se someterá a la iniciación de la actividad a los acuerdos a que pudiere arribarse en aquella consulta, ni al cumplimiento de los requisitos procesales de la prevención ni podrá, en principio, pedirse su cesación en la medida en que sea realmente una actividad de riesgo y no una de efectos nocivos disimulada bajo su guisa.

46. En relación con la licitud o no de una actividad que puede producir un daño transfronterizo se ha originado en el anterior debate de esta Comisión lo que entendemos que puede ser un simple malentendido. Hubo un razonamiento que discurría de este modo, si el Relator Especial bien lo entendió: si el daño transfronterizo está prohibido, como podría surgir del principio 21 de la Declaración de Estocolmo<sup>39</sup> o de la jurisprudencia de asuntos como el de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*<sup>40</sup> y del *Estrecho de Corfú*<sup>41</sup>, el tema de la responsabilidad por actos no prohibidos no tendría fundamento alguno, *porque todos los actos conducentes a un daño transfronterizo serían ilícitos, lo que equivale a decir que estarían prohibidos*. Entre las consecuencias normales de tales actos estaría en primera línea la cesación, si se tratara de un acto continuado.

47. Por otro lado, se recordará que en nuestro octavo informe, al referirnos a estos asuntos, dijimos lo siguiente:

En relación con la necesidad de consultar al comienzo de la actividad, conviene analizar la *diferente situación de las actividades de riesgo respecto a las de efectos nocivos en las primeras, se crea un riesgo de daño transfronterizo, en las segundas se causa directamente un daño\**, son actividades que por definición lo producen en el curso normal de su operación. Existe un considerable cuerpo de doctrina y de práctica internacionales en el sentido de que el daño transfronterizo que estas actividades causan, *cuando es significativo, está en principio prohibido en el derecho internacional general*<sup>42</sup>

48. Parece claro que nos estamos refiriendo, con la expresión «estas actividades», a aquellas de efectos nocivos y no a las de riesgo. Eso surge del octavo informe<sup>43</sup>, cuya lectura cuidadosa recomendamos a aquellos miembros que expresaron las reservas comentadas en el párrafo 46. Al examinar el análisis hecho por el Grupo de Expertos sobre Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland), dijimos que el artículo 10 del texto que produjeron<sup>44</sup> prohíbe *en principio* toda interferencia transfronteriza que cause un daño *considerable* («es decir un daño que no sea menor o insignificante»)<sup>45</sup>. Pero también que:

<sup>39</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 73 II A 14), primera parte, cap 1

<sup>40</sup> Véase nota 17 *supra*

<sup>41</sup> *Ibid*

<sup>42</sup> Anuario 1992, vol II (primera parte) (véase nota 5 *supra*), párr 18

<sup>43</sup> *Ibid*, párr 19

<sup>44</sup> Véase *Environmental Protection and Sustainable Development Legal Principles and Recommendations*, Londres, Dordrecht, Boston Graham y Trotman, Martinus Nijhoff, 1987, pag 75

<sup>45</sup> Anuario 1992, vol II (primera parte) (véase nota 5 *supra*), párr 19

<sup>38</sup> Anuario 1989, vol II (primera parte) (véase nota 3 *supra*), párrs 73 y 74

Para las actividades de riesgo, en el párrafo 1 del artículo 11 propuesto por el Grupo de Expertos, se consagra la *primera excepción\**, a través de un concepto de equilibrio de intereses

«1 Si una o más actividades originan un riesgo considerable de que produzca un daño sustancial como consecuencia de una interferencia ambiental transfronteriza, y si el costo técnico y socioeconómico total o la pérdida total de beneficios derivada de la prevención o reducción de ese riesgo excede con mucho a largo plazo las ventajas que suponga dicha prevención o reducción\*, el Estado que realice o permita las actividades asegurará el pago de una indemnización en el caso en que se produzca un daño sustancial en una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado o en una zona situada fuera de los límites de la jurisdicción nacional»<sup>46</sup>

49. En el octavo informe decíamos también que

[ ] si los intereses contrapuestos ocurren en las proporciones indicadas [esto es la balanza donde se equilibran los intereses se inclina en favor de la actividad], hay aquí un principio de derecho que autoriza, ya sea la continuación, ya sea el emprendimiento de la actividad en cuestión<sup>47</sup>

La posición que se expresó en el debate no correspondería, entonces, a la intención del Relator Especial, quien fue muy explícito al respecto, como ha podido verse.

50. Si bien tenemos reservas en cuanto a algunos aspectos del razonamiento que en este punto despliega el Grupo de Expertos de la Comisión Brundtland, las líneas generales de ese razonamiento, en el sentido de que las actividades de riesgo son, en ciertas condiciones, lícitas, no son una creación *ex nihilo* sino que se basan en la práctica internacional. Decíamos en aquel mismo informe que:

Hay actividades peligrosas que se han venido desarrollando y que han causado, o amenazaron causar, daños a terceros Estados. Luego de un tiempo, los Estados han buscado regímenes jurídicos para ellas que consagran el principio del equilibrio de intereses, y lo hacen generalmente trasladando la responsabilidad a los operadores particulares: ha sucedido en la actividad nuclear, con varias convenciones, en el transporte de petróleo por mar, en la aviación, en la contaminación transfronteriza accidental y no accidental de aguas interiores, etc.<sup>48</sup>

El mismo párrafo sigue dando ejemplos de lo contrario, es decir cuando por virtud de los intolerables riesgos o daños creados por ciertas actividades, éstas terminaron siendo prohibidas, como los ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y en el agua, el uso de técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles y el emplazamiento de armas nucleares y de otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y en su subsuelo<sup>49</sup>. Son de interés para este punto los ejemplos de la práctica internacional citados en el octavo informe<sup>50</sup>, ya que en vista de esa práctica es claro que una actividad de riesgo es en principio lícita, con la condición de que el Estado de origen asegure *por lo menos* el pago de las eventuales indemnizaciones, que como se ha visto en la exposición del Grupo de Expertos de la Comisión Brundtland, puede ser encauzada hacia la responsabilidad civil del responsa-

ble de la conducción de la actividad, normalmente el operador.

51. La consulta debería realizarse, en vista de lo anterior, a pedido del Estado o de los Estados presuntamente afectados o eventualmente del propio Estado de origen, pero no automáticamente. Su finalidad será, entonces, responder a las preguntas que el Estado tuvo *in mente* cuando la pidió, probablemente la aclaración de algunos puntos oscuros o la ampliación de explicaciones respecto a la prevención o la información sobre ciertas condiciones en el territorio o medio ambiente del Estado afectado, etc. Este último podría proponerle un régimen más completo, ya sea de prevención, de contención del daño (planes de contingencia, por ejemplo, u otras formas de cooperación) o de responsabilidad o acaso medidas o pasos que equilibren mejor, a su criterio, los intereses en juego, teniendo en cuenta, entre otros, los criterios que se fijan en el artículo IX del anexo. Eventualmente se podría llegar a un régimen convencional mutuamente aceptable que rigiera todo lo relativo a la actividad en cuestión.

52. Para responder a una opinión emitida en el debate del 44.º período de sesiones, creemos que con lo anterior queda claro que la soberanía del Estado de origen no queda afectada por la obligación de consulta, ya que es un deber que le compete por autorizar o emprender una actividad que puede causar daños transfronterizos. También que no se requiere la aprobación del Estado afectado para iniciar la actividad de que se trata. Por ende no hay ninguna posibilidad de un veto para el Estado o los Estados afectados. Aquella misma opinión reclamó que se evaluara *por medios técnicos* la capacidad de daño transfronterizo de la actividad. El Relator Especial confiesa que no advierte por qué otros medios se podría evaluar tal capacidad<sup>51</sup>.

c) Texto propuesto en sustitución del artículo VI

53. El Relator Especial propone el siguiente artículo en reemplazo del artículo VI:

#### *Artículo 18.—La consulta previa*

**Los Estados interesados se consultarán, a pedido de cualquiera de ellos y sin demora, con vistas a encontrar soluciones mutuamente aceptables en relación con las medidas preventivas propuestas por el Estado de origen, la cooperación entre los Estados interesados para la prevención de daños y cualquier otro aspecto de interés respecto a la actividad en cuestión, entendiéndose que, en todo caso, la responsabilidad por los daños transfronterizos que pudiera producir estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes de este mismo instrumento.**

<sup>51</sup> Recordemos, sin embargo, la vigencia del llamado «principio precautorio» establecido en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (vease nota 23 *supra*) que estipula

«Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.»

<sup>46</sup> *Ibid*, parr 20

<sup>47</sup> *Ibid*, parr 21

<sup>48</sup> *Ibid*, parr 22

<sup>49</sup> *Ibid*

<sup>50</sup> *Ibid*, pag 74, nota 31

5. ARTÍCULO TITULADO «INICIATIVA DE LOS ESTADOS AFECTADOS»

a) Texto

54. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el texto que se reproduce a continuación, el cual sigue de cerca el artículo VII:

*«Iniciativa de los Estados afectados»*

»Si un Estado tuviere razones para creer que una actividad bajo la jurisdicción o control de otro Estado le causa un daño significativo o crea un riesgo significativo de causárselo, podrá pedirle que cumpla con lo dispuesto en el artículo 15. La petición se acompañará de una exposición técnica de las razones en que funda su opinión. Si la actividad resultara ser del artículo 1, el Estado de origen resarcirá los costos del estudio.»

b) Comentario

55. En este caso, el Estado presuntamente afectado, por cualquier razón, no fue objeto de la notificación del artículo 15. Puede haberse debido a que a) el Estado de origen no apercibió la calidad peligrosa de la actividad, que fue advertida en cambio por el otro Estado, b) algunos efectos se hicieron sentir a través de la frontera, c) el Estado afectado poseía una capacidad tecnológica superior a la del de origen que le permitió inferir consecuencias que el otro no advirtió, o d) por otros motivos. En este caso, es natural que el Estado presuntamente afectado dé los fundamentos técnicos que le hacen pensar que, en efecto, una cierta actividad desarrollada en el Estado de origen le está causando daños significativos o puede causárselos.

56. La última frase del artículo referente a la devolución del costo de la evaluación del efecto transfronterizo si la actividad cae dentro del ámbito del artículo 1 fue objetada por algunos miembros de la Comisión. Tiene, sin embargo, un fundamento racional: el estudio hecho para permitir una evaluación técnica adecuada de la peligrosidad de la actividad en cuestión no es precisamente gratuito. Si bien el Estado de origen puede no haber estado en falta al considerar que una actividad determinada no alcanza niveles de riesgo significativo, una vez que el estudio demuestra que la actividad *era en efecto una actividad peligrosa*, queda demostrado también que el Estado afectado ha realizado un trabajo y ha corrido con costos que correspondían al de origen y no vemos la razón por la cual deban quedar a cargo del afectado. Sólo podríamos admitirlo si el Estado de origen fuese un país en desarrollo y el otro uno desarrollado, dentro de la idea de conceder algunas facilidades a los países en desarrollo, pero no en el caso inverso o en el de que ambos fuesen de la misma condición. De todos modos, no puede hacerse de esto una cuestión de principios ni merece su importancia material que perdamos tiempo en su consideración, por lo que huelga decir que el Relator Especial está dispuesto a suprimir la última frase si la Comisión lo estimare conveniente.

c) Texto propuesto en sustitución del artículo VII

57. El Relator Especial propone el siguiente artículo en reemplazo del artículo VII:

*Artículo 19.—Derecho del Estado presuntamente afectado*

**Aun cuando no hubiere mediado notificación respecto a una actividad desarrollada bajo la jurisdicción o control de un Estado, cualquier otro Estado que tuviere razones para creer que esa actividad le está causando o ha creado un riesgo significativo de causarle un daño sustancial, podrá pedir la consulta del artículo anterior. La petición se acompañará de una exposición técnica de las razones en que fundare su opinión. Si la actividad resultara ser del artículo 1, el Estado de origen resarcirá los costos del estudio.**

6. ARTÍCULO TITULADO «SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS»

a) Texto

58. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el siguiente, que es idéntico al artículo VIII:

*«Solución de controversias»*

»Si las consultas mantenidas en cumplimiento de los artículos... y... anteriores no arrojaran un acuerdo, las partes someterán sus diferencias a los procedimientos de solución de controversias del anexo [...].»

b) Comentario

59. Un buen número de miembros consideraron que este proyecto de artículo era útil y hasta necesario, con algunas modificaciones: la invocación de los artículos que pudieren dar lugar a esa solución, un desarrollo más explícito del artículo —independientemente de su remisión a otros más desarrollados en el anexo— o la necesidad de dar al procedimiento de solución un carácter rápido y expeditivo. Hubo una opinión decididamente en contra, porque si las consultas resultaren en un desacuerdo no veía la necesidad de un procedimiento que lo resolviera. Preveía también abusos de los Estados afectados y ubicaba esta parte de nuestro proyecto exclusivamente en el campo de la cooperación internacional. Por último, hubo quienes propiciaron un procedimiento de carácter facultativo.

60. El Relator Especial continúa creyendo que un procedimiento expeditivo para resolver cualquier *impasse* en el momento de la consulta sería muy conveniente, aunque quizá fuera mejor intentar su redacción al final del desarrollo del tema para tener en cuenta no solamente las controversias surgidas con ocasión de la consulta, que parecen merecer una consideración separada, sino todas las que pudieren surgir en cuanto a la interpretación y aplicación de los artículos del proyecto. En el caso de un procedimiento para resolver los problemas que plantean estos primeros artículos, habría que pensar en un medio que se adapte *específicamente a las dificultades que pueden presentarse en la consulta*. Tenemos *in mente* las

capitales diferencias de interpretación que podrían surgir respecto a la naturaleza de la actividad en cuestión, por ejemplo que una de las partes negara el carácter de actividad de riesgo para asignarle el de simplemente tener *efectos nocivos*, en cuyo caso su eventual licitud resultaría dudosa y la resolución de esa diferencia sería de primera importancia para el destino final de la actividad, o por el contrario que no ofrece realmente riesgo de efecto transfronterizo significativo, o respecto a la evaluación que se haga por las partes de los reales efectos de alguna de las sustancias con que ella opera. En las cuestiones imaginadas parecen prevalecer estimaciones de expertos, por lo cual acaso una buena solución sería la de un procedimiento de encuestas (*inquiry commission*) como el que incorpora en el apéndice IV la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo y en su anexo II la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales. En ambos instrumentos, el procedimiento indicado tiene el carácter de un *asesoramiento a las partes* pero al mismo tiempo un carácter automático, ya que el artículo 3, párrafo 7 de la primera Convención establece que

si las Partes no pueden acordar si existe posibilidad de un efecto transfronterizo adverso significativo, *cualquiera de ellas puede someter este asunto a una comisión de encuestas\**, de acuerdo con las provisiones del apéndice IV, que opine sobre la probabilidad de un significativo impacto transfronterizo adverso, a menos que acuerden otra manera de resolver el asunto

Y el apéndice IV establece un procedimiento que se desarrolla hasta el fin en el que ambas partes están en condiciones de nombrar el experto que las represente, pero que puede iniciarse y continuar aun si una de ellas no presta la menor colaboración.

61. Los artículos 4 y 5 de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales siguen parecidas líneas al establecer que los Estados miembros tratarán en primer lugar de identificar las actividades industriales que se consideran peligrosas en la Convención y que tienen lugar bajo su jurisdicción, para lo cual consultarán con los Estados presuntamente afectados en forma parecida a como sucede con nuestros propios artículos. La identificación de una actividad industrial como sujeta a la Convención dependerá de la presencia o no de ciertas sustancias peligrosas enumeradas en el anexo y según ciertas concentraciones, proporciones y criterios indicados. Si respecto a una determinada actividad las partes no están de acuerdo en identificarla como sujeta a las disposiciones de la Convención, y no han acordado otro método de solución de controversias, queda abierto a cualquiera de ellas la instancia de una comisión de encuestas (*inquiry commission*) para que las asesore, cuyo procedimiento tiene exactamente las mismas características que el que comentamos en el párrafo 60 *supra*.

62. Es claro que este tipo de procedimiento tiene virtudes que lo recomiendan para su adopción por otros proyectos, aun aquellos que aspiran a tener un alcance universal. En primer término, es una piedra de toque para la buena fe que anime a los Estados con diferencias respecto a la naturaleza de una actividad. Aunque sea una mera opinión técnica, la de una comisión como la que se establece en las convenciones que comentamos tiene la ventaja de emanar de un cuerpo *imparcial* y serviría

como un elemento de autoridad científica o tecnológica sobre las materias que se someten a la Comisión. Una solución de este tipo parece prestarse particularmente bien para asuntos como los que están dentro del alcance de nuestros artículos.

c) Elementos para la propuesta de un futuro texto en sustitución del artículo VIII

63. El Relator Especial estaría muy agradecido si sus colegas dejaran patentes en el debate las opiniones que estas posibilidades les merecen, aun cuando no se incluya un texto que concretamente establezca el procedimiento propuesto, para estar en mejores condiciones de proponerlo en su oportunidad.

#### 7. ARTICULO TITULADO «FACTORES DEL EQUILIBRIO DE INTERESES»

##### a) Texto

64. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el siguiente, que es idéntico al artículo IX:

##### «Factores del equilibrio de intereses

»En las consultas anteriores y para encontrar un equitativo equilibrio de los intereses de los Estados interesados en relación con la actividad de que se trate, éstos podrán tener en cuenta los siguientes factores:

»a) El grado de probabilidad del daño transfronterizo, su posible gravedad y extensión, así como la probable incidencia de la acumulación de los efectos de la actividad en los Estados afectados;

»b) La existencia de medios de evitar dichos daños, teniendo en cuenta el más alto nivel de la tecnología en el manejo de la actividad;

»c) La posibilidad de desarrollar la actividad en otros lugares o con otros medios, o la disponibilidad de otras actividades alternativas;

»d) La importancia de la actividad para el Estado de origen, teniendo en cuenta para ello factores tales como los económicos, sociales, de seguridad, sanitarios y otros similares;

»e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los posibles medios de prevención;

»f) Las posibilidades físicas y tecnológicas en relación con su capacidad de tomar medidas preventivas, de restaurar las condiciones ambientales preexistentes, de compensar el daño causado o de emprender actividades alternativas que ofrece el Estado de origen;

»g) Los estándares de protección que para la misma o comparables actividades aplica el Estado afectado y los que se aplican en la práctica regional o internacional;

»h) Los beneficios que el Estado de origen o el Estado afectado derivan de la actividad;

»i) El grado en que los efectos nocivos se originan en un recurso natural o afectan el uso de un recurso compartido;

»j) La disposición del Estado afectado para contribuir en los costos de prevención o de reparación de los daños;

»k) El grado en que los intereses de los Estados de origen y de los afectados son compatibles con los intereses generales de la comunidad en su conjunto;

»l) El grado de disponibilidad de asistencia por parte de organizaciones internacionales para el Estado de origen;

»m) La aplicabilidad de principios y normas aplicables del derecho internacional.»

#### b) Comentario

65. Cabe decir respecto al contenido de esta disposición que no suscitó mayor oposición, pero que sí hubo discrepancias en cuanto a la naturaleza que debía tener. El Relator Especial creyó detectar que la mayor parte de los juicios positivos provinieron de los miembros con educación jurídica basada en el «*common law*» anglosajón, mientras que algunos de los formados en el derecho civil continental aconsejaron incluirlo en un anexo no obligatorio o en el comentario, o bien suprimirlo lisa y llanamente. El Relator Especial, en su sexto informe, debió

confesar cierta falta de entusiasmo por la inclusión de este tipo de conceptos en un cuerpo normativo, porque son apenas recomendaciones o guías de conducta y no verdaderas normas jurídicas, y porque los factores que intervienen en una negociación de este tipo son demasiado variados para admitir un corse conceptual<sup>52</sup>

Confesión que, vista retrospectivamente, denunciaba, según parece ahora, su propia formación jurídica en derecho civil. No obstante, añadía en el mismo párrafo que podía incluirse en el proyecto la norma en cuestión:

Sin embargo, no es insolito hacerlo, y su inclusión en los presentes artículos, además de dar cierto contenido a la noción de «equilibrio de intereses» que está detrás —por así decirlo— de varios de los textos propuestos y de servir de orientación a los Estados interesados, tendría un cierto valor jurídico para apreciar la buena fe con que aquellos Estados han actuado en la negociación. Tal vez sería útil, en este sentido, establecer si el Estado de origen tenía la posibilidad de desarrollar una actividad equivalente en forma menos peligrosa, aunque ligeramente más cara, o la medida en que el Estado afectado protege a sus propios nacionales del impacto de la misma o similar actividad. El párrafo preliminar del artículo es permisivo: las partes podrán tener en cuenta los factores enunciados, puesto que ello entra en la autonomía de la voluntad que solo puede ceder ante normas imperativas del derecho internacional. Por lo demás, la variedad de circunstancias en cada caso particular es tan grande que no podría exigirse que los factores del artículo se tengan en cuenta por los Estados interesados, puesto que quizá otro factor no enumerado tenga la mayor relevancia en la especie. En cuanto a la enumeración misma, los diferentes apartados se explican por sí mismos, sin necesidad de mayores comentarios<sup>53</sup>

66. El Relator Especial desarrolla la idea de que «no es insólito hacerlo», es decir que no es insólito incluir normas semejantes en instrumentos convencionales, remitiendo al artículo 7 del proyecto de artículos sobre el derecho de usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en el que se enumeran los factores que configuran un uso equitativo y razo-

nable de las aguas de un curso de agua internacional<sup>54</sup>. En su comentario al artículo 7 del proyecto sobre cursos de agua, la Comisión —y no ya el Relator Especial, Sr. McCaffrey— dice:

El artículo 7 tiene por objeto establecer como los Estados tienen que aplicar la norma de la utilización equitativa y razonable enunciada en el artículo 6. Dicha norma es necesariamente general y flexible y requiere, para su debida aplicación, que los Estados tengan en cuenta factores concretos relativos al curso de agua internacional de que se trate, así como las necesidades y usos de los Estados del curso de agua interesados. Así pues, lo que hay que entender por utilización equitativa y razonable en cada caso dependerá de la ponderación de todos los factores y circunstancias pertinentes. Este proceso de evaluación tiene que ser realizado, en primer lugar por lo menos, por cada Estado del curso de agua, a fin de velar por la observancia de la regla de la utilización equitativa y razonable establecida en el artículo 6<sup>55</sup>

67. Digamos, de paso, que entre el artículo 7 que estamos comentando y el nuestro hay una gran similitud: ambos intentan dar estructura a un concepto de equidad que sin ese intermedio sería demasiado general y hasta amorfo para ser aplicado a un proyecto específico. También, en lo que toca a nuestros artículos, sólo puede apreciarse en cada caso particular ese equilibrio de intereses que tenga en cuenta factores concretos relativos a la actividad en cuestión y a las necesidades y usos de los Estados interesados. También es necesario que cada Estado de origen realice una primera evaluación de los intereses en juego para planificar la propia acción futura que la tenga en cuenta.

68. El «equilibrio de intereses» responde a un criterio básico de equidad y consiste —en términos amplios— en que el Estado de origen, que ha introducido un cierto riesgo al emprender o autorizar una actividad peligrosa, debe equilibrar la balanza con algunas prestaciones de su parte; de lo contrario, estaría obteniendo una ventaja inequitativa, particularmente cuando el daño se produce realmente (enriquecimiento sin causa, *externalización* de costos, expropiación, o como quiera designársela). En el sexto informe se intenta una aproximación al concepto a través de la cita de dos pasajes de fallos internacionales, uno del Tribunal arbitral en el asunto del *Lago Lanós* y otro de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del *Río Oder*<sup>56</sup>. Dice el primero:

El Tribunal opina 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 propios

El segundo:

Una 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 en el uso de la totalidad del curso del río y la exclusión de todo privilegio de cualquier Estado ribereño en relación con los demás

69. Decimos que el equilibrio de intereses «está detrás» de varios de nuestros textos. Releyendo esta frase, nos parece ahora considerablemente anémica para describir

<sup>54</sup> Aprobado en primera lectura como artículo 6. Para el texto, véase *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), pág. 72

<sup>55</sup> *Anuario 1987*, vol II (segunda parte) pag. 37, párrafo 1 del comentario al artículo 7

<sup>56</sup> *Anuario 1990*, vol II (primera parte) (véase nota 4 *supra*), parr. 39 y nota 60

<sup>52</sup> *Anuario 1990*, vol II (primera parte) (véase nota 4 *supra*), parr. 39

<sup>53</sup> *Ibid*

el papel que este concepto tiene en el proyecto. Realmente, está en su base misma, le da su sentido y hasta puede servir como un importante principio orientador de la reparación. Por ejemplo, justifica que en algunos casos de responsabilidad por riesgo pueda no haber una indemnización plena, o *in integrum restitutio*, que es la regla de la reparación en la responsabilidad por hecho ilícito. Esa función de la *restitutio* podría llenarse en ciertos casos por la prestación necesaria para equilibrar la balanza de intereses. Pero, sobre todo, el concepto que comentamos sirve para justificar la licitud de una actividad que, al crear un riesgo de daño transfronterizo, crearía también un riesgo de ilicitud si no mediara la posibilidad de restablecer respecto a esa actividad la equidad entre las partes: el equilibrio de sus intereses. La fórmula misma del Grupo de Expertos de la Comisión Brundtland, y que da en opinión de aquellos su carácter de licitud a una actividad de riesgo, parece ser la expresión —acaso solamente parcial— de un equilibrio de intereses entre las partes con respecto a una actividad específica [«si el costo técnico y socioeconómico total o la pérdida total de beneficios derivada de la prevención o reducción de ese riesgo excede holgadamente a largo plazo las ventajas que suponga dicha prevención o reducción» (véase párr. 48 *supra*)]. Compartamos o no la formulación exacta de este concepto por el Grupo de Expertos de la Comisión Brundtland, lo cierto es que su razonamiento parece reflejar, en líneas muy generales, la práctica internacional: una actividad de riesgo se permite normalmente cuando su utilidad para el Estado de origen —y mucho más si es también útil para la sociedad— es superior a los daños que causa. Pero el Estado de origen debe equilibrar la balanza reduciendo al mínimo el riesgo que crea y pagando o haciendo pagar por los responsables los costos de la prevención e indemnizando o haciendo indemnizar de la misma manera los daños causados.

70. Pues bien, si los anteriores razonamientos son válidos, conviene dar ciertas pautas a los Estados de cuáles son los factores, entre otros, que suelen intervenir en el proceso de equilibrar los intereses de las partes, entendiéndose que tales factores son unos entre los muchos otros que pudieren tener relevancia y que sirven sólo para la orientación de los Estados en sus relaciones en este campo.

#### c) Propuesta en relación con el artículo IX

71. Personalmente, el Relator Especial no tiene una preferencia marcada sobre el mejor emplazamiento de este artículo. Prefiere no suprimirlo, por lo dicho, y aceptaría que permaneciera en el texto principal como artículo 20, dado el precedente que esta misma Comisión sentó en el caso del artículo 7 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

### 8. EL PRINCIPIO DE NO TRANSFERENCIA DE RIESGOS O DAÑOS

#### a) Observaciones generales

72. Algunos instrumentos, entre ellos el Código de conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores

transfronterizas<sup>57</sup>, contienen una disposición que podría llamarse de *no desplazamiento (o transferencia) de riesgos o daños*, que se refiere a la prevención muy principalmente, pero que puede aplicarse también a todas las medidas de respuesta a un impacto transfronterizo, como la limpieza y restauración del medio ambiente. Podría situarse una norma de este tipo entre los principios, acaso como agregado al artículo 8 de nuestro proyecto<sup>58</sup>, o bien en el capítulo a examen como una mera guía de las acciones preventivas. Sobre su emplazamiento desearíamos escuchar la opinión de los miembros de la Comisión. En el párrafo 2 de la sección II del Código de conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas se expresa así:

En la adopción de medidas para controlar y regular las actividades y las sustancias peligrosas, o para prevenir y controlar la contaminación accidental, o para mitigar el daño emergente de la contaminación accidental, los países deberían hacer cuanto puedan para no transferir, directa o indirectamente, daños o riesgos entre diferentes medios ambientales o transformar un tipo de contaminación en otro<sup>59</sup>.

73. El artículo 195 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece:

Al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, los Estados actuarán de manera que, ni directa ni indirectamente, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro.

Hay una diferencia: «de un área a otra» se dice en este artículo, mientras que en el Código de conducta citado más arriba se utiliza la expresión «entre diferentes medios ambientales». El artículo 195 de la Convención fue tomado del párrafo 13 de los Principios generales para la evaluación y el control de la contaminación de los mares, aprobados por la Conferencia de Estocolmo:

En la acción destinada a evitar y controlar la contaminación de los mares (particularmente al establecerse prohibiciones directas y límites concretos de descarga) debe cuidarse mucho de no limitarse a transferir los daños o riesgos de una a otra parte del medio<sup>60</sup>.

Otro antecedente del mayor interés es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que parece otorgar a este principio un contenido bastante más restringido en su principio 14:

Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana<sup>61</sup>.

A nuestro modo de ver, este texto estaría contenido dentro del otro, más general, que proponemos, pero acaso una referencia en el comentario sería útil para mejor determinar las diversas direcciones a que apunta el principio comentado.

<sup>57</sup> Véase nota 24 *supra*.

<sup>58</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), pág. 104, nota 343.

<sup>59</sup> Véase nota 24 *supra*.

<sup>60</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano...* (véase nota 39 *supra*), anexo III.

<sup>61</sup> Véase nota 23 *supra*.



b) Texto propuesto sobre  
la no transferencia de riesgos o daños

74. Proponemos para la consideración de la Comisión un artículo 20 *bis*, que dejamos entre corchetes a la espera del pronunciamiento solicitado respecto a su emplazamiento definitivo.

**[Artículo 20 bis.—No transferencia de riesgos  
o daños**

**En la adopción de medidas para prevenir, controlar o reducir los efectos transfronterizos de actividades peligrosas, los Estados deberán velar por que no se transfieran riesgos o daños de un lugar o medio ambiente a otro, ni que se sustituya un riesgo por otro.]**

9. EL PRINCIPIO «CONTAMINADOR-PAGADOR»

75. Tanto el Código de conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas como la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales contienen el principio «contaminador-pagador». Este principio ha sido materia de reflexión por el Relator Especial, quien cree que debiera ser considerado por la Comisión para ser incluido en nuestros artículos, ya que representa un papel muy considerable tanto en la prevención como en la responsabilidad civil. Pero si se tiene en cuenta que las formulaciones más recientes de dicho principio no lo limitan a las acciones de prevención (esto es, que sean sólo los costos de la prevención los que incumban al operador) sino que lo relacionan también con la reparación, acaso su mejor lugar sea entre los principios —no en este capítulo sobre la prevención— y el mejor momento para proponerlo el próximo período de sesiones, para que el Comité de Redacción lo examine oportunamente junto con los otros principios que está considerando.

## CAPÍTULO II

### Conclusión

76. Los capítulos relativos a la prevención en convenciones sobre temas o actividades específicas, como son las que hemos examinado especialmente en el presente informe, generalmente contienen disposiciones considerablemente elaboradas sobre algunos aspectos que no se tocan, como la preparación para emergencias, los planes de contingencia, los sistemas de alerta temprana sobre accidentes, etc. El Relator Especial ha intentado interpretar el sentir de la Comisión en el sentido de que artículos como los que estamos preparando, que aspiran a ser sólo un marco y con un alcance global, deben ser sintéticos y no descender de un plano de cierta generalidad. Es por eso que estimamos que con los artículos propuestos podría cerrarse el capítulo sobre la prevención.



# PROGRAMA, PROCEDIMIENTOS, MÉTODOS DE TRABAJO Y DOCUMENTACIÓN DE LA COMISIÓN

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/454

## Esquemas preparados por miembros de la Comisión sobre temas seleccionados de derecho internacional

[Original: francés/inglés]  
[9 de noviembre de 1993]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Nota</i>	227
INTRODUCCION	232
ESQUEMAS PREPARADOS POR MIEMBROS DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE TEMAS SELECCIONADOS DE DERECHO INTERNACIONAL	
Las condiciones legales de inversion de capital y acuerdos correspondientes, por el Sr Mohamed Bennouna	233
Propiedad y proteccion de los pecios mas alla de los limites de la jurisdiccion maritima nacional, por el Sr Derek William Bowett	235
<i>Jus cogens</i> , por el Sr Andreas Jacovides	238
Sucesion de Estados y sus repercusiones en la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas y sucesion de Estados con respecto a la calidad de miembro en organizaciones internacionales, por el Sr Vaclav Mikulka	246
El derecho relativo a las migraciones internacionales, por el Sr Guillaume Pambou-Tchivounda	251
La ley y la practica en materia de reservas a los tratados, por el Sr Alain Pellet	254
Aplicacion extraterritorial de la legislacion nacional, por el Sr Pemmaraju Sreenivasa Rao	264
El derecho de las aguas subterranas internacionales (confinadas), por el Sr Alberto Szekely	269
Bienes comunes de la humanidad, por el Sr Christian Tomuschat	272
Derechos y obligaciones de los Estados en lo que respecta a la proteccion del medio ambiente humano, por el Sr Chusei Yamada	275

---

#### NOTA

#### Acuerdos bilaterales y multilaterales citados en el presente informe

##### ACUERDOS BILATERALES

	<i>Fuente</i>
Tratado definitivo de limites entre Francia y España (Elizondo, 27 de agosto de 1785)	A del Cantillo, <i>Tratados, Convenios y Declaraciones de paz y de comercio</i> , Madrid, 1843, pag 594
Tratado sobre las fronteras entre los Países Bajos y Hannover (Mappen, 2 de julio de 1824)	Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 205

	<i>Fuente</i>
Acta de límites entre Francia y el canton de Neuchatel (Neuchatel, 4 de noviembre de 1824)	Ibid , tratado N ° 195
Convencion entre Italia y Suiza sobre el arreglo del conflicto de la frontera entre Lombardia y el Canton de Ticino (Lugano, 5 de octubre de 1861)	G F de Martens, <i>Nouveau Recueil general des Traites</i> , vol XX, pag 186
Tratado entre Austria y Baviera sobre el regimen de la frontera y otras relaciones entre Bohemia y Baviera (24 de junio de 1862)	Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 135
Tratado de límites entre España y Portugal (Lisboa, 29 de septiembre de 1864)	Ibid , tratado N ° 241
Acuerdo entre Gran Bretaña y Francia relativo a la Costa somali (Londres, 2 y 9 de febrero de 1888)	BFSP, 1890-1891, vol 83, pag 672, y Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 16
Tratado entre Suiza y Austria-Hungria para la rectificacion del Rin desde la desembocadura del Ill, aguas arriba, hasta la entrada del rio en el lago Constanza, aguas abajo (Viena, 30 de diciembre de 1892)	BFSP, 1891-1892, vol 84, pag 690, y Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 141
Canje de notas entre Francia y el Reino Unido sobre la frontera entre la Costa de Oro y el Sudan frances (Londres, 8 de abril de 1904)	Vease BFSP, 1902-1904, vol 97, pag 31
Acuerdo relativo a la delimitacion de la frontera entre Persia y Turquía (Teheran, 21 de diciembre de 1913)	<i>The Consolidated Treaty Series</i> , C Parry ed , vol 215, 1911-1912, pag 138
Disposiciones relativas a la frontera comun de Belgica y Alemania establecidas por una Comision de Límites compuesta por representantes del Imperio Británico, Francia, Italia, Japon, Belgica y Alemania, en ejecucion de las clausulas del Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, relativas a dicha frontera (Aquisgran, 6 de noviembre de 1922)	Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 118
Protocolo entre Francia y Gran Bretaña que define la frontera entre el Africa ecuatorial francesa y el Sudan angloegipcio (Londres, 21 de enero de 1924)	BFSP, 1924, 1ª parte, vol 119, pag 354, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 25
Acuerdo entre Egipto e Italia relativo a las fronteras entre Cirenaica y Egipto (sobre el pozo de Ramla) (El Cairo, 6 de diciembre de 1925)	BFSP, 1930, 2ª parte, vol 133, pag 976, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 6
Canje de notas entre los Gobiernos británico e italiano para regular el aprovechamiento de las aguas del rio Gach (Roma, 12 y 15 de junio de 1925)	SDN, <i>Recueil des Traites</i> , vol XXXVIII, pag 200
Tratado entre Francia y Alemania relativo a la delimitacion de la frontera (Paris, 14 de agosto de 1925)	Ibid , vol LXXV, pag 104
Convencion entre la Union de Republicas Socialistas Sovieticas y Persia relativa a la utilizacion comun de las aguas y rios limitrofes (Ashkhabad, 20 de febrero de 1926)	Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 103
Acuerdo entre Belgica y Alemania relativo a la frontera comun (Aquisgran, 7 de noviembre de 1929)	SDN, <i>Recueil des Traites</i> , vol CXXI, pag 328, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 150
Tratado de paz, amistad y arbitraje entre la Republica Dominicana y Haiti (Santo Domingo, 20 de febrero de 1929)	SDN, <i>Recueil des Traites</i> , vol CV, pag 216, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 68
Acuerdo entre Persia y Turquía relativo a la linea fronteriza (Teheran, 23 de enero de 1932)	BFSP, 1932, vol 135, pag 671, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 101
Acuerdo entre Belgica y el Reino Unido sobre el uso de las aguas en la frontera entre Tanganyica y Ruanda-Urundi (Londres, 22 de noviembre de 1934)	SDN, <i>Recueil des Traites</i> , vol CXC, pag 103
Acuerdo entre el Gobierno Federal de Austria y el Estado de Baviera sobre la desviacion de las aguas del Rissbach, del Durrach y del Walchen (16 de octubre de 1950)	Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 136

	<i>Fuente</i>
Convenio entre el Gran Ducado de Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la Republica Federal de Alemania relativo a la construccion de una central hidroelectrica en el Sauer (Trevers, 25 de abril de 1950)	Ibid , tratado N ° 201
Acuerdo entre la Republica Siria y el Reino Hachemita de Jordania sobre el aprovechamiento de las aguas del Yarmuk (Damasco, 4 de junio de 1953)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 184, pag 25
Acuerdo entre el Gobierno de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia y el Gobierno de la Republica Popular Hungara relativo a cuestiones de hidroeconomia (Belgrado, 8 de agosto de 1955)	Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 228
Acuerdo entre el Gobierno de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia y la Republica Popular de Albania sobre el regimen de aguas (Belgrado, 5 de diciembre de 1955)	Ibid , tratado N ° 128 Vease tambien Yugoslavia, <i>Federative Narodne Republike Jugoslavije Merundarodni Ugovorvi</i> , 1957, N ° 74, pag 16
Convenio entre la Republica Federal de Alemania y la Republica Francesa sobre el aprovechamiento del curso superior del Rin entre Basilea y Estrasburgo (Luxemburgo, 27 de octubre de 1956)	Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 180
Acuerdo entre el Gobierno de la Republica Italiana y el Gobierno de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia relativo al abastecimiento de agua al municipio de Gorizia (Nova Gorica, 18 de julio de 1957)	Ibid , tratado N ° 236
Actas de la reunion de las delegaciones de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia y del Reino de Grecia que se efectuó el 26 de agosto y el 1 ° de septiembre de 1957 a fin de establecer la forma y el plan de colaboracion para los estudios hidroeconomicos de la cuenca de desague del lago de Dojran (1 ° de septiembre de 1957)	Ibid , tratado N ° 223
Acuerdo entre Checoslovaquia y Polonia relativo a la utilizacion de los recursos hidraulicos en aguas fronterizas (Praga, 21 de marzo de 1958)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 538, pag 89
Acuerdo sobre el regimen de aguas entre el Gobierno de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia y el Gobierno de la Republica Popular de Bulgaria (Sofia, 4 de abril de 1958)	Ibid , vol 367, pag 104
Convenio entre el Gran Ducado de Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la Republica Federal de Alemania relativo a la construccion de instalaciones hidroelectricas en el Our (Treveris, 10 de julio de 1958)	Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 202
Declaracion de Evian (Argelia-Francia) (Evian, 19 de marzo de 1962)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 507, pag 25
Convencion franco-suiza relativa la proteccion de las aguas del lago Lemán contra la contaminacion (Paris, 16 de noviembre de 1962)	Ibid , vol 922, pag 49
Acuerdo entre Polonia y la Union Sovietica relativo a la utilizacion de los recursos hidraulicos en las aguas fronterizas (Varsovia, 17 de julio de 1964)	Ibid , vol 552, pag 175
Convencion entre la Republica Francesa y la Republica Federal de Alemania sobre el desarrollo del Rin entre Estrasburgo/Khel y Lautembourg/Neuburgweier (Paris, 4 de julio de 1969)	Ibid , vol 760, pag 305
Australia-Paises Bajos acuerdo sobre los antiguos pecios holandeses	Australia, <i>Treaty Series</i> , N ° 18, pag 17
Acuerdo de los rios fronterizos entre Finlandia y Suecia (Estocolmo 15 de diciembre de 1971)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 825, pag 191
Acuerdo de 1973 (Acta N ° 242) de la Comision internacional de Limites y Aguas entre Mexico y Estados Unidos relativo a los problemas de salinidad del rio Colorado (Mexico y Tlatelolco, 30 de agosto de 1973)	Ibid , vol 915, pag 203

- Fuente*
- Acuerdo sobre la intervención de los organismos encargados de luchar contra la contaminación accidental de las aguas por los hidrocarburos u otras sustancias que puedan alterar las aguas y reconocidos como tales en el marco de la Convención franco-suiza de 16 de noviembre de 1962 relativa a la protección de las aguas del lago Léman contra la contaminación (Berna, 5 de mayo de 1977)
- Convenio de 1978 entre el Canadá y los Estados Unidos de América respecto de la calidad del agua de los Grandes Lagos (Ottawa, 22 de noviembre de 1978)
- Acuerdo entre Austria y Checoslovaquia a fin de solucionar algunas cuestiones de interés común en materia de centrales nucleares (Viena, 18 de noviembre de 1982)
- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa relativo a la admisión en puestos fronterizos de personas en situación de estancia ilegal (Madrid, 8 de enero de 1988)
- Ibid., vol. 1080, pág. 155.
- United States Treaties and Other International Agreements, 1978-79*, vol. 30, parte 2.
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1365, pág. 273.
- Boletín Oficial del Estado*, N.º 108, 6 de mayo de 1989.

## ACUERDOS MULTILATERALES

- Fuente*
- Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y de salvamento marítimo (Bruselas, 23 de septiembre de 1910)
- Tratado de Versalles (28 de junio de 1919).
- Convención sobre nacionalidad (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de diciembre de 1966)
- Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)
- Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 14 de mayo de 1954)
- Convención de establecimiento de una organización internacional de metrología legal (París, 12 de octubre de 1955)
- Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)
- Convención Única sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961)
- Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)
- Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua (Moscú, 5 de agosto de 1963)
- Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Washington, 18 de marzo de 1965)
- Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Londres, Moscú y Washington, 27 de enero de 1967)
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)
- G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général des Traités*, 3.ª serie, Leipzig, 1913, t. VII.
- Ibid., 1923, t. XI, págs. 323 y ss.
- Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936*, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938, pág. 454.
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, N.º 243, 10 de octubre de 1979.
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 189, pág. 137.
- Ibid., vol. 249, pág. 293.
- Ibid., vol. 560, pág. 3.
- Ibid., vol. 450, pág. 115.
- Ibid., vol. 520, pág. 167.
- Ibid., vol. 989, pág. 221.
- Ibid., vol. 480, pág. 43, J. M. Ruda, *Instrumentos internacionales*, TEA, Buenos Aires, 1976, pág. 681.
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 575, pág. 206.
- Ibid., vol. 610, pág. 228.
- Ibid., vol. 606, pág. 288.

## Fuente

- Protocolo de modificación de la Convención para unificar ciertas reglas relativas al auxilio y salvamento marítimos firmada en Bruselas el 23 de septiembre de 1910 (Bruselas, 27 de mayo de 1967)
- Convención africana sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales (Argel, 15 de septiembre de 1968)
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)
- Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (París, 14 de noviembre de 1970)
- Convención relativa a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materia civil y comercial (La Haya, 1.º de febrero de 1971)
- Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974)
- Protocolo de modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (Ginebra, 25 de marzo de 1972)
- Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural (París, 16 de noviembre de 1972)
- Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)
- Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)
- Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (Nueva York, 5 de diciembre de 1979)
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)
- Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983)
- Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)
- Convenio sobre delitos relativos a la propiedad cultural (Delphes, 23 de junio de 1985)
- Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Seúl, 11 de octubre de 1985)
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)
- Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987)
- Convención de Salvamento Internacional (Londres, 28 de abril de 1989)
- Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (Dublín, 15 de junio de 1990)
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Cooperación para el Desarrollo de Bélgica, Dirección de Tratados, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles) — Textes*, 1.º de abril de 1982, pág. 127.
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1001, pág. 3.
- Ibid., vol. 1155, pág. 443.
- Ibid., vol. 823, pág. 233.
- Ibid., vol. 1144, pág. 250.
- Naciones Unidas, *Anuario jurídico 1974*, pág. 102.
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 976, pág. 59.
- Ibid., vol. 1037, pág. 163.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, Documentos Oficiales, vol. III, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.79.V.10), pág. 195.
- Doc. E/ECE/1010.
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1363, pág. 3.
- 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.
- Doc. A/CONF.117/14.
- PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Reino Unido), 1991, vol. 2, pág. 301.
- Consejo de Europa, *Série des Traités européens*, N.º 119.
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1508, pág. 99.
- Doc. A/CONF.129/15.
- PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Reino Unido), 1991, vol. 2, pág. 309.
- OMI, 1989.
- Boletín de las Comunidades Europeas*, N.º 6, 1990, pág. 159.

Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes	RGDIP, vol 94, 1990, N° 4, pag 1047 En español, vease <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N° 81, 5 de abril de 1994
Protocolo del Tratado Antártico sobre la Protección del Medio Ambiente (Madrid, 4 de octubre de 1991)	ILM, vol XXX, N° 6, pag 1461
Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (Maastricht, 9 de febrero de 1992)	Consejo de las Comunidades Europeas/Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1992
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	ILM, vol XXXI, N° 4, julio de 1992, pag 851
Convenio sobre la diversidad biológica (Rio de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibid, pag 822

## Introducción

1. En el 44.º período de sesiones (1992) de la Comisión de Derecho Internacional, el Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada de la Comisión estableció un Grupo de Trabajo compuesto por los siguientes miembros: Sr. Derek Bowett (Presidente), Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Mohamed Bennouna, Sr. Peter Kabatsi, Sr. Mochtar Kusuma-Atmadja, Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, Sr. Alain Pellet, Sr. Jiuyong Shi, Sr. Alberto Szekely, Sr. Vladlen Vereshchetin y Sr. Chusei Yamada. El Grupo de Trabajo debía examinar un número limitado de temas cuya inclusión en el programa de trabajo de la Comisión se recomendaría a la Asamblea General<sup>1</sup>.

2. Conforme al procedimiento propuesto por el Grupo de Planificación a recomendación del Grupo de Trabajo, propuesta que mereció subsiguientemente el apoyo de la Comisión, se solicitó que ciertos miembros de la Comisión, con el Sr. Bowett en funciones de coordinador, prepararan breves esquemas o resúmenes explicatorios sobre temas incluidos en una lista preseleccionada. Cada esquema o resumen explicatorio debía indicar:

a) Las principales cuestiones que plantea el tema;

b) Los tratados, principios generales o leyes nacionales aplicables y las resoluciones judiciales correspondientes,

c) La doctrina existente;

d) Las ventajas e inconvenientes de preparar un informe, un estudio o un proyecto de convención si la Comisión decidiese incluir este tema en su programa de trabajo.

3. Los esquemas preparados de conformidad con este procedimiento fueron considerados por el Grupo de Trabajo en el 45.º período de sesiones (1993) de la Comisión.

4. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió, a recomendación del Grupo de Trabajo, que los esquemas se publicasen en un documento oficial de la Comisión de la serie A/CN.4/, que se incluiría posteriormente en el *Anuario* de 1993 de la Comisión. El presente documento ha sido preparado en respuesta a esa decisión. Reproduce los esquemas en orden alfabético de los nombres de sus respectivos autores<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Anuario* 1992, vol II (segunda parte), documento A/47/10, párrs 368 a 370

<sup>2</sup> *Anuario* 1993, vol II (segunda parte), documento A/48/10, párrs 425 a 443



**ESQUEMAS PREPARADOS POR MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE TEMAS SELECCIONADOS DE DERECHO INTERNACIONAL**

**Las condiciones legales de inversión de capital y acuerdos correspondientes,  
por el Sr. Mohamed Bennouna**

1. El último decenio ha visto un empeoramiento del endeudamiento de la mayor parte de los países del tercer mundo, una disminución en las corrientes de inversión Norte-Sur y una plétora de políticas de ayuda y asistencia cuyas consecuencias sobre el desarrollo real de la población han sido insignificantes.

2. El fomento de la inversión extranjera privada y directa en esos países se justifica por las siguientes ventajas:

- a) Logro de financiación a largo plazo;
- b) Infusión de un cierto espíritu de empresa, adquisición de conocimientos técnicos e introducción de nuevas tecnologías;
- c) Ausencia de todo efecto adverso en las balanzas de pagos que ya se encuentran en grave situación de déficit. Los ingresos sólo se repatrian si la operación resulta lucrativa, mientras que, en el caso de los préstamos, debe pagarse el interés fijo independientemente de la rentabilidad.

Sin embargo, un requisito previo para atraer capital privado es la creación de un ambiente de confianza en el que se ofrezcan ciertas garantías al inversionista.

3. En derecho internacional clásico, la cuestión se estudiaba desde el punto de vista del estatuto de los extranjeros y sus propiedades y, por lo tanto, en términos de relaciones entre el lugar de la nacionalidad y la soberanía territorial. Sin embargo, la doctrina jurídica clásica, fuertemente favorable a los países exportadores de capital, daba precedencia a la protección de los «derechos adquiridos» de los extranjeros sobre las prerrogativas del Estado territorial.

4. Los ataques a esa doctrina por parte de países del tercer mundo durante el decenio de 1960 llevaron a la conclusión de un número considerable de acuerdos bilaterales para regir el estatuto de la inversión extranjera. El desarrollo y la complejidad de las relaciones económicas internacionales también coadyuvaron al surgimiento de la necesidad de un nuevo régimen jurídico.

5. Como señala Jean Pierre Laviee:

[ ] el concepto de inversión no tiene equivalente en ninguna categoría concreta del derecho privado. Mantiene un aspecto genérico y una dimensión funcional [ ] Frecuentemente, una operación de inversión se realiza mediante una serie de actos legales que, tomados en conjunto, constituyen tal inversión, si cada uno de esos actos se considerara aisladamente, algunos de ellos podrían no ser considerados como tal<sup>1</sup>

Esta cuestión ya había sido tratada por un tribunal arbitral en el caso *Holiday Inn/Occidental Petroleum v. Government of Morocco* (el primer laudo dictado en 1975 por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del Banco Mundial)<sup>2</sup>.

6. Sigue siendo cierto que lo que caracteriza a la inversión directa es el hecho de que el extranjero controle la operación final. Así, el vínculo incondicional de la nacionalidad ya no es suficiente para determinar la naturaleza nacional o extranjera de una inversión; debe aplicarse siempre el criterio del control.

7. Además, el fenómeno de las empresas transnacionales complicará la acción mutua de estos criterios y la determinación de la nacionalidad de una inversión. Una empresa transnacional consta de una serie de empresas privadas, sujetas a diversas soberanías territoriales y unidas por una estrategia común establecida por la empresa matriz.

8. En ausencia de cualquier codificación legal o de una definición precisa y generalmente aceptada, el criterio del control, al igual que el concepto de empresa transnacional, es una determinación *de facto* basada en la evaluación de la situación económica real.

9. El estatuto jurídico de una inversión extranjera debe investigarse en el derecho interno (códigos nacionales de inversión) y también en derecho internacional, examinando la jurisprudencia internacional, los acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales y la práctica consuetudinaria internacional.

#### 1. LEGISLACION NACIONAL

10. La legislación nacional está destinada a regir la inversión en el territorio nacional; en algunos países está consolidada en códigos; en otros se halla dispersa entre varios ámbitos pertinentes del derecho local (mercantil, financiero, social, etc.). Tal legislación puede consolidarse en un solo código aplicable a todas las inversiones o adoptar la forma de códigos sectoriales para distintos sectores económicos.

11. La legislación nacional expone las condiciones de aceptabilidad de la inversión extranjera (aprobación previa, procedimiento contractual), si se requiere o no que esté asociada con el capital local, las ventajas concretas concedidas (beneficios fiscales, aduaneros, etc.), las garantías y procedimientos legales para el arreglo de controversias. En la mayor parte de los casos, la legislación

<sup>1</sup> *Protection et promotion des investissements—Etude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, pag 25

<sup>2</sup> Véase Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1976* (Nº de venta S 78 V 5), pag 120 y 121

se refiere a procedimientos establecidos en virtud de acuerdos internacionales<sup>3</sup>.

12. En cualquier intento de codificación sería útil enumerar los principios jurídicos amplios establecidos en la legislación nacional con respecto a la protección de la inversión extranjera (tales como los principios de no discriminación y de tratamiento nacional).

## 2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

13. El análisis de la jurisprudencia internacional ayuda a la hora de definir el lugar que ocupa el derecho internacional general en esta materia. Dos asuntos sometidos a la Corte Internacional de Justicia (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* y *Elettronica Sicula S.p.A.*) pueden servir de ejemplo.

14. En el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company*<sup>4</sup>, la Corte destacó que, con respecto a los actos ilegales dirigidos contra una compañía de capital extranjero, la norma general de derecho internacional consistía en que sólo el Estado nacional de dicha compañía podía ejercer la acción (la compañía en cuestión era de nacionalidad canadiense, la mayoría de sus accionistas eran belgas y realizaba sus operaciones en España). En estas circunstancias, al margen de estipulaciones en convenciones, la cuestión de la protección de los accionistas sigue sin resolver. La Corte admitió, sin embargo, dos excepciones que permiten interponer una demanda a los nacionales del Estado de los accionistas:

- a) Cuando la compañía haya dejado de existir; o
- b) Cuando el Estado nacional de la compañía no tenga autorización para actuar en nombre de la compañía.

Por último, la Corte no examinó el caso en que el Estado cuya responsabilidad se debate es, al mismo tiempo, Estado nacional de la sociedad (aun cuando los accionistas sean extranjeros). Se solicitó a la Corte que considerara esta cuestión en 1989.

15. En el segundo asunto, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*<sup>5</sup> (*États-Unis c. Italie*), el Estado nacional de la sociedad es Italia. Italia es también el Estado que ha cometido los actos ilegales citados en la demanda y los accionistas son de nacionalidad estadounidense.

16. Si bien la Corte<sup>6</sup> desestimó la demanda de los Estados Unidos basándose en su interpretación de un tratado entre los dos países, parece dejar abierta la posibilidad de que un Estado aplique protección diplomática a los nacionales accionistas de dicho Estado, por lo menos cuando la sociedad extranjera tenga la nacionalidad del Estado demandado. En consecuencia se plantea la cuestión de si la Corte dejó de tener en cuenta la tendencia, visible en un gran número de acuerdos bilaterales, a la protección de los accionistas y el debido respeto al criterio del control.

<sup>3</sup> Este es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de conciliación y arbitraje del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

<sup>4</sup> Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3

<sup>5</sup> Fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15

<sup>6</sup> Esta controversia fue decidida en una Sala de la Corte

## 3. ACUERDOS BILATERALES

17. Los acuerdos bilaterales para la promoción y protección de la inversión han aparecido sólo en los últimos 30 años.

18. A raíz de la descolonización y de los desafíos al derecho consuetudinario, los países industrializados han buscado otros mecanismos para proteger a sus nacionales en el extranjero.

19. Los acuerdos presentan gran semejanza por basarse en prototipos ideados por los países industrializados exportadores de capital. De ello se desprende que este régimen jurídico entraña esencialmente relaciones Norte-Sur.

20. En 1987 se contaban 265 tratados bilaterales para la promoción y la protección de la inversión<sup>7</sup>. La mayoría de estos acuerdos se refieren al criterio del control, según el cual la inversión debe ser de propiedad o control de un nacional o de una sociedad de una de las partes. La persona jurídica protegida se define como una sociedad en la que, o bien personas físicas nacionales de un Estado, o bien ese Estado mismo, sus organismos o sus agentes, tienen interés considerable. Estos acuerdos repiten un cierto número de normas consuetudinarias relativas al tratamiento de los extranjeros: a) no discriminación; b) tratamiento imparcial y equitativo; y c) cláusula de la nación más favorecida. También incluyen procedimientos detallados para el arreglo de controversias.

## 4. ACUERDOS MULTILATERALES

21. En este sentido son particularmente dignos de nota dos convenios. Uno de ellos es el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. En virtud del Convenio, un Estado, a cambio de la renuncia del Estado nacional a protección diplomática, permite a sus nacionales que recurran a conciliación y arbitraje con el Estado receptor de la inversión.

22. Este Convenio permite internacionalizar la relación entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión; define la inversión y autoriza el recurso al criterio del control. Si bien no podemos entrar en un análisis detallado en este momento de la jurisprudencia arbitral que ha generado, contiene elementos de juicio que se encuentran en el derecho internacional general.

23. El otro es el Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI). Este Convenio establece un Organismo que asegura al inversionista extranjero y también contiene varias normas sustantivas que definen inversión e inversionista (criterio del control). El seguro depende de que el Estado receptor proporcione garantías jurídicas mínimas.

<sup>7</sup> Véase el estudio del Centro de las Empresas Transnacionales, de las Naciones Unidas, *Bilateral Investment Treaties*, 1988 (ST/CTC/65), primera parte, parr. 15

## 5. COSTUMBRE INTERNACIONAL

24. En este ámbito la costumbre se ha centrado tradicionalmente en torno a la obligación del país receptor de respetar una norma mínima en el tratamiento dado al inversionista extranjero. En caso de violación de dicha obligación, el Estado es responsable. Los principios de no discriminación y tratamiento nacional proceden de esta norma mínima.

25. Los Estados del tercer mundo han impugnado esta costumbre, alegando que proporciona protección absoluta a «los derechos adquiridos» de los inversionistas extranjeros y limita las prerrogativas del Estado receptor de la inversión con respecto al ordenamiento de los recursos naturales y las actividades económicas en su territorio (principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Véanse Samuel K. B. Asante, «Droit international et investissements» en *Droit international—Bilan et perspectives*, Bedjaoui, ed (Paris, Pedone, 1991, t 2, cap XXXI, pags 711 y ss ), y Georges Abi-Saab, «La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques», *ibid*, cap XXVII, pags 640 y ss

## 6. CONCLUSIONES

26. Hasta la fecha no ha sido posible adoptar ni un régimen multilateral para la protección de las inversiones ni un código de conducta de las empresas transnacionales. Con lo que sí contamos es con un gran número de acuerdos bilaterales y multilaterales que se ocupan de algunos aspectos del régimen jurídico de las inversiones. Del mismo modo, no existe amplia jurisprudencia internacional de la que se puedan extraer los temas principales en la evolución del derecho internacional general.

27. Además, la proliferación de las economías de mercado y del liberalismo económico es una razón adicional para estudiar todos estos instrumentos legales y la jurisprudencia con objeto de determinar si existen principios comunes que reflejen una opinión jurídica universal y, por lo tanto, que sean elegibles para codificación.

28. Esta codificación podría adoptar la forma de convención multilateral general que permitiera corregir los actuales desequilibrios de los acuerdos bilaterales impuestos por una de las partes. Tal convención podría contribuir notablemente a la reglamentación de las relaciones Norte-Sur en el campo vital de las inversiones.

## Propiedad y protección de los pecios mas allá de los límites de la jurisdicción marítima nacional, por el Sr. Derek William Bowett

### INTRODUCCION

1. Los adelantos en ciencia y tecnología de la exploración submarina han facilitado el descubrimiento y recuperación de pecios de naufragios y sus cargamentos.

2. Entre los intereses contradictorios que se presentan en este tema se cuentan: a) los deportivos y recreativos (los «aficionados»); b) los económicos (cargamento valioso); c) los gubernamentales (razones de seguridad, patrimonio nacional, etc.); y d) los científicos (la investigación científica marina).

#### 1. DEFINICION DE «PECIO»

3. A fines de derecho de salvamento la definición legal se concentra en el concepto de nave «en peligro» y el derecho de salvamento presume que hay un propietario y que el salvador tiene derecho a una recompensa del propietario cuando se haga efectivo el salvamento.

4. Por otra parte hay considerable incertidumbre acerca de que un «pecio» esté sujeto a salvamento por encontrarse «en peligro». Pertinentes para el estudio de esta cuestión son los siguientes asuntos federales en los Estados Unidos: *Treasure Salvors Inc. v. The Unidentified*

*Wrecked and Abandoned Sailing Vessel<sup>1</sup>, Platoro Limited Inc. v. The Unidentified Remains of a Vessel<sup>2</sup> y Hener v. United States of America<sup>3</sup>.*

5. Además, el Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y de salvamento marítimo, el Protocolo de 1967 a la Convención de Bruselas y la Convención de Salvamento Internacional de la Organización Marítima Internacional también son pertinentes para el estudio. (Estas convenciones no resuelven la cuestión, sino que la dejan en manos de la legislación nacional.)

#### 2. JURISDICCION DEL ESTADO RIBEREÑO

6. La jurisdicción del Estado ribereño puede adoptar varias formas, entre las que se cuentan:

a) La facultad de remover pecios en interés de la seguridad de la navegación;

b) La jurisdicción para entender en acciones de salvamento;

<sup>1</sup> *Federal Reporter*, Second Series, vol 569 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 13 de marzo de 1978), pags 330 y ss

<sup>2</sup> *Federal Supplement*, vol 518 (United States District Court, W D Texas, Austin Division, 6 de mayo de 1981), pags 816 y ss

<sup>3</sup> *Ibid*, vol 525 (United States District Court, S D New York, 15 de octubre de 1981), pags 350 y ss

c) La jurisdicción para «proteger» el pecio y regular el acceso al lugar del naufragio;

d) La jurisdicción para entender en acciones sobre la propiedad del pecio y/o de su cargamento.

7. En principio, las cuestiones incluidas en *a* y *b* se limitan a aguas interiores y territoriales<sup>4</sup>.

8. Sin embargo, en relación con los objetos arqueológicos y los de origen histórico encontrados en el mar, en el párrafo 2 del artículo 303 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se dispone que:

A fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de las zonas a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo

Así pues, hay jurisdicción adicional en la zona contigua.

9. Las zonas de la plataforma continental y/o de la zona económica exclusiva y el alta mar más allá de los límites de la jurisdicción nacional siguen sujetas a gran incertidumbre en este aspecto y es claro que la Convención no ha establecido régimen general alguno que se pueda hacer extensivo a los pecios.

a) *La plataforma continental y/o la zona económica exclusiva*

10. Pese a los esfuerzos de algunos Estados, en particular Grecia, por extender la jurisdicción del Estado ribereño para que incluyera los pecios de interés arqueológico e histórico dentro de las 200 millas, la mayoría se opuso a esos intentos de ampliación de la jurisdicción del Estado ribereño a recursos distintos de los recursos «naturales». Pero hay alguna práctica de los Estados que apoya esa facultad (véanse párrs. 21 y 22 *infra*) y el deber más limitado de protección de los objetos arqueológicos e históricos (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 303, párrafo 1) ciertamente se extiende a esas zonas.

11. Por otra parte, Australia y Papua Nueva Guinea, en un acuerdo de fronteras marítimas de 1978, presumieron, en su artículo 9, una jurisdicción general sobre los pecios dentro de su jurisdicción del fondo marino. Y Australia cuenta con legislación en ese sentido en la Historic Shipwrecks Act (Ley de pecios históricos) de 1976<sup>5</sup>.

b) *La alta mar más allá de la jurisdicción nacional*

12. Tampoco existe en este aspecto un régimen general sobre la alta mar más allá de la jurisdicción nacional, pero en el artículo 149 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar figura una disposición especial que trata de los objetos arqueológicos históricos:

Todos los objetos de carácter arqueológico o histórico hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferen-

<sup>4</sup> Véase Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, United States Government Printing Office, Washington (D C), 1965, vol 4, págs 4 y 5

<sup>5</sup> *Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia*, N° 190, pag 1596

tes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico

13. Sin embargo, el hecho de que no se haya establecido la Autoridad de los Fondos Marinos significa que esta disposición queda, en buena medida, desprovista de contenido y que no existe autoridad alguna con poder claro para proteger los pecios y regular su disposición en las zonas más allá de la jurisdicción nacional, por lo menos en los casos en que se ha hecho abandono de la propiedad<sup>6</sup>.

3. LA CUESTION DE LA PROPIEDAD O EL TITULO

14. Existen varias cuestiones respecto a la propiedad o el título:

a) ¿Hay criterios acordados para determinar si la propiedad ha sido mantenida o abandonada, de modo que los pecios sean *res derelicta*?

b) ¿Qué derecho proporciona esos criterios? (Las opciones son la ley del Estado ribereño, la ley del pabellón, la ley de la nacionalidad de los propietarios o la ley del Estado ante cuyos tribunales deba fallarse la cuestión.)

c) Transcurrido algún tiempo los pecios pueden perder su registro de pabellón y, por lo tanto, de nacionalidad en virtud del derecho de algunos Estados, quedando así «desabanderados»; pero esto no afecta a la propiedad.

d) ¿Trata adecuadamente el derecho de sucesión de los Estados de los problemas de un navío propiedad del Estado cuando dicho Estado ha desaparecido (por ejemplo los navíos de Troya y Cartago)?

e) ¿Están ciertas categorías de naves sujetas a reglas especiales?

a) *Naves de guerra, aeronaves militares y otras naves de propiedad del Estado de usos no mercantiles*

15. La práctica actual indica que hay una presunción en contra del abandono del título sobre esas naves y que se requiere un acto explícito de transferencia o abandono. La razón de esta opinión radica, en parte, en las implicaciones de seguridad que entraña el hecho de que la nave o aeronave caiga en poder de personas no autorizadas y, en parte, en el deseo de conservar los pecios intactos como «cementeros de guerra»<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Véase Anastasia Strati, «Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind», *International and Comparative Law Quarterly*, vol 40, 4ª parte, 1991, págs 859 y ss

<sup>7</sup> Véase Memorando del Departamento de Estado de los Estados Unidos [Marian Lloyd Nash, *Digest of United States Practice in the International Law*, Washington (D C), 1980, pag 1005], Michael G Collins, «The salvage of sunken military vessels», *The International Lawyer*, vol 10, N° 4, 1976, pag 681, Alfred P Rubin «Sunken Soviet submarines and central intelligence Laws of property and the Agency», *AJIL*, vol 69, N° 4, 1975, pag 855, Fredric A Eustis III, «The Glomar Explorer incident Implications for the law of salvage», *Virginia Journal of International Law*, vol 16, N° 1, 1975, pag 177. *Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of*

b) *Pecios de interés arqueológico o histórico*

16. El intento de algunos Estados de introducir un régimen especial para tales pecios en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fracasó, pero la Convención contiene algunas disposiciones de alcance limitado en el artículo 149 (citado en el párrafo 12 *supra*) y en el artículo 303. En los párrafos 1 y 3 de dicho artículo se dispone que:

1 Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto

[ ]

3 Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas de derecho marítimo o a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales

17. Es difícil deducir de lo anterior un deber general de protección que utilice los poderes legislativo, administrativo y judicial más allá de la zona contigua. Así pues, más allá de dicha zona, la cuestión fundamental es: ¿quién protege tales pecios? Se plantean también otras cuestiones concomitantes sobre la propiedad y la disposición del pecio y su cargamento. Algunos Estados, como Grecia, han abogado por un derecho de propiedad latente atribuido al Estado a cuyo patrimonio cultural pertenece la nave.

18. Por ser pertinentes para este tema se hace referencia a algunos artículos sobre esta materia<sup>8</sup>.

19. Además, hay un cierto número de convenciones de la UNESCO que se ocupan del patrimonio cultural, a saber, la Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, y la Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. Pero en ninguna de ellas se trata explícitamente de pecios y es de presumir que las obligaciones impuestas a los Estados no se aplicarán más allá del mar territorial.

20. Por su parte, el Consejo de Europa cuenta con el Convenio sobre delitos relativos a la propiedad cultural (1985), que, análogamente, no se extiende más allá del

*Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of South Africa concerning the regulation of the terms of settlement of the salvaging of the wreck of the HMS Birkenhead, United Kingdom Treaty Series, N° 3, 1990, Protection of Military Remains Act 1986 (cap 35), Current Law Year Book 1986, Statutes and orders, parr 130, y J Ashley Roach, «France concedes United States has title to the CSS Alabama», AJIL, vol 85, N° 2, 1991, pag 381*

<sup>8</sup> Véase Anthony Clark Arend, «Archaeological and historical objects: The international and legal implications of UNCLOS III», *Virginia Journal of International Law*, vol 22, N° 4, 1982, pag 777, Jean-Pierre Beumer, «Pour un droit international de l'archéologie sous-marine», *RGDIP*, vol 93, 1989, pag 45, Lucius Caffish, «Submarine Antiquities and the International Law of the Sea», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol XIII, 1982, pag 3, John P Fry, «The Treasure Below: Jurisdiction over salvaging operations in international waters», *Columbia Law Review*, vol 88, N° 4, 1988, pag 863, Bruce E Alexander, «Treasure salvage beyond the territorial sea: An assessment and recommendations», *Journal of Maritime Law and Commerce*,

mar territorial; y, más cerca de nuestro tema, existe un proyecto de convenio sobre el patrimonio cultural subacuático, redactado después del Informe Prott<sup>9</sup>.

21. Sin embargo, hay poca legislación concreta. Entre las excepciones se cuentan:

a) Australia: Historic Shipwrecks Act (ley de pecios históricos de 1976)<sup>10</sup>; y

b) Estados Unidos de América: R.M.S. Titanic Maritime Memorial Act de 1986<sup>11</sup> y la Abandoned Shipwrecks Act de 1987<sup>12</sup> (que esencialmente regula los poderes distribuidos entre las autoridades de los distintos Estados y las Federales en aguas de los Estados Unidos y establece un registro de pecios).

22. Además, hay pocos tratados. Las excepciones conocidas incluyen:

a) Un acuerdo entre Australia y los Países Bajos que se refiere a antiguos pecios holandeses;

b) Un acuerdo entre Australia y Papua Nueva Guinea sobre delimitación de fronteras marítimas, de 1978, en cuyo artículo 9 se confiere jurisdicción sobre los pecios que se hallen dentro de la zona de jurisdicción del fondo marino y se obliga a las partes a celebrar consultas acerca de los pecios históricos, pero se excluyen los naufragios de naves de guerra de ambas partes ocurridos después de la fecha del acuerdo.

## 4. DISPOSICION DE LAS NAVES RECUPERADAS O DE OBJETOS ENCONTRADOS EN ELLAS

23. En el supuesto de que el acceso al lugar sea legal, cabe plantearse la cuestión de si el «descubridor» adquiere título, con lo cual se suscitan diversas preguntas:

a) ¿Qué tribunales tienen jurisdicción para fallar en controversias sobre el título? (Si se diera a los Estados ribereños esta jurisdicción hasta 200 millas, la mayoría de los casos quedarían cubiertos. La mayor parte de los pecios se encuentra a esa distancia de la costa, ya que, tradicionalmente, las rutas comerciales han seguido en lo posible la costa y los naufragios han ocurrido cuando la meteorología o los errores de navegación han forzado a una nave a acercarse demasiado a la costa.)

b) ¿Deberían tener ciertos Estados derechos prioritarios, o preferentes, para prohibir la venta del pecio y su contenido o para comprarlos?

vol 20, N° 1, 1989, pag 1, y Lyndell V Prott y P J O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, Londres, Butterworths, 1984

<sup>9</sup> Lyndell V Prott y P J O'Keefe, «Final report on legal protection of the underwater cultural heritage», *Le patrimoine culturel sous-marin*, Consejo de Europa, 1978, apéndice II, pag 45

<sup>10</sup> Véase nota 6 *supra*

<sup>11</sup> *United States Code Congressional and Administrative News*, 99th Congress, Second Session, 1986, vol 2, pag 2082

<sup>12</sup> *United States Code*, 1994 ed., vol 24, título 43, parr 2101

### *Jus cogens*, por el Sr. Andreas Jacovides

1. Uno de los temas propuestos para su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión es el del *jus cogens*, o normas imperativas del derecho internacional, de las que ningún Estado puede apartarse por convenio o de cualquier otro modo. Incorporado por primera vez en el derecho internacional por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en 1969 (denominada en lo sucesivo Convención de Viena de 1969), el *jus cogens* cuenta con antecedentes históricos considerables y ha sido precedido por importantes trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión de la Asamblea General<sup>1</sup>. También puede encontrarse material importante en los documentos oficiales de la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados<sup>2</sup> relativos a los artículos 53, 64 y 66.

2. En casi un cuarto de siglo desde la aprobación de la Convención no han surgido normas autorizadas para determinar el contenido legal exacto del *jus cogens* o el proceso mediante el cual las normas jurídicas internacionales pueden alcanzar la calidad de imperativas. Si bien el *jus cogens* ha suscitado frecuentes referencias en debates de las Naciones Unidas, incluso en el Consejo de Seguridad, siendo tema de profundos estudios por parte de eruditos, de citas en procedimientos de sociedades académicas y de alusiones en la Corte Internacional de Justicia, y si bien suele aparecer como referencia en los debates y documentos de la Comisión de Derecho Internacional (en particular en relación con los temas de la responsabilidad de los Estados y del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad), no existe declaración definitiva de cuáles son las normas imperativas o dónde puedan encontrarse. Se suele decir, correctamente, que el principio de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas es *jus cogens*<sup>3</sup>. Sin duda otros principios y normas de derecho internacional pueden aspirar a la misma condición. Evidentemente hay que definir los parámetros exactos de qué se entiende por el concepto de *jus cogens*, puesto que la situación actual no puede llevar a la objetividad, transparencia y predecibilidad que deben caracterizar a un principio, sobre todo a uno aceptado solemnemente no sólo en la memorable Convención de Viena de 1969, sino también, de modo idéntico, en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (denominada en lo sucesivo Convención de Viena de 1986).

<sup>1</sup> Véase el artículo del Sr. Jacovides titulado «Los tratados en conflicto con normas imperativas de derecho internacional y los “Acuerdos” de Zurich-Londres», que figura en el anexo

<sup>2</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer periodo de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 68 V 7), *ibid.*, segundo periodo de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969 (N.º de venta S 70 V 6); e *ibid.*, primero y segundo periodo de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969 (N.º de venta S 70 V 5), documento A/CONF 39/11 y Add 1 y 2

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, *Anuario 1992*, vol II (segunda parte), documento A/47/10, párr 227

3. Tal como existe en la actualidad, el *jus cogens* puede significar mucho para unos y muy poco para otros. La selección de temas para su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional brinda la oportunidad de que un grupo de expertos altamente cualificado y autorizado (al que ante todo se debe la codificación del concepto) estudie el tema con miras al establecimiento de qué normas de derecho internacional son en verdad imperativas. Conforme a las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional, los Estados dispondrían de la oportunidad, mediante su representante en la Sexta Comisión y sus comentarios escritos, de expresar sus opiniones, llevando así adelante el proceso de dar significado exacto al *jus cogens* y colmando el vacío jurídico que rodea al concepto. Por ello, se supone que el tema merece un lugar en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión a fines de estudio y preparación de un informe. Se presentó en este sentido una propuesta a la Sexta Comisión en el cuadragésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General, propuesta que fue reiterada en el cuadragésimo séptimo periodo de sesiones<sup>4</sup>. El siguiente texto es un intento de exponer más analíticamente las cuestiones en juego con objeto de facilitar el examen de esta propuesta del Sr. Derek Bowett y los demás miembros de la Comisión.

4. El concepto de *jus cogens* suscita un cierto número de cuestiones medulares del derecho internacional público<sup>5</sup>. Estas cuestiones pueden organizarse bajo dos epígrafes fundamentales: el efecto del *jus cogens* en la jurisprudencia internacional y la naturaleza del propio *jus cogens*. La doctrina existente sobre el tema se expresa con respecto al primero de estos ámbitos con mucho mayor claridad que con respecto al segundo. El régimen de *jus cogens* creado por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados representa la convalidación moderna de un precepto importante y bien establecido del derecho internacional tradicional<sup>6</sup>. Indica, además, que los tratados no sólo pueden invalidarse en virtud de las condiciones en que se concertaron, sino también cuando

<sup>4</sup> Véanse «Resumen por temas preparado por la Secretaria de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General» (A/CN 4/L 469), párr 411, y declaración del representante de Chipre en la Sexta Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto periodo de sesiones, Sexta Comisión, 23.ª sesión*, párrs 71 a 90, y 21.ª sesión, párrs 82 a 96)

<sup>5</sup> Para estudios amplos y detallados del tema, véanse Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Viena, Nueva York, Springer-Verlag, 1974, Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1976, Antonio Gomez Robledo, «Le *jus cogens* international — Sa genese, sa nature, ses fonctions », *Recueil des cours 1981-III*, pag 9; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesluoto Kustannus, 1988, y Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, Duncker y Humblot, 1992

<sup>6</sup> Véase en el anexo un resumen breve de los antecedentes legales e intelectuales del *jus cogens*. Puede verse también un estudio más detallado del desarrollo contemporáneo del concepto antes de la Convención de Viena en Erik Suy, «The concept of *jus cogens* in international law», en Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi (Grecia), 3-8 de abril de 1996, *Papers and Proceedings*, vol 2, 1967, págs 26 a 49

infrinjan principios jurídicos trascendentales del sistema internacional. En consecuencia, el *jus cogens* choca directamente con la libertad consuetudinaria de los Estados de formular acuerdos según lo crean conveniente. Por otra parte, tratados concertados válidamente pueden quedar invalidados por el simple hecho de regir un objeto particular de manera impermisible conforme a principios más elevados del derecho internacional.

5. Conforme a las Convenciones de Viena, las normas imperativas invalidan necesariamente todos los tratados subsiguientes e incompatibles *ab initio*. En caso de que entren en conflicto con tratados anteriores, estos tratados se convierten en nulos y terminan desde ese momento en adelante<sup>7</sup>. Las disposiciones pertinentes dicen lo siguiente:

Artículo 53

*Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)*

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

[ ]

Artículo 64

*Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)*

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que este en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará<sup>8</sup>

6. Puesto que las normas imperativas son, por definición, inderogables, sólo pueden ser invalidadas por otras normas posteriores del mismo carácter. Las reservas impuestas por el *jus cogens* a las facultades de concertar tratados de los Estados son, por lo tanto, absolutas. Además, al identificar las normas imperativas como parte integrante del derecho internacional el artículo 53 de la Convención de Viena indica firmemente que el *jus cogens* trasciende del derecho de los tratados y se aplica más ampliamente a toda la gama de práctica de los Estados<sup>9</sup>. En resumen, la Convención de Viena coloca firmemente al *jus cogens* en el pináculo conceptual del derecho internacional.

<sup>7</sup> Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no contemplan una *actio popularis* en virtud de la cual terceros podrían impugnar la congruencia de un tratado determinado recurriendo al *jus cogens*. Mas bien sólo las partes en el tratado en cuestión tienen el derecho de oponerse a él con fundamentos imperativos. Las controversias entre las partes en un tratado determinado sobre la compatibilidad de ese tratado con una norma de *jus cogens* deben resolverse, primero, mediante negociación y, en su defecto, mediante arbitraje o fallo judicial (veanse los artículos 65 y 66 comunes a ambas Convenciones)

<sup>8</sup> Las mismas disposiciones figuran en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986

<sup>9</sup> Véase también el artículo 29 del proyecto de artículos de la Comisión sobre responsabilidad de los Estados (primera parte) que declara que los Estados que actúen en violación de una norma imperativa de derecho internacional no pueden ser eximidos de responsabilidad [*Anuario 1980*, vol II (segunda parte), pag 32]

7. Por muy clara que sea la situación jurisprudencial del *jus cogens*, las Convenciones de Viena no se refieren adecuadamente al segundo aspecto más fundamental, es decir a la naturaleza de las normas imperativas. En su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional decidió «dejar que se elabore todo el contenido de esta regla en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales»<sup>10</sup>. Lamentablemente, la esperada elaboración no se ha hecho patente<sup>11</sup>. Aunque el concepto sea parte sólida del derecho internacional, hasta la fecha la Corte Internacional de Justicia ha evitado fundamentar de modo decisivo cualquiera de sus fallos en un principio de *jus cogens*. Cabe aducir que, a la espera de nuevas orientaciones, la Corte se ha limitado a tomar nota con simpatía de varios asertos de que ciertas normas tal vez constituyan *jus cogens*, pero basando sus conclusiones en otros fundamentos<sup>12</sup>. En cuanto a la práctica de los Estados, pese al apoyo casi unánime de la comunidad internacional al *jus cogens*, la predicción de un delegado en la Conferencia de Viena de que «lo que es *jus cogens* para un Estado no lo será necesariamente para otro» ha resultado en buena parte correcta<sup>13</sup>.

8. Entre las cuestiones no resueltas y más centrales del *jus cogens* se encuentran las siguientes: ¿Por qué medios una norma de derecho internacional llega a alcanzar el nivel de *jus cogens*? ¿Cómo se puede distinguir tal norma de otros principios más ordinarios del derecho internacional? ¿Cómo puede una norma imperativa llegar a sustituir a otra? ¿Cuáles son los posibles candidatos a *jus cogens* en nuestros días? En suma, la notable falta de certidumbre que prevalece en estas y otras cuestiones ha impedido la utilización efectiva del *jus cogens* en la jurisprudencia internacional contemporánea. Como lugar de nacimiento del *jus cogens* en el derecho internacional codificado, la Comisión de Derecho Internacional, juntamente con la Sexta Comisión, ofrece un foro excelente y altamente calificado para aclarar autorizadamente estas ambigüedades<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> *Anuario 1963*, vol II, pag 61, comentario al artículo 13, párr 3 *in fine*

<sup>11</sup> Véase una crítica breve y excelente del estado actual, un tanto desenfocado, de la jurisprudencia de *jus cogens*, en Anthony D'Amato, «It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*!», *Connecticut Journal of International Law*, vol 6, N° 1, 1990, pag 1

<sup>12</sup> En el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua contra el Estado de Nicaragua* (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*), por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia invocó el argumento frecuentemente repetido de que la prohibición del uso de la fuerza contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas constituye *jus cogens* en apoyo de su tesis de que el mismo principio existe en derecho consuetudinario [*CJIJ Recueil 1986*, pag 100, párr 190; Gordon A. Christenson, «The World Court and *jus cogens*», en «Appraisals of the ICJ's decision *Nicaragua v. United States (Merits)*», *AJIL*, vol 81, N° 1, 1987, pag 93]. Desde luego, varios magistrados de la Corte han incluido ocasionalmente declaraciones más audaces en apoyo del *jus cogens* en opiniones separadas o disidentes, pero evidentemente no cabe decir de ellos que representen a la Corte en conjunto. Véase Sztucki, *op cit*, págs 12 a 22, e Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed., Manchester University Press, 1984, págs 209 a 215

<sup>13</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer periodo de sesiones* (vease nota 2 *supra*), pag 337, párr 64

<sup>14</sup> La Comisión de Derecho Internacional introdujo el *jus cogens* en el derecho internacional codificado en el artículo 15 del primer informe sobre el derecho de los tratados de Sir Hersch Lauterpacht (vease Docu-

9. En el primer plano de la incertidumbre se encuentran las cuestiones emparentadas de cómo alcanzan las normas jurídicas ordinarias la condición de imperativas y qué calidades las separan del resto del derecho internacional. Los comentarios de la Comisión al proyecto de artículos de 1963 sobre el derecho de los tratados apenas sirven de guía<sup>15</sup>. Sin embargo, de las observaciones de Sir Humphrey Waldock en la Conferencia de Viena y del texto de la Convención de Viena cabe deducir el germen de una prueba. En palabras de Sir Humphrey, la Comisión de Derecho Internacional «ha planteado la cuestión del *jus cogens* situándose mucho más en el plano del derecho positivo que en el del derecho natural»<sup>16</sup>. A tal fin, el artículo 53 supone un requisito consensual de aceptación y reconocimiento por «la comunidad internacional de Estados en conjunto» antes de que una posible norma imperativa llegue realmente a convertirse en *jus cogens*. Lo que no sigue estando claro en esta formulación, sin embargo, es la forma precisa que debe adoptar este consenso y si tiene o no la capacidad de imponer obligaciones *erga omnes* a los Estados que disientan.

10. La frase «la comunidad internacional de Estados en su conjunto» se ha interpretado por lo general en la práctica en el sentido de algo menos que absoluta unanimidad. Por ejemplo, en 1976 la Comisión de Derecho Internacional sugirió que la aceptación y reconocimiento «por todos los componentes esenciales de la comunidad internacional» eran suficientes para elevar la violación de una obligación a la categoría de crimen internacional<sup>17</sup>. Según esta fórmula, el disentimiento de un Estado, o incluso de un pequeño grupo de Estados, independientemente de lo poderosos que fueran, podría bloquear la formación de una nueva norma imperativa. Análogamente y sin tantos rodeos, el Presidente del Comité de Redacción de la Conferencia de Viena, Sr. Mustafa K. Yasseen, declaró que

(Continuación de la nota 14)

mentos Oficiales de la Asamblea General, octavo período de sesiones, documento A/CN.4/63, secc. III) Para el debate sobre la genesis y evolución del *jus cogens* en la Comisión, veanse V. Nageswar Rao, «*Jus cogens* and the Vienna Convention on the Law of Treaties», *The Indian Journal of International Law*, vol. 14, 1974, pag. 362, y Egon Schwelb, «Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the International Law Commission», *AJIL*, vol. 61, 1967, pag. 946

El lenguaje del *jus cogens* sigue invadiendo la labor de la Comisión incluso hoy en día. El artículo 19 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, por ejemplo, define los crímenes internacionales en términos de violación de una obligación «esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional» (parr. 2) [*Anuario* 1980, vol. II (segunda parte), pag. 31]. Durante el debate sobre el proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, un miembro de la Comisión sugirió que se estableciera la propuesta universalidad del código diciendo que «el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una violación de las normas reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario» (*Anuario* 1987, vol. I, 1993<sup>a</sup> sesión, parr. 39)

<sup>15</sup> Conforme al párrafo 2 del comentario al artículo 13 del proyecto de artículos, por ejemplo, no hay un criterio generalmente aceptado para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens* (*Anuario* 1963, vol. II, pag. 61)

<sup>16</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (vease nota 2 *supra*), pag. 362

<sup>17</sup> *Anuario* 1976, vol. II (segunda parte), pag. 118, parr. 61 del comentario al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Roberto Ago expresó una opinión semejante en «*Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*», *Recueil des cours* 1971-III, pags. 296 y ss., en especial pag. 323

«no se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia [...]»<sup>18</sup>.

11. Otros miembros, en cambio, han aducido que permitir que las mayorías obligaran a los Estados disconformes se opondría a principios ya bien establecidos del derecho internacional<sup>19</sup>. El representante de Francia en la Conferencia de Viena expresó el parecer de que si se iba a interpretar el artículo 50 en el sentido de que una mayoría puede instituir normas imperativas válidas *erga omnes*, se crearía un legislador internacional sin control y sin responsabilidad<sup>20</sup>. Este alegato encuentra apoyo tanto en la doctrina judicial como en la práctica de los Estados. La opinión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États Unis d'Amérique*) mantiene, por ejemplo, que en derecho internacional no hay más normas que las que hayan aceptado los Estados interesados<sup>21</sup>. Además, el intento de muchos países en desarrollo, en la Asamblea General y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de elevar el concepto de «patrimonio común de la humanidad» a la calidad de norma imperativa fracasó cuando un pequeño grupo de naciones, sobre todo occidentales, se negaron a apoyar la propuesta<sup>22</sup>. El representante de los

<sup>18</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (vease nota 2 *supra*), pag. 519

<sup>19</sup> Quizá el artículo más ilustrativo en este sentido sea el de Georg Schwarzenberger, «International *jus cogens*», *Texas Law Review*, vol. 43, 1965, pag. 455

<sup>20</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (vease nota 2 *supra*), pag. 100, parr. 17. Vease también Michel Virally, «Reflexions sur le "*jus cogens*"», *Annuaire français de droit international*, vol. 12, 1966, pag. 5

<sup>21</sup> *C.I.J. Recueil* 1986, pag. 135 (vease también nota 12 *supra*). Es importante señalar que, si bien la Corte se ha referido ocasionalmente al *jus cogens* en abstracto, se ha negado precavidamente a invocar el concepto como fundamento dispositivo de cualquiera de sus fallos o a identificar autorizadamente posibles normas aspirantes a la calidad de normas imperativas. En cambio, en 1965 el Tribunal Constitucional Supremo de Alemania invocó concretamente el *jus cogens* y ofreció su propia definición de normas imperativas como

«[ ] las normas jurídicas que están arraigadas firmemente en la convicción jurídica de la comunidad de las naciones y son indispensables para el derecho de las naciones como orden jurídico internacional y cuya observancia puede ser exigida por todos los miembros de la comunidad internacional» (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 18, 1965, pag. 449)

Vease también Stefan A. Riesenfeld, «*Jus dispositivum and jus cogens in international law*. In the light of a recent decision of the German Supreme Constitutional Court», *AJIL*, vol. 60, N.º 3, 1966, pag. 511. En los Estados Unidos las cortes federales del Noveno Circuito y del Distrito de Columbia han confirmado la presencia y pertinencia del *jus cogens* en el derecho internacional. *Trajano v. Marcos, Federal Reporter*, Second Series, vol. 978 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1992), pag. 493. *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, *ibid.*, vol. 965, pags. 699 y ss., en especial pag. 717, y *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, *ibid.*, vol. 859 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1988), pags. 929 y ss., en especial pag. 940

<sup>22</sup> Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General. Chile propuso en la Conferencia sobre el Derecho del Mar que se incluyera en la Convención un proyecto de artículo que atestiguara la naturaleza imperativa del principio del patrimonio común. Vease Gennady M. Danilenko, «International *jus cogens*: Issues of law-making», *European Journal of International Law*, vol. 2, N.º 1, 1991, pags. 42 y ss., en especial pag. 59, vease también Gómez Robledo, *loc. cit.*



Estados Unidos expresó el parecer de que «los Estados Unidos no pueden aceptar que, sin su consentimiento, otros Estados, mediante resoluciones o declaraciones de cualquier índole, puedan negarles o limitarles los derechos que les corresponden en virtud del derecho internacional»<sup>23</sup>. A fin de cuentas, todavía no ha surgido una solución obligatoria de estos dos enfoques contradictorios de la cuestión del consenso y el tema sigue siendo controvertido<sup>24</sup>. También ha planteado debates considerables la cuestión de cómo puede remplazarse una norma imperativa a otra. Como el *jus cogens*, por su propia naturaleza, prohíbe la práctica compensatoria del Estado, cualquier intento de alterar el orden normativo imperativo actual puede entrañar violaciones del derecho internacional. Tal será particularmente el caso cuando el *jus cogens* dimana de la costumbre internacional. Una solución que se suele proponer a este acertijo entraña la creación y sustitución de normas imperativas únicamente a través del mecanismo de los tratados o convenciones internacionales generales<sup>25</sup>. Estos instrumentos quedarían sujetos, por supuesto, al requisito de amplio consenso mencionado anteriormente y deberían contener también una expresión clara de la intención de la comunidad internacional de modificar el derecho imperativo existente. Todo lo que no sea una declaración tan terminante puede tropezar con graves dificultades doctrinales y prácticas.

12. Un último ámbito importante de incertidumbre gira en torno a la identificación de posibles normas de *jus cogens*. En su comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional afirmó que:

A juicio de la Comisión, no es la forma de una norma general de derecho internacional la que le da carácter de *jus cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto<sup>26</sup>.

A la sazón, la Comisión se negó a prestar apoyo a cualesquiera ejemplos concretos de *jus cogens* por temor de que tal enumeración perjudicara al estudio de otras posibles normas imperativas y desviara la atención de la Comisión de Derecho Internacional del proyecto de artículos que estaba considerando<sup>27</sup>. Sin embargo, sugirió posibles ejemplos, entre ellos: la prohibición del uso de la fuerza; la prohibición de actos que constituyen crímenes internacionales; y las prohibiciones de la esclavitud, el genocidio y la piratería<sup>28</sup>. Entre otras posibilidades con amplio

apoyo se cuentan la obligación de resolver las controversias por medios pacíficos y el principio internacional que prohíbe la tortura<sup>29</sup>. En realidad, puesto que el *jus cogens* ofrece una vía poderosa para transformar el derecho internacional contemporáneo, algunos llegaron a sugerir que se incorporaran principios tan diversos como la doctrina Brezhnev y el derecho a la vida<sup>30</sup>. Está claro que hay que trazar algunas distinciones. La mayor proliferación de normas en competencia sólo contribuirá a la confusión que rodea al *jus cogens* y puede socavar la credibilidad, elegancia y potencia del concepto. Como alternativa sobradamente preferible, la dilucidación y la cristalización del *jus cogens* supondrían un paso adelante considerable en el desarrollo progresivo de un segmento integral y bien establecido del derecho internacional. Se supone que, junto con la Sexta Comisión, la Comisión de Derecho Internacional está singularmente dotada para llevar a cabo esta tarea.

13. A continuación se reproduce el texto de un artículo presentado por el autor en el seminario Dag Hammarskjöld sobre el derecho de los tratados, celebrado en Upsala (Suecia), del 16 de junio al 16 de julio de 1966, como anexo al esquema. Este texto, así como las notas a pie de página, se reproduce tal como fue presentado por el autor. Los puntos suspensivos indican omisiones realizadas por el autor.

<sup>29</sup> El Sr. Gaetano Arangio-Ruiz ha analizado en fecha reciente las normas imperativas en sus informes tercero y cuarto sobre responsabilidad de los Estados [*Anuario 1991*, vol. II (primera parte), pag. 1, documento A/CN.4/440 y Add.1, párrs. 118 a 122, y *Anuario 1992*, vol. II (primera parte), pag. 1, documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3, párrs. 89 a 95, respectivamente]. Ha llegado a la conclusión de que las prohibiciones del uso de la fuerza y violaciones masivas de los derechos humanos proceden en ambos casos de cuestiones de *jus cogens*. En el proyecto de artículo 14 que aparece en su cuarto informe, el Sr. Arangio-Ruiz también propone que se prohíban contramedidas «contrarias a una norma imperativa de derecho internacional general». En una serie de asuntos recientes ante tribunales federales de los Estados Unidos se ha reconocido que la prohibición internacional contra la tortura es una norma que tiene carácter de *jus cogens*. *Trayano v. Marcos, Siderman de Blake v. Republic of Argentina y Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (véase nota 21 *supra*).

<sup>30</sup> Grigory Tunkin, *Theory of International Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1974, pag. 444, Karen Parker y Lyn Beth Neylon, «*Jus cogens* Compelling the Law of Human Rights», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, N.º 2, 1989, pag. 411. En el contexto del derecho internacional ambiental, el representante especial de la Comisión nacional del Uruguay para el medio ambiente adujo recientemente que «los principios de conducta, responsabilidad e indemnización» derivados de la Declaración de Estocolmo y reafirmados en la Declaración de Río son «verdaderos criterios de *jus cogens* válidos *erga omnes*» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sesiones Plenarias*, 57.ª sesión).

## ANEXO

### Los tratados en conflicto con normas imperativas de derecho internacional y los «Acuerdos» de Zurich-Londres, por Andreas J. Jacovides

El propósito de la presente monografía es examinar si el derecho internacional reconoce la existencia en su sistema jurídico de normas que tengan el carácter de *jus cogens*, es decir normas que con arreglo a derecho no pueden derogarse de común acuerdo, a diferencia del *jus dispositivum*, es decir normas que las partes pueden regular libremente

<sup>23</sup> *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, séptimo período de sesiones*, Ginebra, 28 de marzo a 19 de mayo de 1978 y *reanudación del séptimo período de sesiones*, Nueva York, 21 de agosto a 15 de septiembre de 1978, vol. IX (N.º de venta S.79.V.3), pag. 118, párr. 27 *in fine*.

<sup>24</sup> Danilenko, *loc cit.*, pag. 64. También esta relacionada con el debate sobre el consenso la cuestión de si el *jus cogens* puede surgir sobre una base regional o subnacional. Si bien las Convenciones de Viena al parecer sólo contemplan normas imperativas de base amplia, el hecho de que se haya reconocido que la costumbre internacional es susceptible de evolución regional ha llevado a algunos a sugerir un proceso similar para el *jus cogens*. Ciertamente no hay nada en las convenciones que prohíba explícitamente tal mecanismo.

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, el comentario al proyecto de artículo 13 de la CDI sobre el derecho de los tratados (*Anuario 1963*, vol. II, pag. 60).

<sup>26</sup> *Anuario 1966*, vol. II, pag. 271, comentario al artículo 50, párr. 2.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párr. 3.

<sup>28</sup> *Ibid.* Algunas otras posibilidades se examinan en Schwelb, *loc cit.*, y Hannikainen, *op cit.*

en virtud de tal acuerdo<sup>1</sup>. Esta monografía se refirió a los materiales con que se cuenta en los escritos académicos, los pronunciamientos de tribunales internacionales y la práctica internacional, haciendo hincapié en especial en la labor de la Comisión de Derecho Internacional al respecto y en las opiniones allí expresadas por los representantes de Estados, tanto en la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General de las Naciones Unidas como en las observaciones presentadas por los gobiernos por escrito.

Se plantearon ciertas consideraciones y reflexiones con respecto a la justificación teórica de la existencia de la doctrina del *jus cogens*, sus efectos sobre el derecho de los tratados en general y los medios para determinar si una norma determinada merece o no la descripción de *jus cogens* en un momento determinado [ ]

[ ]

#### *Antecedentes históricos y evolución reciente*

Cabe aceptar prontamente que la norma general del derecho de los tratados es que los Estados son competentes, mediante acuerdo entre ellos, para concertar tratados respecto de cualquier tema y reglamentar así sus relaciones recíprocas a discreción.

Desde una etapa muy temprana del desarrollo del derecho internacional, sin embargo, se plantearon objeciones a esta naturaleza general de la norma. Ya a mediados del siglo XVIII autores destacados como Christian Wolff<sup>2</sup> y Emerich Vattel<sup>3</sup> distinguían entre el derecho necesario, que las naciones no pueden alterar mediante acuerdo, y el derecho voluntario, creado por la voluntad de las partes. Asimismo, A. W. Heffter<sup>4</sup> declaró, un siglo más tarde, que los tratados eran nulos si su objeto era física o moralmente imposible, y por imposibilidad moral entendía que el objeto del tratado fuera contrario a la ética del mundo.

En épocas más recientes las opiniones de los autores han estado más divididas. El positivismo del siglo XIX tuvo un efecto importante y se aceptó ampliamente que el derecho internacional no imponía restricción alguna a la libertad de los Estados para concertar cualquier tratado independientemente de su objeto. Entre los autores modernos que, con diverso grado de énfasis, han compartido esta opinión se incluyen académicos tan distinguidos como Charles Rousseau<sup>5</sup>, Gaetano Morelli<sup>6</sup>, Paul Guggenheim<sup>7</sup> y G. Schwarzenberger<sup>8</sup>.

Por otra parte, algunos acontecimientos recientes del derecho internacional, como la concertación del Pacto Kellogg-Briand de 1928 y las decisiones de los tribunales de Nuremberg y Tokio y, lo que es más importante, algunos hitos fundamentales en la dirección de la sociedad internacional organizada, como el Pacto de la Sociedad de las Naciones y la Carta de las Naciones Unidas, han servido para revertir esa tendencia. Otro factor de este tipo es el cambio reciente de la composición de la sociedad de naciones con el surgimiento de un número considerable de Estados nuevos que dieron su característica propia al proceso de desarrollo del derecho internacional. Todos esos factores han tenido efecto decisivo para revivir y reforzar el concepto de que, además de las normas de *jus dispositivum* de las que las partes se pueden desviar mediante acuerdo, existen ciertas normas y ciertos principios de dere-

cho internacional general que tienen la naturaleza de *jus cogens*, que las partes no pueden derogar mediante acuerdo entre ellas.

Se ha sostenido convincentemente<sup>9</sup> que el hecho mismo de la existencia de normas que determinan que personas tienen capacidad para actuar en derecho internacional, que condiciones intrínsecas y extrínsecas deben cumplirse para que un tratado internacional entre en vigor, que consecuencias jurídicas se atribuyen a la concertación de un tratado internacional, impide que se acepte la opinión de que el sistema de derecho internacional en su conjunto depende del acuerdo de la voluntad de los Estados.

Esas normas de *jus cogens* no existen con el fin de satisfacer las necesidades de Estados determinados sino para servir los intereses superiores de la comunidad internacional en su conjunto, y la justificación última de su existencia es que se basan en la expresión común de la conciencia de la comunidad internacional.

Se han usado diversas expresiones para describir ese concepto y para explicar la base en que se funda. Lauterpacht, refiriéndose al Pacto de la Sociedad de las Naciones, escribió en 1936 que «el fondo de la ley difiere tan radicalmente de otros convenios internacionales en su alcance y significado como instrumento que sirve un propósito específico en el proceso de integración política de la humanidad que merece la designación de “ley superior” (*higher law*)»<sup>10</sup>. McNair, refiriéndose en 1930 tanto al Pacto de la Sociedad de las Naciones como al Pacto Kellogg-Briand<sup>11</sup>, dijo que esos instrumentos creaban «un tipo de derecho público que trasciende los acuerdos ordinarios entre Estados en cuanto a su esencia y no solo en cuanto al grado». Esas opiniones, expresadas en los años de entre guerra, tendrían validez igual, si no mayor, con respecto a la Carta de las Naciones Unidas. Las expresiones «política pública internacional» y «orden público internacional» (*ordre public*) también se han usado para subrayar el concepto de que esas normas de *jus cogens* o normas imperativas se basan solidamente en la conciencia de la humanidad, representan ciertas necesidades sociales de orden superior y son las normas mínimas de conducta necesarias para hacer posibles las relaciones internacionales ordenadas.

Los autores que han compartido y propiciado una posición favorable a la existencia del *jus cogens* incluyen, además de Lauterpacht<sup>12</sup> y McNair<sup>13</sup>, juristas tan eminentes como Balladore Pallieri<sup>14</sup>, Kelsen<sup>15</sup> y Tunkin<sup>16</sup>. El eminente jurista internacional austriaco Verdross<sup>17</sup> merece un lugar particular entre esos autores. Ahora parece ser la tendencia general, incluso entre quienes anteriormente sostenían posiciones diferentes, con la notable excepción de Schwarzenberger, aceptar el concepto de *jus cogens*<sup>18</sup>.

La cuestión del *jus cogens* recibió escasa atención en los tribunales internacionales. Los ejemplos que se citan en que se tocó la materia no se refieren directamente a ella. Ellos son la celebrada opinión individual del magistrado Anzilotti en el asunto *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*<sup>19</sup> (en que se pregunta si no hay una contradicción en el hecho de obligar a un Estado a vivir y de ponerlo al mismo tiempo en una situación que hace que su vida sea sumamente difícil, y véase *infra* la mención del principio de igualdad soberana) y de la opinión disidente del magistrado Schucking en el asunto *Oscar Chinn*<sup>20</sup>, en que subrayo que la Corte no aplicará jamás una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres. En su opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>21</sup> la Corte, refiriéndose a la Convención «aprobada con fines exclusivamente humanitarios y civilizadores», comentó que «los Estados contratantes no tienen interés alguno propio

<sup>1</sup> Para bibliografía, veanse en general Wright, 2, «Conflicts between international law and treaties», AJIL, vol. 2, 1917, págs. 566 a 579; Lauterpacht, H., «The Covenant as the “Higher Law”», BYIL, 1936, págs. 54 a 65; Jenks, C. W., «The Conflict of Law-making treaties», BYIL, 1953, págs. 401 a 453; Verdross, A. von, «Forbidden Treaties in international law», AJIL, vol. 31, 1937, págs. 571 a 577; Verdross, A. von, «*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», AJIL, vol. 60, 1966, págs. 55 a 63; Schwarzenberger, G., «International *jus cogens*», *Texas Law Review*, marzo de 1965, págs. 455 a 478; Suy, E., «Le *jus cogens* en droit international public», Conferencia de Derecho Internacional, Lagonissi (Grecia), 3 a 8 de abril de 1966; Murty, B. S., «*Jus cogens* in international law», Conferencia de Derecho Internacional, Lagonissi (Grecia), 3 a 8 de abril de 1966.

<sup>2</sup> Wolff, *Jus Gentium*, párrs. 5 y 25 (1764).

<sup>3</sup> Vattel, *Le droit des Gens*, Introducción, párrs. 9 y 27 (1758).

<sup>4</sup> A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 156 (4ª ed.), 1861.

<sup>5</sup> Rousseau, *Principes du droit international public*, págs. 340 y 341 (1944).

<sup>6</sup> Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, pag. 37 (3ª ed.), 1951.

<sup>7</sup> Guggenheim, *Traité de droit international public*, pag. 57 (1953), pero véase también nota 18.

<sup>8</sup> Schwarzenberger, *International Law*, págs. 352 a 353, 425 a 427 (1957) y *op cit*, nota 1.

<sup>9</sup> Verdross, *op cit*, nota 1.

<sup>10</sup> Lauterpacht, *op cit*, nota 1.

<sup>11</sup> McNair, «The functions and differing legal character of treaties», BYIL 11, 1930, pag. 112.

<sup>12</sup> Véase también Oppenheim-Lauterpacht, 8ª ed., 1955, pag. 896, en el sentido de que «las obligaciones inmorales no pueden ser objeto de un tratado internacional».

<sup>13</sup> Véase también McNair, *Law of Treaties*, págs. 213 y 214 (1961).

<sup>14</sup> Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, pag. 282, 8ª ed., 1962.

<sup>15</sup> Kelsen, *Principles of International Law*, págs. 89, 323 y 344 (1952).

<sup>16</sup> Tunkin, *Das Völkerrecht der Gegenwart*, 95 y 96 (1963).

<sup>17</sup> Verdross, *op cit*, nota 1.

<sup>18</sup> Suy, *op cit*, nota 1, pag. 55.

<sup>19</sup> C P J I serie A/B, N.º 41.

<sup>20</sup> C P J I serie A/B, N.º 63, pag. 150.

<sup>21</sup> C I J Recueil 1951, pag. 23.

solo tienen, todos, un interes comun, a saber, la realizacion de los elevados propositos que constituyen la razon de ser de la Convencion»<sup>22</sup>

*La labor de la Comision de Derecho Internacional  
y las cuestiones de ella derivadas*

El proceso de aceptacion de la doctrina del *jus cogens* como parte del derecho internacional contemporaneo fue propiciado en mayor medida con la labor de los sucesivos Relatores Especiales de la Comision de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados y culminaron durante el 15º periodo de sesiones de la Comision, en 1963. Se recordara que la CDI, tras extenso debate acerca del tema<sup>23</sup> y tras considerar plenamente los diversos aspectos del texto presentado por el Relator Especial mas reciente, Sir Humphrey Waldock<sup>24</sup>, llego a la conclusion unanime de que

«Sera nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general que no admitiere excepcion alguna y que solo pudiese ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tuviere el mismo caracter» (Proyecto de articulo 37)<sup>25</sup>

La CDI tomo ademas otra medida, que no era sino el corolario logico de la aprobacion del proyecto de articulo anteriormente citado, al aprobar un nuevo proyecto de articulo, el 45<sup>26</sup>, en el que se abarcaba el caso del surgimiento de una nueva norma imperativa de derecho internacional general, ya fuera por la costumbre o como resultado de un tratado multilateral general, y su efecto sobre los tratados

«1 Un tratado se hara nulo y quedara extinguido cuando se estableciere una nueva norma imperativa de derecho internacional general como la indicada en el articulo 37 y el tratado fuere incompatible con esa norma

»2 En los casos a que se refiere el articulo 46<sup>27</sup>, si unicamente determinadas clausulas del tratado fueren incompatibles con la nueva norma, solo esas clausulas pasaran a ser nulas<sup>28</sup>»

El estudio detenido de las actas del debate de la CDI sobre este asunto<sup>29</sup>, el comentario que acompañaba el texto<sup>30</sup>, las actas del debate en la Sexta Comision (Asuntos juridicos) de la Asamblea General sobre el informe de la Comision<sup>31</sup>, las observaciones de los gobiernos<sup>32</sup> sobre el proyecto de articulo 37, asi como los comentarios del Relator Especial enunciados en su quinto informe<sup>33</sup>, constituyen prueba abundante de que el principio en la forma en que se enunciaba en el proyecto de articulo contaba con la aprobacion general, si no con total unanimidad<sup>34</sup>

El examen de esas actas revela ademas el papel significativo que jugaron los Estados nuevos, cuya existencia comenzo despues de la segunda guerra mundial, asi como los Estados de Europa oriental<sup>35</sup>, para ayudar a consolidar la existencia de esta norma, aunque no cabe

subestimar en modo alguno la contribucion de los Estados latinoamericanos, asi como de varios Estados de Europa occidental. En general, puede decirse que son en particular los Estados mas pequenos y debiles los que tienen mayor interes en que se reconozca la existencia de un orden publico y en fortalecerlo mediante la fijacion de controles de la libertad ilimitada de contratacion, a diferencia de una situacion en que, bajo la apariencia respetable de la libertad ilimitada de contratacion, queden expuestos al peligro autentico de tratados desiguales e inicios en cuya virtud el Estado mas fuerte, dado el orden natural de las cosas, se quedaria con la parte del leon<sup>36</sup>

La norma expresada en el proyecto de articulo 37 corresponde a la norma de derecho interno<sup>37</sup> de que el acuerdo para cometer un delito o que de otra manera sea contrario al orden publico es nulo de nulidad absoluta y no puede entenderse que confiera derecho alguno a las partes en el (*ex injuria non oritur jus*). El reconocimiento por la CDI de la existencia de la norma equivalente en derecho internacional publico constituye una contribucion muy constructiva de la CDI en el cumplimiento de su mandato no solo de codificar sino ademas de llevar adelante el desarrollo progresivo del derecho internacional. Como lo señalo en terminos muy epigramaticos el Sr. El Enan durante el debate posterior en la Sexta Comision de la Asamblea General, el reconocimiento del concepto marco la transicion del derecho internacional clasico al derecho moderno de las Naciones Unidas

Se ha criticado a la CDI su formulacion de los proyectos de articulos 37 y 45 por dos razones. En primer lugar, por cuanto implican la creacion de nuevos fundamentos para rechazar las obligaciones de tratados, y, en segundo, por cuanto otorgarian a terceros Estados el derecho a dudar de la validez juridica de acuerdos en los que no fueran partes y que normalmente no les interesarian. Se sostiene que en particular el primer fundamento crea el grave peligro de que, por cuanto no se pueden identificar y expresar precisamente las normas de *jus cogens*, el reconocimiento de su existencia permite a todos los Estados que deseen denunciar un tratado invocar la nulidad sobre la base de que el *jus cogens* rechaza un tratado de ese tipo

Aunque no cabe negar este peligro y de hecho es posible hacer uso indebido del principio del *jus cogens*, este autor considera que puede y debe reducirse ese peligro, si no eliminarlo completamente, a un minimo mediante una delimitacion lo mas exacta posible de las normas de derecho internacional que corresponden a la categoria de *jus cogens* (vease *infra*) en lugar de desconocer la existencia de esas normas por completo. A este respecto es instructiva la analogia con la norma equivalente del derecho interno: nadie niega la existencia en derecho interno de normas de orden publico, aunque tampoco estas han sido definidas ni cabe definir las exactamente. Puede responderse desde luego que, en el caso del derecho interno, cada vez que surge una duda en cuanto a si una norma es o no aplicable a un caso determinado puede someterse el asunto a un tribunal competente, que lo resolviera

En realidad pueden usarse muchos argumentos en favor de determinar si una situacion dada esta o no cubierta por una norma de *jus cogens*, especialmente cuando una de las partes rechaza el argumento relativo a la nulidad, sujeto a la decision de un tribunal imparcial. En su informe a la Comision de Derecho Internacional, Lauterpacht redactó el articulo respectivo de la manera siguiente

«Un tratado, o alguna de sus disposiciones, es nulo si su aplicacion implica un acto ilegal con arreglo al derecho internacional y si asi lo declara la Corte Internacional de Justicia<sup>38</sup>»

Asimismo, Verdross<sup>39</sup> habia sugerido que debian someterse a arbitraje todas las controversias relativas a la interpretacion y aplicacion de una norma que tuviera la naturaleza de *jus cogens*

Es axiomático que si la norma de derecho entre las naciones ha de adquirir pleno significado, la jurisdiccion de una corte internacional (ya sea la CIJ en su forma actual o en otra forma) deberia ser universal y deberia contar con los medios para hacer cumplir sus decisiones. Sin embargo, las instituciones internacionales no pueden ser elevadas del nivel cooperativo al nivel organico en tanto no contemos con una socie-

<sup>22</sup> Véase una extensa coleccion de materiales de la jurisprudencia internacional, incluidas referencias a opiniones individuales y disidentes, sobre este tema en Suy, *op cit*, nota 1, pags 76 a 84

<sup>23</sup> *Anuario 1963*, vol I, pags 58 a 71

<sup>24</sup> A/CN.4/156

<sup>25</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General decimoctavo periodo de sesiones Suplemento N° 9 (A/5509)*, pag 12

<sup>26</sup> *Op cit*, nota 25, pag 25

<sup>27</sup> *Op cit*, nota 22, pag 25

<sup>28</sup> Como indico el Relator Especial en el curso del debate en la CDI, las convenciones del siglo XIX para reglamentar el trafico de esclavos eran validas en el momento de elaborarse, pero posteriormente pasaron a ser nulas al desarrollarse una nueva norma de derecho internacional que prohibia por completo el trafico de esclavos

<sup>29</sup> *Op cit*, nota 23

<sup>30</sup> *Op cit*, nota 25

<sup>31</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General decimoctavo periodo de sesiones*, Informe de la CDI (tema 69)

<sup>32</sup> A/CN.4/175 y adiciones

<sup>33</sup> A/CN.4/183 y Add I

<sup>34</sup> Si bien las observaciones de los gobiernos fueron favorables, con diverso grado de entusiasmo, solo el Gobierno de Luxemburgo se opuso abiertamente al concepto, en tanto que el Gobierno de Turquia adoptó tambien una posicion negativa, aunque mas condicionada

<sup>35</sup> Estas dos categorias de Estados se caracterizan por tener una posicion propia respecto del derecho internacional. Véase una opinion occidental acerca de esos criterios en, por ejemplo, Higgins, *Conflicts of Interest*, Londres, 1965, y Lissytzin, *International Law Today and Tomorrow*, Nueva York, 1965

<sup>36</sup> Durante el debate en la CDI sobre el proyecto de articulo 37 el jurista español de Luna observó «La concepcion contractual del derecho internacional, que no reconoce al *jus cogens*, corresponde a la epoca en que el derecho internacional no es mas que un derecho para las grandes Potencias. Pero el derecho internacional moderno se ha universalizado y se ha socializado»

<sup>37</sup> Una norma que indudablemente puede describirse como un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas en los terminos del articulo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

<sup>38</sup> *Anuario 1953*, vol II, pag 154

<sup>39</sup> *Op cit*, nota 1

dad de Estados que estén ligados mucho más estrechamente entre sí que en la actualidad. En esta etapa imperfecta de desarrollo de la sociedad internacional, en que la jurisdicción de la Corte depende del consentimiento de cada Estado y adolece de diversos factores de inhibición, se cree que sería claramente poco práctico ligar el principio de *jus cogens* a las sentencias dictadas por la Corte Internacional, por lo que la CDI actuó con arreglo a la dura realidad de la vida internacional actual.

No obstante, la ausencia de una decisión con fuerza obligatoria no significa que el derecho internacional en general, o su *jus cogens* en particular, carezca de fuerza jurídica vinculante. Existen asimismo diversos otros medios de arreglo pacífico de controversias entre Estados, incluidos, además de la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, el recurso al Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas. En particular, el Artículo 14 de la Carta, que autoriza a la Asamblea General a formular recomendaciones acerca del arreglo pacífico de cualquier situación independientemente de su origen, que es desde luego lo suficientemente amplio como para permitir a la Asamblea General pronunciarse respecto de las controversias entre Estados. Miembros que impliquen el desajuste entre disposiciones de tratados y normas de *jus cogens*<sup>40</sup>, especialmente si esas controversias tienen un carácter esencialmente político.

En cuanto al segundo fundamento de crítica, la posibilidad de que terceros Estados se ocupen de situaciones en las que no sean partes, puede decirse que es muy posible que esta crítica haya sido bien fundada en el pasado. Sin embargo, debe aceptarse que en un mundo interdependiente, que en numerosos sentidos se aspira a que se regule por un instrumento fundamental como la Carta de las Naciones Unidas, sería anacrónico sostener que los terceros Estados no tienen voz cuando se perpetran ilegalidades patentes contra uno o más de los miembros de la Sociedad de Naciones.

En cuanto a la cuestión de los efectos del conflicto de una norma de *jus cogens* con respecto a un tratado, los miembros de la CDI consideraron en forma unánime que el tratado era nulo, de nulidad absoluta, *ab initio*, y no solo simplemente anulable a petición de una o más de las partes. Las consecuencias jurídicas de esta opinión tienen largo alcance, ya que «la consecuencia de la nulidad *ab initio* consiste simplemente en que no existe el tratado»<sup>41</sup>. Asimismo, Verdross<sup>42</sup> adopta la posición de que la nulidad formal de los contratos inmorales es innecesaria y que el Estado sobre el cual recae la carga tiene simplemente el derecho a negarse a cumplir una obligación de ese tipo. En consecuencia, parecería que, por lo menos según esas opiniones y a falta de una disposición del artículo relativa a la determinación por terceras partes, los tratados que entren en conflicto con el *jus cogens* pueden considerarse simplemente inexistentes, es decir que no se requiere un nuevo acto que declare que ese tratado no es obligatorio<sup>43</sup>.

La Comisión, tras considerar la posibilidad de eliminar las disposiciones ofensivas del resto del tratado, en las condiciones establecidas en el artículo 46 del proyecto, adoptó la opinión de la mayoría de sus miembros, quienes consideraron que las normas de *jus cogens* tenían naturaleza tan fundamental que, cuando las partes conciertan un tratado cualquiera de cuyas cláusulas entre en conflicto con una norma ya existente de *jus cogens*, debe considerarse que el tratado es totalmente inválido y que la sanción de nulidad debería extenderse a toda la transacción.

Por el contrario, en el caso de una nueva norma imperativa emergente (véase el artículo 45 *supra*), el efecto de la norma no consiste en hacer que la disposición del tratado en cuestión sea nula *ab initio*, sino en invalidarla solo a partir de la fecha en que la nueva norma de *jus cogens* haya sido establecida, es decir prohibir el cumplimiento poste-

rior. Asimismo, la CDI adoptó la opinión de que, con arreglo a las condiciones previstas en el proyecto de artículo 46, la separación se permite en el caso previsto en el proyecto de artículo 45, con el resultado de que se seguirían considerando válidas las disposiciones que no fueran afectadas por el surgimiento de la norma de *jus cogens* en cuestión.

*Relación entre el Artículo 103 de la Carta y el artículo 37 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional*

La cuestión interesante que surge a este respecto es la relación entre el efecto del Artículo 103<sup>44</sup> de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 37 (y el 45) del proyecto de la CDI. La referencia a la labor preparatoria relativa al Artículo 103 revela que el Artículo no dispone la derogación automática de los tratados que entren en conflicto con la Carta, sino que requiere más bien que prevalezcan las obligaciones contraídas con arreglo a la Carta<sup>45</sup>.

Durante el debate del proyecto de la CDI en la Sexta Comisión de la Asamblea General muchos representantes indicaron que el Artículo 103, al proclamar que las obligaciones contraídas en virtud de la Carta prevalecerían con respecto a las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, había ayudado en gran medida a crear la norma del *jus cogens*. Sin embargo, como señalaron diversos representantes, no se habían reconocido sus consecuencias lógicas, y la CDI había llenado esa laguna al declarar que un tratado internacional sería nulo si entrara en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional<sup>46</sup>. La CDI se volvió a ocupar del asunto cuando, en su comentario al proyecto de artículo 63, reconoció la primacía de la norma del Artículo 103 en el contexto de la relativa prioridad de obligaciones de tratado incompatibles. Sin embargo, como señaló el Relator Especial, si bien la CDI reconocía que podía haber ciertas esferas de duplicación en la aplicación de las disposiciones de *jus cogens* de los artículos 37 y 45 y del Artículo 103 de la Carta porque ciertas disposiciones de esta, en especial las del párrafo 4 del Artículo 2, tenían naturaleza de *jus cogens*, consideró que la falta de validez de un tratado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 37 y 45 del proyecto de artículos, en razón de un conflicto con una norma de *jus cogens*, era una cuestión distinta e independiente<sup>47</sup>. En otras palabras, si bien el Artículo 103 se refiere a la prioridad de obligaciones conflictivas y los proyectos de artículos 37 y 45 se refieren a la invalidez de las obligaciones, es posible que se dupliquen en ciertas esferas, y así ocurre. Aunque el autor comparte la opinión de Sir Humphrey Waldock de que no todas las normas que figuran en la Carta son necesariamente normas imperativas y, por el contrario, que hay normas imperativas que no figuran en la Carta, se considera que la esfera de duplicación es mucho mayor que solo el principio que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta (véase *infra*).

*La cuestión de las normas de derecho internacional que corresponden a las categorías de normas imperativas*

Si bien parece que el principio de existencia de normas imperativas de la que no se permite que los tratados deroguen ha adquirido aprobación abrumadora tanto dentro como fuera de la CDI, es mucho menos clara la cuestión de las normas específicas de derecho internacional que corresponden a esa descripción, en otras palabras, el contenido jurídico exacto de ese principio.

La CDI no pudo llegar a un criterio reconocido en general mediante el cual se identificara una norma general de derecho internacional que tuviera la naturaleza de *jus cogens*. Algunos miembros de la CDI sugirieron ciertos ejemplos de las «normas más evidentes y mejor definidas de *jus cogens*» a fin de indicar el carácter y el alcance generales de la

<sup>40</sup> De hecho, la resolución 2077 (XX) de la Asamblea General, relativa a la cuestión de Chipre, constituye un buen ejemplo de este aspecto. Véase la intervención del Sr. Paredes, quien, durante el debate en la CDI sobre la norma más específica de un tratado impuesta a un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza con violación de los principios de la Carta y, por consiguiente, con violación de la norma de *jus cogens* pertinente, dijo que, a falta de una decisión internacional obligatoria, el único recurso procedente sería que la víctima de la agresión compareciera ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y declarara que el tratado era nulo por estar viciado (*Anuario 1963*, vol. I, pag. 64).

<sup>41</sup> Rosenne, *op cit*, nota 40, pag. 58.

<sup>42</sup> *Op cit*, nota 1.

<sup>43</sup> Esta podría ser en verdad, en algunos casos, una solución demasiado abrupta y, en caso de controvertirse la ilicitud, podría reforzar el argumento de que la doctrina puede ser objeto de uso indebido. Podría preguntarse si, al igual que en la analogía de los matrimonios nulos, no correspondería que hubiera un acto formal encaminado a «eliminarlo de los libros». En ese caso, sin embargo, parecería incumbir a la parte que rechaza el documento de nulidad y que quiere basarse en el tratado en cuestión demostrar su legalidad.

<sup>44</sup> Que dispone que «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

<sup>45</sup> La Comisión de Asuntos Jurídicos (Comisión 2) decidió que sería «inconveniente prever la derogación automática por la Carta de las obligaciones que no se ajustaran a sus términos. Se consideró preferible que la norma dependiera del caso de un conflicto entre las dos categorías de obligaciones y que se vinculara a ese caso. En tal caso las obligaciones de la Carta tendrían carácter predominante y excluirían toda otra». Informe del Relator de la Comisión IV/2, documento 933 de las Naciones Unidas [IV/2/42(2)], Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, 12 de junio de 1945.

<sup>46</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General decimoctavo período de sesiones*, tema 69 del programa, documento A/S601, párr. 18.

<sup>47</sup> A/CN.4/183/Add.1, págs. 23 y 24.

norma, y de hecho algunos de ellos habían aparecido inicialmente en el cuerpo del proyecto de artículos presentado por el Relator Especial. Entre ellos figuraban, además del caso de la amenaza del uso de la fuerza contrario a los principios de la Carta (tema al que volveremos, véase *infra*), un tratado relativo a la ejecución de un acto delictivo en derecho internacional, un tratado destinado a realizar o tolerar actos como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, o en que se hubiera conspirado para cometerlos, tratándose de delitos en cuya represión todo Estado está obligado a cooperar, y tratados que violen derechos humanos o el principio de la libre determinación.<sup>48</sup> Algunos miembros de la Comisión<sup>49</sup> subrayaron que en los ejemplos que se daban debían incluirse los tratados desiguales.

En definitiva, la CDI, teniendo presente el surgimiento relativamente reciente de esas normas y el desarrollo rápido del derecho internacional, decidió no incluir un ejemplo específico «y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales». La CDI llegó a esta conclusión a) porque considero que incluir algunos ejemplos y no otros podría provocar un malentendido con respecto a la posición de otros casos no mencionados expresamente, y b) por cuanto temía que, si confeccionaba, en forma selectiva, una lista de las normas que merecían la descripción de *jus cogens*, tal vez tuviese que emprender un largo estudio de materias que no correspondían al ámbito del derecho de los tratados. Es posible que la CDI, en las circunstancias particulares de su labor, haya actuado con buen criterio al adoptar este criterio cauteloso. Si bien la primera razón que se da no es muy convincente (siempre sería posible dar una lista ilustrativa de ejemplos, con lo cual se daría expresión concreta al principio generalmente establecido en el proyecto de artículo, y destacar que se trata solo de una lista no exhaustiva), la segunda razón, que en todo caso está relacionada con la primera, constituye un problema más auténtico. Como se indicó durante los debates de la CDI<sup>50</sup>, el problema, reducido a sus términos más sencillos, consistía en definir la ilicitud en el derecho internacional y esto, dada la amplitud de la divergencia entre las teorías políticas y los intereses en conflicto, es una tarea formidable<sup>51</sup> si la unanimidad que predominó en la aprobación del principio había de conservarse. El riesgo de abrir una caja de Pandora de desacuerdos y el debilitamiento consiguiente al que se había llegado por unanimidad con tanto esfuerzo era demasiado visible para ser desconocido.

Al mismo tiempo, no debía permitirse que quedara la impresión de que el concepto de *jus cogens* es solo una idea filosófica y teórica carente de todo significado real. No cabe sugerir que el principio formulado tan claramente por la CDI tiene igual significado para todos y que no tiene una significación práctica en el derecho internacional actual. La recepción casi unánime del principio por los representantes de los gobiernos<sup>52</sup> impide que se haga una evaluación tan crítica de la labor de la CDI a este respecto, evaluación que ofende las legítimas expectativas de la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional y ofende la conciencia social de la humanidad, en la que, en definitiva, se basa por último el concepto de *jus cogens*.

<sup>48</sup> *Op cit*, véase nota 25.

<sup>49</sup> El Sr Lachs y el Sr Tunkin, *op cit*, véase nota 23.

<sup>50</sup> Sr Amado, *op cit*, nota 23.

<sup>51</sup> Como lo demuestran los intentos por definir la agresión y, más recientemente, las actividades de la Sexta Comisión y su Comité Especial de lograr una formulación conveniente de los principios de derecho internacional que rigen las relaciones de amistad y la cooperación de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>52</sup> *Op cit*, notas 31 y 32.

Por lo tanto cabe lamentar que las dificultades a que se enfrentó la CDI le hayan impedido concluir por expresar el contenido del principio que había enunciado, con lo cual habría completado el proceso que tan admirablemente había iniciado y hecho adelantar. Es posible por una parte dar una definición demasiado amplia de lo que constituye *jus cogens*, con el riesgo consiguiente de uso indebido y de estirar el principio hasta quebrarlo, y, por la otra, de dar una definición demasiado estrecha o restrictiva, con lo cual se quitaría al principio todo significado real y se frustraría su efecto.

Surge la cuestión de si existe otro órgano del mecanismo de la sociedad internacional organizada de la actualidad que pudiera realizar utilmente la tarea a partir del punto en que lo dejó la CDI. Un posible foro que se viene inmediatamente a la mente es la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General. Si se tiene presente que el *jus cogens* se forma como la expresión de la conciencia colectiva de la comunidad de naciones habría buen fundamento para recomendar a la Sexta Comisión —donde están representados todos los Estados Miembros, a diferencia de la CDI—, actuando posiblemente por conducto de un comité especial, en que los Estados estuvieran representados por juristas, que realizara la labor de definir las normas de derecho internacional general que constituyeran normas imperativas a los efectos de la doctrina del *jus cogens*. Sin duda la Sexta Comisión se vería enfrentada a las mismas dificultades que enfrentó la CDI. Asimismo, toda resolución o declaración que pudiera adoptar mediante la mayoría requerida podría estar abierta a la objeción de que no constituía por sí misma fuente de derecho y no era obligatoria. Sin embargo, podría considerarse que cualquier resolución de ese tipo, especialmente si es unánime o casi unánime, aunque no constituya en sí misma una fuente de derecho, confirmaría el derecho vigente sobre el tema y en todo caso tendría un peso considerable como expresión de la opinión general de los Estados.<sup>53</sup>

Constituiría otra posibilidad la conferencia de plenipotenciarios que se propuso a que se convocara en 1968 a fin de aprobar una convención multilateral sobre el derecho de los tratados.

No obstante, independientemente de esas posibilidades no cabe duda de que, atendido el principio adoptado por unanimidad por la CDI y aprobado en forma abrumadora por los Estados y por juristas internacionales, hay bastante material en el cual basar la conclusión de que existe hoy un número considerable de normas de derecho internacional general que se puede sostener legítimamente que se han de considerar normas imperativas (*jus cogens*). De hecho, en el debate de la CDI se mencionaron varias y se hace referencia a ellas *supra*.<sup>54</sup> Este autor comparte la opinión del Sr Rosenne, quien indicó durante el debate de la CDI<sup>55</sup> que «[ ] existen elementos que permiten determinar con un razonable grado de precisión si una norma dada constituye *jus cogens*».

<sup>53</sup> Por ejemplo, véanse las intervenciones del Sr Yasseen y el Sr Baztos, compartidas también por Sir Humphrey Waldock, sobre los efectos de una resolución de la Asamblea General en cuanto a expresión de normas de *jus cogens* (*op cit*, nota 23).

<sup>54</sup> A veces se afirma (por ejemplo Verdross, *op cit*, nota 1) que los tratados que usurpan los derechos de terceros Estados son contrarios al *jus cogens*. Parece mejor opinión la que reconoce también Verdross de que corresponde más bien a la norma *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Si bien esos tratados son ilícitos si el tercer Estado no otorga su consentimiento, en los casos ordinarios no serían contrarios al *jus cogens*.

<sup>55</sup> *Op cit*, véase nota 24.

## Sucesión de Estados y sus repercusiones en la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas y sucesión de Estados con respecto a la calidad de miembro en organizaciones internacionales, por el Sr. Vaclav Mikulka

INTRODUCCION.—RESEÑA HISTORICA DE LA LABOR DE LA COMISION SOBRE EL TEMA DE LA SUCESION DE ESTADOS

1. En su primer período de sesiones, celebrado en 1949, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema «Sucesión de Estados y Gobierno» entre los 14 temas seleccionados para su codificación. El tema fue dividido más adelante en tres epígrafes:

- a) La sucesión en materia de tratados;
- b) La sucesión en lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de fuentes distintas de los tratados; y
- c) La sucesión y la calidad de miembro de las organizaciones internacionales.

2. Las cuestiones correspondientes al primer epígrafe, estudiadas por la Comisión de Derecho Internacional entre 1967 y 1974, quedaron resueltas al aprobarse la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978.

3. En vista de su gran amplitud y complejidad, se limitó el alcance del segundo epígrafe a los aspectos económicos de la sucesión, a saber, la sucesión en materia de bienes, archivos y deudas de Estado. Este epígrafe fue estudiado por la Comisión entre 1968 y 1981 y llevó a la aprobación en 1983 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado.

4. La Comisión de Derecho Internacional no ha emprendido nunca un estudio del tercer epígrafe.

### 1. SUCESION DE ESTADOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS Y JURIDICAS

5. El problema de la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas formaba parte del segundo epígrafe del tema de la sucesión de Estados tal como lo había propuesto originalmente la Comisión de Derecho Internacional. Se hicieron algunos comentarios preliminares sobre él en el 20.º período de sesiones de la Comisión durante el debate del primer informe del Relator Especial<sup>1</sup>. Sin embargo, no se incluyó la cuestión de la nacionalidad entre los temas del epígrafe limitado.

#### a) Leyes de nacionalidad de los Estados sucesores

6. Conforme a la opinión predominante, la sucesión de los Estados no da como resultado el cambio automático de nacionalidad. Es prerrogativa del Estado sucesor determi-

nar por su cuenta a quién considera nacional suyo e indicar los métodos mediante los cuales se adquiere su nacionalidad.

7. En este sentido se hace referencia al Convenio sobre ciertas cuestiones relativas a conflicto de leyes de nacionalidad. El artículo 1 dispone:

Incumbe a cada Estado determinar, en virtud de sus propias leyes, quienes son sus nacionales. Tal legislación será reconocida por los demás Estados en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios del derecho generalmente reconocido en materia de nacionalidad.

8. También pertinente a esta cuestión es el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) de 1928<sup>2</sup>. En el artículo 13 se dispone:

*In collective naturalizations, in case of the independence of a State, the law of the acquiring or new State shall apply, if it has been established in the territory an effective sovereignty which has been recognized by the State trying the issue, and in the absence thereof that of the old State, all without prejudice to the contractual stipulations between the two interested States, which shall always have preference* [En las naturalizaciones colectivas, en caso de independencia de un Estado, se aplicará la ley del Estado adquirente o nuevo, si ya se ha establecido en el territorio una soberanía efectiva reconocida por el Estado ante el que se juzgue la cuestión y, en su ausencia, se aplicará la ley del antiguo Estado, todo ello sin perjuicio de las estipulaciones contractuales entre los dos Estados interesados, que tendrán siempre prioridad.]

Y en el artículo 20:

Change of nationality of corporations, foundations, associations and partnerships, except in cases of change of territorial sovereignty, should be subject to the conditions required by their old law and by the new

In case of change in the territorial sovereignty, owing to independence, the rule established in article 13 for collective naturalizations shall apply

[El cambio de nacionalidad de corporaciones, fundaciones, asociaciones y sociedades, salvo en los casos de cambio de soberanía territorial, quedará sujeto a las condiciones requeridas por sus antiguas y nuevas leyes

En caso de cambio de la soberanía territorial, debido a la independencia, será aplicable la norma establecida en el artículo 13 para la naturalización colectiva.]

Además, hay un cierto número de publicaciones pertinentes a este tema<sup>3</sup>.

9. La competencia legislativa del Estado sucesor debe ejercerse dentro de los límites impuestos tanto por el derecho internacional general como por los tratados internacionales. Estos límites tienen diversas características y proceden de:

<sup>2</sup> SDN, *Recueil des Traites*, vol LXXXVI, pag 111

<sup>3</sup> Vease R. Graupner, *Nationality and State Succession*, Transac-tions, 1946; Hans Kelsen, «Theorie generale du droit international public», *Recueil des cours* 1932-IV, vol 42, pags 314 y 325 a 327; Paul Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2.ª ed., Germantown (Md), Sijthoff y Noordhoff, 1979, pag 242; y Lucius Caflisch, «La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé», *Annuaire suisse de droit international*, vol XXIV, 1967, pag 155

<sup>1</sup> Vease *Anuario* 1968, vol II, pags 114 a 115, documento A/CN.4/204, y pags 220 y 221, documento A/7209/Rev.1, párrs 73 y 78

a) El principio de la nacionalidad efectiva, conforme al cual, para que la nacionalidad sea reconocida por otros Estados, debe existir un vínculo real y efectivo, una conexión auténtica entre el Estado y el individuo interesados<sup>4</sup>; y

b) La protección de los derechos humanos que hace que sean cuestionables las técnicas que lleven a la pérdida de la nacionalidad o a cualquier tipo de discriminación. En este sentido, cabría mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 15, párrafo 2, se declara:

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni de su derecho a cambiar su nacionalidad

También debería mencionarse la Convención de las Naciones Unidas para reducir los casos de apatridia, cuyo artículo 9 prohíbe la privación de nacionalidad por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos.

b) *Tratados internacionales relativos a la nacionalidad en caso de sucesión de Estado*

i) Criterios para la adquisición de la nacionalidad *ipso facto*

10. Ha habido muchos casos en los que el problema de los criterios y otras condiciones de la adquisición de la nacionalidad de un Estado sucesor se resolvió mediante tratado internacional, basados sobre todo en el criterio del domicilio o la residencia habitual. Un ejemplo de ello es el Tratado de Versalles entre las Potencias aliadas y asociadas y Polonia (arts. 4 y 6), así como algunos otros tratados<sup>5</sup>.

ii) La pérdida de la nacionalidad del Estado predecesor

11. Los tratados de paz después de la primera guerra mundial contenían disposiciones sobre la nacionalidad análogas a las del Tratado de Versalles. Al mismo tiempo disponían el reconocimiento, por parte de los Estados conquistados, de la nueva nacionalidad adquirida *ipso facto* por sus antiguos nacionales conforme a las leyes del Estado sucesor y de la pérdida consiguiente de los vínculos de tales personas a su país de origen<sup>6</sup>.

12. De conformidad con otros instrumentos, la transferencia del territorio no entraña necesariamente la consecuencia de adquisición automática de una nueva nacionalidad y pérdida de la nacionalidad original. En este sentido, el artículo 4 de la Convención sobre nacionalidad es un ejemplo pertinente. Esta posición, defendida por algunos autores, es rechazada por otros<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Véase el asunto *Nottebohm, deuxième phase, fallo, C I J Recueil 1955*, págs 22 y 23. Véanse también los trabajos de la CDI sobre la eliminación y reducción de la apatridia, *Anuario 1953*, vol I, 212<sup>a</sup>, 213<sup>a</sup>, 217<sup>a</sup> y 220<sup>a</sup> sesión

<sup>5</sup> «Lois sur la nationalité», Naciones Unidas, *Serie législative (ST/LEG/SER B/4)*, págs 590 y ss

<sup>6</sup> *Ibid*, págs 586 a 589

<sup>7</sup> Véase Eric Castren «Aspects récents de la succession d'États», *Recueil des cours 1951-I*, vol 78, págs 380 y ss, en especial pag 487

iii) El derecho de opción

13. En un número considerable de tratados internacionales, incluidos varios de los mencionados anteriormente o instrumentos relacionados con ellos, se preveía el derecho de opción. En casos excepcionales este derecho se otorgaba por un período considerable de tiempo durante el cual los individuos afectados disfrutaban de una especie de doble nacionalidad. En este sentido, cabe citar la Declaración de Evián (Argelia-Francia) de 19 de marzo de 1962.

14. Para la mayoría de los autores el derecho de opción sólo puede originarse en un tratado. Sin embargo, algunos tienden a afirmar la existencia de un derecho de opción independiente como atributo del principio de libre determinación<sup>8</sup>.

c) *Problemas planteados en la práctica reciente de los Estados*

15. Después de la segunda guerra mundial, en lo que respecta a la práctica de los Estados que consiguieron la independencia y permanecieron dentro del Commonwealth británico, la adquisición automática de la nacionalidad se basaba en la técnica de combinar los criterios del *jus soli* y *jus sanguinis*, suplementando estos criterios en ciertos casos con el de la residencia. Para las personas afectadas por la adquisición automática de la nacionalidad no se preveía opción alguna. Esta práctica tenía la ventaja de evitar controversias sobre la nacionalidad de una persona determinada al reducir las posibilidades de doble nacionalidad y, al mismo tiempo, minimizar la posibilidad de que las personas se convirtieran en apátridas.

16. El sistema francés de adquisición de nacionalidad no tuvo el mismo efecto. Los nuevos Estados se basaron en gran medida en las técnicas del código de la nacionalidad francés, de 1945, que no siempre respondía a la situación de los Estados de reciente independencia. Además, como cada Estado había decidido la prueba de «lazos auténticos» según sus propias inclinaciones, las varias leyes de nacionalidad se solapaban o dejaban lagunas entre ellas favoreciendo así la doble nacionalidad o la apatridia<sup>9</sup>.

17. El desmembramiento de la Unión Soviética da pie a un cierto número de problemas en lo que respecta a las leyes de nacionalidad de los distintos Estados nuevos. La negativa de algunas nuevas repúblicas, que restablecieron su independencia después de 1990, a otorgar su nacionalidad a la población de origen étnico ruso domiciliada allí durante varios decenios de migración en gran escala entre las distintas repúblicas de la antigua Unión ha creado incertidumbre en la situación jurídica de centenares de miles de personas<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Véase Joseph L. Kunz, «L'option de nationalité», *Recueil des cours 1930-I*, vol 31, págs 109 y ss, y Joseph L. Kunz, «Nationality and option clauses in the Italian peace treaty of 1947», *Editorial Comment, AJIL*, vol 41, N° 3, 1947, págs 622 y ss

<sup>9</sup> Véase Karl Zemanek, «State succession after decolonization», *Recueil des cours 1965-III*, vol 116, págs 181 y ss, en especial págs 272 a 277

<sup>10</sup> Véase George Ginsburgs, «From the 1990 law on the citizenship of the USSR to the citizenship laws of the successor republics (Part I)», *Review of Central and East European Law, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers*, vol 18, N° 1, 1992, pag 1

18. La situación tal vez sea incluso peor en algunos de los nuevos Estados surgidos en el territorio de la ex Yugoslavia, donde la población es mixta desde el punto de vista étnico y el conflicto armado va acompañado por una depuración étnica.

19. En Checoslovaquia, que ya se encuentra en proceso de disolución, el problema tal vez sea más fácil debido a la existencia, desde 1969, de ciudadanías separadas checa y eslovaca que vinculaban a todos los nacionales checoslovacos a una de las dos repúblicas constituyentes y gracias a una política bastante liberal que permitía el cambio de esa ciudadanía al cambiar de residencia habitual.

20. La transferencia de Hong Kong del Gobierno británico al Gobierno chino, a partir del 1.º de julio de 1997, representa otro problema relacionado con la condición de los habitantes<sup>11</sup>.

21. La reciente tendencia a cargar el acento en el origen étnico a la hora de determinar el criterio de concesión de la nacionalidad del nuevo Estado a los habitantes, al tiempo que se ignora la importancia del criterio del domicilio, es un signo alarmante. Este enfoque no sólo favorece la apatridia, sino que en muchos aspectos es cuestionable con arreglo a las normas fundamentales de derechos humanos.

#### d) El principio de la nacionalidad continua

22. La regla de continuidad en la nacionalidad forma parte del régimen de protección diplomática. Según esta regla es necesario que, desde el tiempo en que ocurrió el daño hasta que se resuelva el asunto, la reclamación esté continua e ininterrumpidamente en manos de una persona que tenga la nacionalidad del Estado que demanda reparación. La esencia de esta regla es evitar que el individuo elija un Estado protector poderoso mediante un cambio de nacionalidad.

23. Ni la práctica ni la doctrina dan una respuesta clara a la cuestión de si esa regla se aplica en los casos de cambios involuntarios debidos a la sucesión de un Estado. Hay buenas razones para creer que en la sucesión de Estados tal regla puede ser modificada.

24. En este sentido, se hace referencia al asunto *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*<sup>12</sup> y también al asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*<sup>13</sup>. También se hace referencia al asunto *Pablo Najera*, en el que se declara:

<sup>11</sup> Véase Roda Mushkat, «The transition from British to Chinese rule in Hong Kong: A discussion of salient international legal issues», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 14, N.ºs 2 y 3, 1986, pag. 171, y Christine Chua, «The Sino-British agreement and nationality: Hong Kong's future in the hands of the People's Republic of China», *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 8, N.º 1, 1990, pag. 163.

<sup>12</sup> *C I J Recueil 1970*, pag. 3.

<sup>13</sup> *C P J I*, fallo, 1939, serie A/B, N.º 76, pag. 4. Véase también *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 36-II, 1931, págs. 201 a 212, *ibid.*, vol. 37, 1932, págs. 479 a 529, e *ibid.*, vol. 51-II, 1965, pag. 261, y Eric Wyler, *La règle de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, págs. 19 a 30 y 11 a 118.

En caso de cambios colectivos de nacionalidad en virtud de sucesión de Estados, la sucesión jurídica debe apreciarse de modo mucho menos rígido de lo que se suele hacer en la práctica arbitral en las hipótesis normales de cambio individual de nacionalidad por decisión del interesado<sup>14</sup>.

#### e) Posibles resultados de la labor

25. El examen completo de la práctica de los Estados debería revelar si es o no posible la identificación de una serie de principios relativos a la nacionalidad en los casos de sucesión de Estados.

26. La exposición clara de criterios uniformes mínimos para la adquisición de la nacionalidad *ex lege* podría proporcionar una guía útil a los legisladores de los nuevos Estados que procedan a redactar leyes en la materia.

27. También podría facilitar el papel de terceros Estados en lo que se refiere a la aplicación de tratados internacionales entre ellos y un Estado sucesor. En virtud de las normas consuetudinarias del derecho internacional un gran número de derechos y obligaciones convencionales son automáticamente obligatorios para el Estado sucesor. La aplicación de muchos de esos tratados se refiere directamente a los individuos, o más precisamente a los nacionales, de las partes en el tratado. Algunas veces es menester aplicar esos tratados incluso antes de que el Estado sucesor haya aprobado la ley de nacionalidad. Así pues, la determinación «preliminar» de la nacionalidad de individuos o personas morales que residan en el territorio en el que ha ocurrido el cambio de soberanía pasa a ser la condición previa de la aplicación ininterrumpida de dichos tratados.

28. El posible resultado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre este tema consistiría en un estudio en forma de informe o proyecto de declaración para su aprobación por la Asamblea General. La elaboración de un proyecto de convención, por otra parte, podría correr el riesgo de tenerse que enfrentar al mismo tipo de problema que la Comisión tuvo que afrontar durante la labor sobre los temas anteriores en materia de sucesión de Estados (longitud de la labor de codificación, problema de aplicación de la Convención a los nuevos Estados en cuanto no son partes en ella y otros inconvenientes).

## 2. LA SUCESIÓN DE LOS ESTADOS EN LO QUE RESPECTA A LA CALIDAD DE MIEMBRO DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

29. El último de los tres epígrafes del tema relativo a la sucesión de los Estados, titulado «La sucesión en lo que respecta a la calidad de miembro de organizaciones internacionales», no ha sido examinado nunca por la Comisión. Sin embargo, la Secretaría preparó un memorando sobre el problema de la sucesión de los Estados en lo que respecta a la calidad de Miembro de las Naciones Unidas, que se presentó a la Comisión en 1962<sup>15</sup>. Sólo había hasta entonces unos pocos casos pertinentes, en los que se con-

<sup>14</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (N.º de venta 1952 V 3), pag. 488.

<sup>15</sup> *Anuario 1962*, vol. II, pag. 117, documento A/CN.4/149 y Add.1.



centró el memorando: la admisión del Pakistán a las Naciones Unidas en 1947, la formación en 1958 de la República Árabe Unida, la salida de Siria de esa Unión en 1961 y la admisión de Mali y el Senegal en 1960.

30. Las normas jurídicas a que deben someterse los Estados creados por la división de un Estado Miembro de las Naciones Unidas fueron formuladas por la Sexta Comisión en el segundo período de sesiones de la Asamblea General<sup>16</sup>.

31. Ha habido recientemente varios casos nuevos de sucesión de Estados en los que se planteó el problema de la calidad de miembro de organizaciones internacionales, o se plantearon problemas derivados de la calidad de miembro del Estado predecesor en organizaciones internacionales. Estos problemas, que pasaron casi desapercibidos por la comunidad internacional en el caso de la unificación de Tanzania y Zanzibar, de los dos Yemen y de Alemania, se examinaron en cambio en conexión con el desmembramiento de la Unión Soviética y de Yugoslavia y han vuelto a plantearse en forma urgente como resultado de la disolución de Checoslovaquia.

32. El problema de las relaciones entre los Estados afectados y las organizaciones internacionales en el caso de la sucesión de Estados tiene varios aspectos:

a) La calidad de miembro de un Estado sucesor en una organización internacional;

b) Las consecuencias de los cambios territoriales en la calidad de miembro de un Estado predecesor de una organización internacional en los casos en que el Estado predecesor sigue existiendo después de esos cambios;

c) La distribución entre los Estados sucesores, o entre el Estado predecesor y el Estado o los Estados sucesores, de las obligaciones o los derechos que se desprenden de la calidad de miembro del Estado predecesor en la Organización;

d) El estatuto de los observadores militares y otros observadores, así como de las unidades nacionales de un Estado predecesor que toman parte en operaciones de mantenimiento de la paz, etc.; y

e) La validez de los certificados, las licencias y otros documentos otorgados a los nacionales de un Estado predecesor sobre la base de la calidad de miembro de ese Estado en la organización.

a) *La calidad de miembro de un Estado sucesor en una organización internacional*

33. La opinión general es que la calidad de miembro de las organizaciones internacionales es un derecho personal con respecto al cual la sucesión no es, en principio, posible. Según este parecer, los nuevos Estados surgidos de cambios territoriales deben adquirir la calidad de miembro en su propio nombre, si así lo desean.

34. Sin embargo, ha habido en la práctica considerables diferencias según el carácter del cambio territorial. Por ejemplo, las uniones formadas por ex Estados miembros

se convirtieron automáticamente en miembros de las organizaciones internacionales de las que eran miembros sus integrantes antes de la consolidación. Sin embargo, el número de estos casos no permite dejar firmemente establecido si es preciso que todos los integrantes, o sólo uno de ellos, hayan sido miembros de la Organización.

35. Las organizaciones internacionales con requisitos menos rígidos para adquirir la calidad de miembro, como la UPU en Berna o la Unión de París, o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, permiten también la sucesión en los casos de Estados surgidos de la disolución de un ex Estado Miembro, o de la secesión. Por razones pragmáticas se permitió la sucesión en calidad de miembro después de la disolución de la República Árabe Unida, incluso en las Naciones Unidas<sup>17</sup>.

36. Algunas organizaciones internacionales preveían la calidad de miembro o de miembro asociado para las antiguas dependencias que tenían personalidad internacional. Dado que la personalidad del nuevo Estado era idéntica a la de la antigua dependencia, la calidad de miembro o de miembro asociado de ésta no resultaba afectada. Aunque no había una elevación automática a la calidad de miembro pleno, las organizaciones interesadas han adoptado soluciones pragmáticas para lograr una transición sin tropiezos a fin de evitar la caducidad automática de la calidad de miembro asociado en el momento de la adhesión a la independencia<sup>18</sup>.

b) *Las consecuencias de los cambios territoriales en la calidad de miembro de un Estado predecesor*

37. El Estado miembro del cual se ha separado el nuevo Estado o el Estado miembro al que se unen otros Estados o territorios conserva su calidad de miembro debido a la identidad de su personería jurídica, aunque es posible que cambien los derechos y las obligaciones derivados de su calidad de miembro.

38. Sin embargo, quedan por contestar a este respecto varias cuestiones relacionadas, como las siguientes:

a) Los criterios para determinar la identidad de la personalidad jurídica del Estado miembro, es decir, el estatuto del Estado predecesor;

<sup>17</sup> *Anuario 1962* (vease nota 15 *supra*), Zemanek, *loc cit*, págs. 244 a 252, y la nota de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, doc. L. C. A. N.º 38 (92), de 23 de septiembre de 1992, en la que se establece, entre otras cosas, lo siguiente

«[ ] la República de Eslovenia, habiendo participado en periodos de sesiones anteriores dentro del marco del Estado serbo-croata-esloveno (periodos de sesiones quinto y sexto) y como parte de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, país que fue aceptado en calidad de sucesor del Estado serbo-croata-esloveno en la Conferencia [ ] queda incluida dentro de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 2 de los Estatutos [ ] Sin embargo, es posible que algunos Estados miembros de la Conferencia no compartan este parecer y consideren que Eslovenia está comprendida en el marco del párrafo 2 del artículo 2, y debería someterse así al procedimiento de admisión [ ]»

<sup>18</sup> Véanse la resolución WHA 14.45 de la OMS, 14.ª Asamblea Mundial de la Salud, *Actes officiels*, Nueva Delhi, 7 a 24 de febrero de 1961, N.º 110, parte I, pag. 19, y el Informe del 10.º período de sesiones de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), 31 de octubre a 20 de noviembre de 1959 (FAO C59/Report), págs. 266 a 268.

<sup>16</sup> *Ibid.*, véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, segundo período de sesiones, Primera Comisión*, documento A/C.1/212, anexo 14 g, págs. 582 y 583.

b) La posibilidad de que la organización prive en ciertas condiciones al Estado predecesor de su derecho a continuar automáticamente su calidad de miembro en la Organización propiamente dicha o en sus órganos con plena representación;

c) Los efectos jurídicos de un acuerdo entre el Estado predecesor y el Estado o los Estados sucesores con respecto a la continuación de la calidad de miembro en organizaciones internacionales;

d) La obligación del Estado predecesor de otorgar nuevas credenciales a sus representantes en la organización (véase, por ejemplo, el caso de la India en las Naciones Unidas después de la secesión del Pakistán);

e) El derecho del Estado predecesor de mantener un estatuto especial en la organización (véase, por ejemplo, el lugar de la Federación de Rusia en el Consejo de Seguridad), etc.

39. A este respecto, cabe hacer referencia a varios documentos de las Naciones Unidas<sup>19</sup>.

c) *La distribución entre los Estados sucesores o entre el Estado predecesor y los Estados sucesores de las obligaciones y los derechos resultantes de la calidad de miembro de la organización*

40. Los derechos y obligaciones resultantes de la calidad de miembro de una organización tienen, en principio, un carácter «personal» y desaparecen con la calidad de miembro (o pasan a corresponder en su totalidad al Estado predecesor, que sigue siendo un Estado miembro de la organización), como ocurre, por ejemplo, con el derecho a participar en las sesiones, a votar, etc. Sin embargo, algunas obligaciones y derechos del Estado predecesor relacionados con su calidad de Miembro tienen un carácter diferente y podrían en principio compartirse entre los Estados sucesores o entre el Estado predecesor y los Estados sucesores. Aunque esta distribución de las obligaciones y los derechos podría considerarse en una situación en que los Estados sucesores se incorporan en calidad de nuevos miembros a la organización, no cabe esperar que se aplique cuando los Estados sucesores deciden permanecer fuera de la organización.

<sup>19</sup> Véanse la resolución 47/1 de la Asamblea General, relativa a la calidad de Miembro de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en las Naciones Unidas y a la participación de Yugoslavia en la labor de la Asamblea General, y la carta del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, de 29 de septiembre de 1992, relativa a esta cuestión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Anexos*, tema 8 del programa, documento A/47/485)

Véanse también el Acuerdo relativo a la devolución de los derechos y obligaciones internacionales a los dominios de la India y el Pakistán, de 6 de agosto de 1947, documento A/C 6/161, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, anexo 6C, págs. 308 a 310, o la Declaración de Alma Ata, firmada el 21 de diciembre de 1991 por 11 Repúblicas de la ex Unión Soviética con respecto a la continuación de la calidad de miembro de la Federación de Rusia en las organizaciones internacionales de que la Unión Soviética era anteriormente miembro (A/47/60-S/23329, anexo II), y el comunicado de prensa de las Naciones Unidas PM/473, de 12 de agosto de 1974, relativo a la presentación de las nuevas credenciales del representante de la India ante el Consejo de Seguridad y el Consejo Económico y Social (*Anuario 1962* [véase nota 15 *supra*], págs. 118 y 119)

41. Son ejemplos de obligaciones o derechos de este carácter los siguientes:

a) Las contribuciones atrasadas del Estado predecesor adeudadas al presupuesto o a los fondos de la organización;

b) Las contribuciones del Estado predecesor a los fondos de la organización en la forma de créditos o de adelantos (por ejemplo, al Fondo de Operaciones de las Naciones Unidas), o en la forma de depósitos no recuperables [por ejemplo, la cuota de ingreso prevista en el artículo XXVIII de la Convención por la que se establece la Organización Internacional de Metrología Legal (1955)];

c) La participación en los activos de la organización;

y

d) Los proyectos en marcha (cuando el Estado predecesor es receptor o contribuyente del proyecto).

d) *El estatuto de los observadores militares y otros observadores, así como de las unidades que participan en operaciones de mantenimiento de la paz, etc.*

42. La interacción entre las organizaciones internacionales y sus Estados miembros es cada vez más amplia y abarca diferentes formas de participación de los Estados miembros en las actividades emprendidas por la organización. La terminación imprevista de la calidad de miembro resultante de la sucesión del Estado por parte de un Estado que proporciona personal para una misión de observación o de otra índole, o una unidad para una operación de mantenimiento de la paz, puede causar problemas relacionados, entre otras cosas, con:

a) La admisibilidad de la participación continuada del personal (la unidad) en la misión (la operación); y

b) La responsabilidad en lo que respecta al mando y a la financiación de la unidad.

e) *La validez de los certificados, las licencias, etc., otorgados o exigidos por las organizaciones internacionales*

43. Hay varias categorías de certificados, licencias y otros documentos otorgados o exigidos por los organismos especializados u otras organizaciones internacionales a los nacionales de sus Estados miembros que participan en actividades concretas, como la aviación civil, la navegación marítima, etc. La validez de estos documentos con respecto a terceros Estados depende de la calidad de miembro del Estado en la organización internacional. Es preciso buscar soluciones pragmáticas que reduzcan el impacto negativo de una interrupción, aunque sea breve, de la calidad de miembro del Estado en la organización internacional causada por la sucesión del Estado.

### 3. POSIBLES RESULTADOS DE LA LABOR

44. El análisis por la Comisión de Derecho Internacional de la práctica de las organizaciones internacionales con respecto a las consecuencias de la sucesión de los Estados sobre las relaciones entre esas organizaciones y los Estados interesados podría llevar a la elaboración de un informe que contuviera directrices generales para la

solución de diferentes categorías de problemas que son en muchos aspectos comunes a muchas organizaciones.

45. Ese informe podría tener el efecto de unificar la práctica de las organizaciones internacionales. Podría contener algunas recomendaciones que las organizaciones internacionales podrían tener en cuenta para la elaboración o la enmienda de sus instrumentos respectivos o

sus reglamentaciones internas, o en cualquier caso particular que debieran resolver.

46. Esta cuestión no se presta a la codificación en la forma de una convención universal. Los esfuerzos de armonización tienen límites atribuibles a las características específicas de cada organización internacional, tal como se reflejan en su constitución o en otros instrumentos básicos o en sus reglamentos internos.

## El derecho relativo a las migraciones internacionales, por el Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda

1. La cuestión de las migraciones parecería a primera vista obedecer a una lógica que excluye el derecho. Las migraciones son inherentes a la vida de las especies (plantas, animales, seres humanos); es su forma «natural» de supervivencia, cualquiera que sea el reino a que pertenecen.

2. Entre la migración y la ley puede decirse que hay una relación de precedencia, o de cronología, que marca la afirmación de la primera como fenómeno concreto antes que resulte posible la aplicación potencial, y en consecuencia subsiguiente, de la segunda. La exclusión mutua de las dos se hace en consecuencia menos absoluta. Las migraciones, en particular las migraciones humanas, ya se producen dentro de los confines naturales de los Estados, o más allá de ellos, son un fenómeno social. Recaen en consecuencia dentro del campo operacional de la ley. La tendencia del fenómeno legal a incluir el fenómeno migratorio parece de esta manera tan natural como la vitalidad de este último, que le impulsa constantemente a liberarse del dominio de la ley.

3. Las relaciones entre la migración y la ley son tan antiguas como las montañas. El tratado internacional más antiguo, formalizado entre el Faraón Ramsés II y el Rey de los Hititas, cuyo texto está todavía grabado en las murallas de Karnak, en Tebas, muestra que hace 4.000 años los movimientos migratorios se regían ya por acuerdos internacionales, y que las condiciones a que estaban sometidos los trabajadores migrantes, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, estaban sujetas a reglamentación. El tema de la migración de poblaciones entre comunidades soberanas e independientes y de sus relaciones con arreglo a la ley es verdaderamente muy antiguo.

4. En la época contemporánea, la estructura de esas relaciones no ha cambiado en absoluto. Antiguamente, las migraciones internacionales afectaban el ordenamiento político y jurídico de comunidades soberanas. Actualmente afectan el orden de los Estados, y como corolario, el de las entidades que deben su existencia a la voluntad de los Estados.

5. La competencia *rationae personae* del Estado se ejerce cada vez que, debido a un incidente (casual), resulta preciso determinar la ley aplicable: la del Estado de origen, la del Estado de tránsito, la del Estado de acogida. El derecho de las migraciones internacionales tiene así su lugar histórico: es en primer término firmemente nacional en su contenido, antes de convertirse en objeto

de un tratamiento internacional, en particular a través de su aplicación en los litigios o los procedimientos mediante los cuales se formula. Los períodos de libertad o de restricción de las migraciones internacionales que han marcado el desarrollo del derecho sobre el tema a partir del siglo XVI hasta nuestro tiempo ilustran la importancia de los Estados, ya que los que deciden o se ven obligados a «migrar» son, inicialmente, nacionales de un Estado. Pasarán a estar dentro de la competencia *rationae personae* del Estado de acogida, pasando a veces en tránsito a través del territorio de un tercer Estado.

6. Sólo muy recientemente el derecho internacional, y en particular el derecho de los tratados, ha empezado a incluir la reglamentación de las migraciones internacionales.

7. Son muchos los factores que han influido en este proceso. En todas partes del mundo el Estado se ha establecido progresivamente como el marco exclusivo para determinar la identidad de las poblaciones, aunque sin lograr mantenerlas firmemente asentadas. La revolución tecnológica, a través del desarrollo de los medios de transporte masivos (por aire, tierra y mar), ha tendido a unir cada vez más a personas en un tiempo separadas unas de otras por grandes distancias. La pobreza de los Estados, producto del desarrollo desigual a escala planetaria, ha obligado a muchas personas del hemisferio sur a emigrar al Norte en la esperanza de encontrar allí su felicidad. En términos de la motivación inicial, no hay diferencia real entre la migración de Sur a Norte en busca de una vida mejor y las migraciones masivas de Europa al nuevo mundo (América, Australia y Nueva Zelandia) en el siglo XIX. La violencia estatal arrastra a poblaciones considerables a través de brechas sembradas en las murallas constituidas por las fronteras. La supervivencia de las especies pone de relieve el elemento de ficción de todo el poder estatal: se explica así la dimensión universal que ha adquirido actualmente el fenómeno de los refugiados. El advenimiento de las organizaciones internacionales de primera generación ha contribuido a la producción de un cúmulo de normas, basadas en preocupaciones humanitarias (para los refugiados de Europa) y preocupaciones sociales (al establecer los fundamentos para el estatuto jurídico de los trabajadores migrantes), que las organizaciones internacionales de reasentamiento, dondequiera que se hayan establecido (Europa, África, América), deberán perfeccionar y elaborar.

8. Existe en consecuencia el marco jurídico para las migraciones internacionales, pero los elementos geopolíticos de las migraciones no tienen todavía una estructura completa.

9. El marco carece de homogeneidad conceptual en lo que respecta a su objeto. El término «migración» no figura ni una sola vez en la Carta de las Naciones Unidas, aprobada bastante después de que empezaran a producirse migraciones internacionales y de que la práctica de los Estados sobre la cuestión estuviera suficientemente establecida. Antes del siglo XIX no había ninguna definición internacional universalmente reconocida del término «migrante». Después de la primera guerra mundial, la Oficina Internacional del Trabajo debió recurrir a las legislaciones nacionales para elaborar una definición de la inmigración y de la emigración. El fenómeno migratorio en su totalidad no puede encararse sin hacer referencia a una recomendación de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1922, que se refiere a los fenómenos de la emigración, la inmigración, la repatriación y el tránsito de emigrantes a su salida y a su regreso.

10. Sin embargo, el derecho de las migraciones internacionales no brinda un concepto general del fenómeno al que se aplica. Su alcance y su aplicación están fragmentados. Ese derecho entraña, entre otras, la migración espontánea, la migración legalmente organizada y autorizada, la migración forzosa o impuesta, la migración política, la migración económica, la migración estacional, la migración anual o multianual, la migración continental y la migración transoceánica.

11. Además, no se ha resuelto tampoco la cuestión de determinar si las preocupaciones relativas a la migración son internas o internacionales. No cabe negar que algunas de ellas afectan solamente a los países de emigración (nacionalidad, pasaporte, salud), en tanto que otras afectan solamente a los países de inmigración (entrada, salida, naturalización de inmigrantes). Estos son sin duda problemas internos. Por otra parte, hay cuestiones que tienen un alcance internacional: las relativas al tránsito y la transmigración, las relativas a la aplicabilidad de la legislación nacional en territorio extranjero, las que se refieren específicamente a los ciudadanos que viven ya en territorio extranjero (refugiados, personas expulsadas, personas apátridas) y las que se refieren a los trabajadores extranjeros empleados fuera de sus países pero que tienen básicamente la intención de regresar.

12. Esta fragmentación de la cuestión de las migraciones internacionales exige necesariamente una reforma del régimen aplicable desde una perspectiva unificada y global. Desde el punto de vista de la promulgación, el régimen deberá armonizarse. Las estructuras internacionales de coordinación garantizarían su aplicación efectiva.

13. El profesor Richard Plender ha recopilado los tratados, los principios generales, las leyes nacionales pertinentes y las decisiones de los tribunales relativas al derecho de las migraciones internacionales en dos volúmenes<sup>1</sup>. El segundo tomo amplía el contenido del primero ya que, además de la jurisprudencia nacional e inter-

nacional, se catalogan la legislación de los Estados y los tratados y otros instrumentos internacionales desde 1793 hasta 1986. Estos dos trabajos constituyen una referencia básica para este tema.

14. Después de la reedición de estos dos tomos han aparecido varios textos nacionales e internacionales:

a) *Tratados*

La Convención entre Francia y España relativa a la inmigración clandestina;

El Acuerdo entre España y Francia relativo a la admisión de extranjeros ilegales en puestos fronterizos, de 8 de enero de 1988;

El Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado en Dublín el 15 de junio de 1990;

La Convención por la que se aplica el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la eliminación gradual de los controles fronterizos comunes, firmado el 19 de junio de 1990.

El Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992.

b) *Textos legislativos nacionales*

La Ley de Inmigración de los Estados Unidos, de 6 de noviembre de 1986 (que entró en vigor el 5 de mayo de 1987)<sup>2</sup>;

Las «medidas» encaminadas a limitar el número de solicitantes de asilo en la República Federal de Alemania adoptadas por el Parlamento (de Alemania Occidental) el 13 de noviembre de 1986<sup>3</sup>;

La ley italiana del 27 de enero de 1987 por la que se establecen las normas relativas a la colocación y el tratamiento de extranjeros que no pertenecen a un Estado miembro de la Comunidad y contra la inmigración clandestina.

c) *Decisiones judiciales*

Consejo Constitucional (Francia), decisión de 25 de junio de 1991, relativa a la autorización de la aprobación del Convenio por el que se aplica el Acuerdo de Schengen;

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de julio de 1987 (casos 281/85, 283 a 285/85 y 287/85).

d) *Varios*

El informe del Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, aprobado el 23 de febrero de 1987, sobre las limitaciones que han de imponerse al ejercicio del derecho de asilo.

<sup>2</sup> *United States Statutes at Large*, vol. 100, 1986, 4.ª parte, ley N.º 99-603, pág. 3359.

<sup>3</sup> Véase *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, vol. 40, actas de las sesiones del Bundestag del 12 de noviembre al 11 de diciembre de 1986.

<sup>1</sup> *Basic Documents on International Migration Law e International Migration Law*, 2.ª ed. rev., Richard Plender ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

15. Hay en relación con este tema una doctrina considerable<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> a) Libros Pierre Georges, *Les migrations internationales*, Paris, Presses universitaires de France, 1976, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movements of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, y Richard Plender (véase nota 1 supra),

b) Estudios Jorge Balan, *Las migraciones internacionales en el Cono Sur*, Ginebra, CIM, 1985, Ramiro Cardona, *Migraciones internacionales de los países del Pacto Andino*, Ginebra, CIM, 1985, Suzy Castor, *Migración y relaciones internacionales (El caso Haitiano-Dominicano)*, Santo Domingo, Universidad Autónoma de Santo Domingo, 1989, Nicole Catala, *Communauté économique européenne—Jurisclasseur droit international*, 1990, Fasc 611, N<sup>os</sup> 9 a 12, Julien Conde, *Les migrations internationales Sud-Nord*, Paris, OCDE, 1986, vols 1 y 2, Julien Conde, *Les migrations africaines dans la Communauté européenne*, Paris, OCDE, 1992, Raymond Sarraute, «Refugie», *Repertoire de droit international—Encyclopedie juridique*, Dalloz, vol II, pag 728, Eberhard Jahn, «Intergovernmental Committee for Migration», *Encyclopedia of Public International Law*, vol 5, 1983, pag 41, y Eberhard Jahn, «Migration movements», *ibid*, vol 8, 1985, pag 377

c) Cursos Charles de Boeck, «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en souleve la pratique», *Recueil des cours 1927-III*, vol 18, pag 443, Stelio Seferiades, «L'echange des populations», *Recueil des cours 1928-IV*, vol 24, pag 307, y Louis Varlez, «Les migrations internationales et leur réglementation», *Recueil des cours 1927-V III*, vol 20, pag 165

d) Colecciones «Migrazioni», *Affari sociali internazionali*, Milan, 19<sup>o</sup> año, N<sup>os</sup> 1 y 4, 1991, «XII<sup>e</sup> congres de l'Institut international de droit d'expression française sur les mouvements de population», *Revue juridique et politique, independance et cooperation*, 34<sup>o</sup> año, N<sup>o</sup> 1, enero-marzo de 1980, «Movimenti migratori un problema globale», *Politica internazionale*, 19<sup>o</sup> año, N<sup>o</sup> 5, septiembre-octubre de 1991, «La Migration», *Revue internationale des sciences sociales*, UNESCO, vol XXXVI, N<sup>o</sup> 3, 1984, «Les migrations internationales au Moyen-Orient», *Revue tiers-monde*, vol XXVI, N<sup>o</sup> 104, octubre-diciembre de 1985, y «Les travailleurs étrangers et le droit international», *Societe française pour le droit international*, Paris, Pedone, 1979

e) Artículos A A Afolayan, «Immigration and Expulsion of ECOWAS Aliens in Nigeria», *International Migration Review* (Nueva York), vol 22, N<sup>o</sup> 1, 1988, pag 4, Reginald Appleyard, «Migration and Development Myths and Reality», *ibid*, vol 23, N<sup>o</sup> 3, 1989, pag 486, Hans Arnold, «The "Century of Refugee"—A European Century?», *Aussenpolitik* (Hamburgo), vol 42, N<sup>o</sup> 3, 1991, pag 271, Maurice Bertrand, «Menaces Entre l'imaginaire et le reel», *Le trimestre du monde* (Paris), N<sup>o</sup> 1, 1991, pag 93, V Dovonon, «L'OIT, l'ONU et les migrations Cooperation ou conflit de competence?», *Revue de droit international et de droit compare* (Bruselas), vol 66, N<sup>o</sup> 1, 1989, pag 24, Dennis Gallagher, «The Evolution of the International Refugee System», *International Migration Review*, vol 23, N<sup>o</sup> 3, 1989, pag 579, Jean-Pierre Goman, «La palette des perils», *Defense nationale* (Paris), vol 43, 1987, pag 77, Jean-Pierre Hocke, «Refugies et migration de la derive europeenne a l'urgence d'une action en accord avec les valeurs proclamees», *Cadmos* (Paris), 13<sup>o</sup> año, N<sup>o</sup> 50, 1990, pag 88, Rainer Hofmann, «Refugee Law in Africa», *Law and State* (Tubingen), vol 39, 1989, pag 79, Charles Leben, «La circulation internationale des personnes et le droit international», *Annales de la faculte de droit et de sciences politiques de Clermont-Ferrand* (Paris), vol 15, N<sup>o</sup> 1, 1978, pag 629, Donatella Luca, «La notion de "solution" au probleme des refugies», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Ginebra), vol 65, N<sup>o</sup> 1, 1987, pag 1, David A Martin, «Effects of International Law on Migration Policy and Practice The Uses of Hypocrisy», *International Migration Review*, vol 23, N<sup>o</sup> 3, pag 547, Richard Perruchoud, «L'Organisation internationale pour les migrations», *Annuaire français de droit international*, vol XXXIII, 1987, pag 513, Ger d Prunier, «La communauté indienne d'Ouganda, des origines a l'expulsion», *Le mois en Afrique* (Paris), 16<sup>o</sup> año, 1981, pag 61, Larbi Talha, «La migration des travailleurs entre le Maghreb et l'Europe», *Revue française d'etudes mediterraneennes*, 1975, pag 65, y Love-more M Zinyama, «International migrations to and from Zimbabwe and the influence of political changes on population movements, 1965-1987», *International Migration Review*, vol 24, N<sup>o</sup> 4, 1990, pag 748

f) Informes «Trends and Characteristics of International Migration since 1950», *Etudes demographiques* N<sup>o</sup> 64 (publicacion de las Naciones Unidas, N<sup>o</sup> de venta F 78 XIII 5) (ST/ESA/SER A/64), y Naciones Unidas, «Conclusions on the International Protection of Refugees», Ginebra, 1991

16. Ya sea que culmine en un estudio, un informe o un proyecto de convención, la inclusión del tema «Derecho migratorio internacional» en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional no debería tropezar con objeciones importantes. La tarea de la Comisión de presentar estudios o informes específicos a la Asamblea General no es, sin embargo, tan bien conocida por el público, o siquiera por los organismos especializados, como lo es su tarea de elaborar proyectos de convención.

17. Sin embargo, hay un malentendido que es preciso aclarar. Cualesquiera que sean las particularidades formales que pueda tener la labor de la Comisión de Derecho Internacional, esa labor es siempre el producto final de estudios prolongados. El método de trabajo es una cosa, el principio a este respecto es inmutable. Pero la naturaleza de los resultados finales está determinada por el interés que reviste la cuestión en un momento dado y consiguientemente por la decisión de la propia Comisión.

18. ¿Son los informes y los proyectos de artículos dos cosas distintas y separadas? Hay tópicos y subtópicos sobre los cuales la Comisión ha presentado informes definitivos. Otras cuestiones, por el contrario, han avanzado más allá de esa etapa y han alcanzado el estatuto de proyectos de artículos. Sin perseguir necesariamente el mismo objetivo (informar y codificar), los proyectos de convención no pueden elaborarse dentro del marco de la Comisión sin la preparación previa de un informe y, en ese contexto, los relatores especiales trabajan durante períodos prolongados, a largo plazo, a diferencia de los relatores cuyo mandato tiene un plazo limitado. Desde este punto de vista, este «esbozo» o «resumen» del tema del derecho migratorio internacional pertenece sin duda alguna al género de los informes, claramente distinto del género de los proyectos de convención.

19. Por último, cualquiera que sea su objetivo (y a causa de él), la estructura formal de los dos géneros es desigual. Es posible preparar cualquier tipo de informe sobre el derecho migratorio internacional. Sin embargo, sólo puede elaborarse un proyecto de convención sobre esa cuestión.

20. No es improbable que se tropiece con dificultades al embarcarse en la preparación de proyectos de artículos sobre el derecho migratorio internacional, dado que se trata de un tema regido por el derecho internacional y con respecto al cual existen ya en consecuencia reglamentaciones concretas. No habría necesidad de un desarrollo o una codificación progresivos.

21. Sin embargo, no hay un concepto jurídico general de la migración internacional. El desarrollo del tema de la migración internacional se ha producido en algún lugar entre el derecho humanitario internacional y el derecho social internacional. La aplicación de las normas definidas por esas dos disciplinas ha permanecido estrechamente subordinada a la autoridad de distintas políticas internacionales definidas unilateralmente por los Estados a la luz de su propio enfoque del fenómeno de las migraciones, incluso cuando declaran que aceptan la primacía del derecho internacional porque pertenecen a organizaciones de reasentamiento. Se trata en general de políticas a puertas cerradas que afectan los derechos de otros Estados y otras personas, derechos cuyos mecanismos de pro-

tección general es preciso definir. Un concepto de la migración internacional capaz de obtener el apoyo de los Estados y las organizaciones internacionales parece ser un requisito previo para el diseño de los mecanismos y para la garantía de su eficacia.

22. La elaboración de un concepto general implica la elaboración de una convención general sobre los principios y normas aplicables a los movimientos internacionales de población. El resultado de ello sería la reducción del monopolio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en esta esfera. La participación de organizaciones no gubernamentales, como el CICR y la OIM, en esta empresa no sólo pondría de relieve la función de esas organizaciones como interlocutores de los Estados sino que serviría también para dar nuevo impulso a su institucionalización. Se reduciría en consecuencia la fragmentación jurídica e institucional del derecho migratorio internacional, ya que el objetivo de la convención sería reemplazar ese derecho por un régimen más unificado establecido teniendo en cuenta las tendencias actuales con respecto a los movimientos migratorios internacionales. La necesidad de adaptar las normas clásicas a nuevos tipos de problemas debe determinar por esa razón la dirección de la política de las Naciones Unidas encaminada a obtener la aceptación por los Estados de un régimen común de normas aplicables a los movimientos de población.

23. La sustitución del concepto de «migración» por el de movimientos de población se debe a la preocupación por hacer frente a la realidad del fenómeno en toda su diversidad. Ese fenómeno ha cambiado, y no cabe permitir que las leyes que se le aplican queden atrasadas con respecto a la realidad. Un proyecto general de convención sobre el derecho aplicable a los movimientos internacionales de población respondería a la necesidad de actualización de tres grupos de intereses: los de los Estados, los de las personas y los de la comunidad internacional.

24. Un nuevo orden mundial de las migraciones internacionales encontraría en el nuevo orden mundial un punto de referencia que iría mucho más allá del idealismo o de las abstracciones tradicionales. La experimentación directa, pero ordenada, debe acompañar y sostener la conversión mundial a la ideología democrática, que reduce la apariencia ilegal del derecho de intervención. Este mismo espíritu de solidaridad, elevado al nivel del principio y empleado como justificación para la intervención de los gobiernos o de los Estados en las cuestiones internas de otros Estados, justificaría también la migración de un segmento dado de la población de un país a otro sin temor de no ser aceptada, siquiera por un plazo breve. La función del derecho sería entonces impedir las exclusiones arbitrarias y proporcionar protección legislativa para corredores de tránsito, residencia y (¿por qué no?) llegada. Se vería así que prevención rima con protección, la protección que se promueve en la doctrina (Bertrand, Hocké, Perruchoud) de los movimientos migratorios y que es, después de todo, el objetivo final.

25. Pero, para ser realista, una política jurídica de las migraciones internacionales debe estar efectivamente supervisada; es preciso prever en consecuencia mecanismos de control. Esta obligación se desprende de la necesidad de definir canales institucionales para la ordenación de los movimientos migratorios, desde canales de asistencia o financiación hasta canales de asentamiento, reintegración o retorno. La reestructuración de la función de los Estados (derechos y obligaciones), la participación de las organizaciones regionales existentes (para los servicios de asesoramiento y de asistencia), la identificación de los colaboradores, en particular a nivel internacional, la participación en la aplicación de programas de supervisión de los movimientos migratorios; todos estos elementos conforman un nuevo sistema de asignación y coordinación de las misiones y las funciones que completarían el mecanismo preventivo, de acuerdo con un concepto integrado, en el mismo instrumento jurídico.

### La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, por el Sr. Alain Pellet

1. La propuesta de incluir el tema «Efectos jurídicos de las reservas a las convenciones multilaterales y de las objeciones a dichas reservas» en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional se formuló en el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, durante el examen en la Sexta Comisión del informe de la Comisión de Derecho Internacional<sup>1</sup>. El tema fue examinado por el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo establecido por el Grupo de Planificación, que incluyó «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados» en la selección de temas cuyo estudio por la Comisión de Derecho Internacional podía ser idóneo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Véase el Resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante el cuadragésimo sexto período de sesiones, preparado por la Secretaría (A/CN.4/L.469), párr. 422.

<sup>2</sup> Informe del Grupo de Planificación (A/CN.4/L.473/Rev.1), párr. 21.

2. El Grupo de Trabajo había indicado que este tema «podría ser idóneo para ser incluido sin demora en el programa y podría ser objeto de un instrumento de codificación». El Grupo de Planificación, «aunque no estaba en desacuerdo con esa conclusión, decidió no hacer ninguna recomendación en [esa] etapa y volver a examinar la cuestión después de que [hubieran] sido evaluadas las perspectivas que ofrecían otros temas»<sup>3</sup>.

#### 1. LABOR ANTERIOR DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL

3. En varias ocasiones, se pidió a la Comisión de Derecho Internacional que examinara la cuestión de las reservas formuladas a los tratados. Así lo hizo durante la pre-

<sup>3</sup> *Ibid.*, párr. 23.

paración del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que sería la fuente de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, cuyos artículos 19 a 23 tratan de las reservas<sup>4</sup>.

4. Tras ciertas vacilaciones, el texto de esos artículos se reprodujo, virtualmente palabra por palabra y con la misma numeración, en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales<sup>5</sup>.

5. La cuestión de las reservas se trata también en el artículo 20 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados<sup>6</sup>.

## 2. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL TEMA EN LA PRACTICA Y LA DOCTRINA

6. Sir Hersch Lauterpacht hizo observar en su primer informe sobre el derecho de los tratados que:

*The subject of reservations to multilateral treaties is one of unusual—in fact baffling—complexity and would serve no useful purpose to simplify artificially an inherent complex problem* [El tema de las reservas a los tratados multilaterales es un problema de una complejidad poco común—verdaderamente desconcertante—y de nada serviría simplificar artificialmente un problema esencialmente complejo]<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Veanse, en especial, *Yearbook 1951*, vol II, págs 1 a 17, documento A/CN.4/41, informe de Sir James L. Brierly, *Yearbook 1953*, vol II, págs 90 a 162, documento A/CN.4/63, informe del Sr Hersch Lauterpacht, *Anuario 1962*, vol II, pag 31, documento A/CN.4/144, primer informe de Sir Humphrey Waldock, en especial págs 68 a 79, artículos 17 a 19 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y sus comentarios, y págs 84 a 93, apéndice «Reseña histórica de la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales», *Anuario 1965*, vol II, pag 1, documento A/CN.4/177 y Add I y 2 (cuarto informe de Sir Humphrey Waldock), en especial págs 14 (apartado f del párrafo 1 «Reserva») y 46 a 59 (sección III), *ibid*, págs 78 a 115, documento A/5687, informe del Secretario General sobre «la práctica seguida por los depositarios en relación con las reservas», y *Anuario 1966*, vol II, pag 185, documento A/6309/Rev.1, informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en la segunda parte de su 17.º período de sesiones, en especial pag 209, párrafo 11 del comentario al artículo 2 (anteriormente artículo 1), y págs 222 a 230 (sección 2 Reservas a los tratados multilaterales)

Para una lista más detallada de obras pertinentes veanse «Guía al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 18.º período de sesiones (1966)» (A/C.6/376), págs 79 a 87, Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1978, págs 489 a 492, y Shabtai Rosenne, *The Law of Treaties A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1970, págs 182 a 187

<sup>5</sup> Veanse, en especial, *Anuario 1975*, vol II, págs 27 a 49, cuarto informe del Sr Paul Reuter, *Anuario 1977*, vol II (segunda parte), págs 107 a 117, *Anuario 1981*, vol II (primera parte), pag 49, documento A/CN.4/341 y Add I, décimo informe del Sr Paul Reuter, en especial págs 63 a 72, sección 2, *ibid*, vol II (segunda parte), págs 141 a 146, sección 2, y *Anuario 1982*, vol II (segunda parte), págs 34 a 39, sección 2

<sup>6</sup> Veanse, en especial, *Anuario 1970*, vol II, pag 27, documento A/CN.4/224 y Add I, tercer informe de Sir Humphrey Waldock, en especial págs 50 a 56, artículo 9 y su comentario, *Anuario 1972*, vol II, págs 237 y ss., documento A/8710/Rev.1, informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 24.º período de sesiones, en especial págs 283 a 288, artículo 15, *Anuario 1974*, vol II (primera parte), pag 1, documento A/CN.4/278 y Add I a 6, primer informe de Sir Francis Vallat, en especial págs 52 a 56, artículo 15, e *ibid*, págs 157 y ss., documento A/9610/Rev.1, informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 26.º período de sesiones, en especial págs 224 a 230, artículo 19

<sup>7</sup> *Yearbook 1953*, vol II, pag 90, documento A/CN.4/63, en especial pag 124

7. Cabe elogiar mercedamente los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena que

[ ] son evidentemente una de las piezas maestras de la Convención, tanto por su precisión técnica como por la gran flexibilidad que han introducido en el régimen de las convenciones multilaterales<sup>8</sup>

8. No obstante, como señaló la Comisión, coincidiendo con Reuter,

Incluso en el caso de los tratados entre Estados, la cuestión de las reservas ha sido siempre difícil y controvertida y cabe que ni siquiera las disposiciones de la Convención de Viena [de 1969] hayan resuelto todas las dificultades<sup>9</sup>

9. En general, los autores comparten esta opinión y subrayan que las tres Convenciones de Viena pertinentes (véase I *supra*, párrs. 3 a 5) han dejado importantes incertidumbres con respecto al régimen jurídico aplicable a las reservas. Además, la existencia de esas incertidumbres queda cumplidamente demostrada por la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, a menudo vacilante y poco clara.

10. La abundancia de literatura dedicada al tema de las reservas formuladas a los tratados atestigua que la doctrina es sistemáticamente confusa con respecto a los problemas, que son de carácter altamente técnico y sumamente complejo, pero que a la vez revisten una excepcional importancia práctica. Como señaló José María Ruda,

*The question of reservations to multilateral treaties has been one of the most controversial subjects in contemporary international law* [La cuestión de las reservas a los tratados multilaterales ha sido uno de los temas más controvertidos en el derecho internacional contemporáneo]<sup>10</sup>

11. Apenas si es preciso recordar, a este respecto, la abundancia de artículos dedicados a las reservas en las obras que tratan del derecho de los tratados en general, e incluso en los tratados y los manuales de derecho internacional general<sup>11</sup>. A esta larga lista, que a pesar de ello

<sup>8</sup> Cuarto informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, del Sr Paul Reuter (vease nota 5 *supra*), en especial pag 38, párrafo 1 del comentario general a la sección 2

<sup>9</sup> *Anuario 1982*, vol II (segunda parte), pag 34, párrafo 1 del comentario general de la sección 2

<sup>10</sup> «Reservations to Treaties», *Recueil des cours 1975-III*, vol 146, pag 95

<sup>11</sup> Veanse, en especial, y únicamente a título de ejemplo, algunas de las obras estándar sobre el derecho de los tratados Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, págs 71 a 77, Tashm O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1974, págs 27 a 36, Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, págs 158 a 177, Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, págs 71 a 76, y notas complementarias, pag 82, y Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Inglaterra, Manchester University Press, 2.ª ed., 1984, págs 40 a 50

Desde la aprobación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la lista de monografías clásicas sobre la reserva se ha visto enriquecida por nuevas obras, detalladas y fruto de una investigación minuciosa. Entre los estudios publicados con anterioridad a 1969, veanse, en especial D. R. Anderson, «Reservations to Multilateral Conventions: A Re-examination», *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol 13, 1964, pag 450, William W. Bishop, Jr., «Reservations to Treaties», *Recueil des cours 1961-II*, vol 103, pag 245, Gerald Fitzmaurice, «Reservations to Multilateral Conventions», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 2, 1953, pag 1, Kaye Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux*,

queda incompleta, deben añadirse el gran número de monografías dedicadas al estudio de la práctica nacional en la esfera de las reservas, a las reservas formuladas a una determinada convención o a un determinado tipo de tratado, o a algunas cuestiones específicas. Algunas de estas obras se mencionarán *infra*.

12. En el ámbito necesariamente limitado de este informe, sería imposible proporcionar un panorama exhaustivo de las cuestiones que plantea el régimen jurídico aplicable a las reservas. Prácticamente, cuanto cabe hacer es elaborar una lista incompleta de dichas cuestiones, comenzando necesariamente con las Convenciones de Viena de 1978, 1986 y, en especial, 1969<sup>12</sup>.

13. Por razones de conveniencia, aunque de una manera más bien artificial, se tratarán sucesivamente las cuestiones relativas a: a) la existencia misma de estas Convenciones; b) sus ambigüedades, y c) sus lagunas.

a) *Problemas suscitados por la inclusión de disposiciones relativas a la formulación de reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados*

14. Con el paso del tiempo, la cuestión de determinar si las normas relativas a las reservas establecidas en la Convención de 1969 constituyen un aspecto de la codificación o del desarrollo progresivo se ha tornado en gran medida obsoleta. Por otra parte, no cabe duda de que los artículos 19 a 23 abrieron nuevos horizontes —a veces de una manera considerable, según ciertas opiniones—, sobre

(Continuación de la nota 11)

Librairie Generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1958, Dietrich Kappeler, *Les reserves dans les traites internationaux*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basilea, 1958, Herbert W Malkin, «Reservations to Multilateral Conventions», *BYBIL*, vol VII, 1926, pag 141, Luis A Podesta Costa, «Les reserves dans les traites internationaux», *Revue de droit international*, 1938, N° 1, pag 1, Christian Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties. Comments on Arts 16 and 17 of the ILC's 1966 draft articles on the Law of Treaties», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol 27, 1967, pag 463, y Edoardo Vitta, *Le riserve nei trattati*, Turin, G. Giappichelli, 1957

Entre las monografías publicadas después de la aprobación de la Convención de Viena de 1969, veanse, en especial Derek W Bowett, «Reservations to Non-restricted Multilateral Treaties», *BYBIL*, 1976-1977, vol XLVIII, pag 67, Mohammed Ahsen Chaudri, «Reservations to multilateral treaties», *De Lege Pactorum Essays in Honor of Robert Renbert Winson*, Durham (N C), Duke University Press, 1970, pag 40, Richard W Edwards, Jr, «Reservations to Treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol 10, N° 2, 1989, pag 362, John K Gamble, Jr, «Reservations to multilateral treaties. A macroscopic view of State practice», *AJIL*, vol 74, N° 1, 1980, pag 372, V F Gubin, «Reservations in International Law» (en ruso), *Pravovedenie*, N° 5, 1972, pag 84, Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1988, Imbert, *op cit* (vease nota 4 *supra*), Jean K Koh, «Reservations to Multilateral Treaties How International Legal Doctrine Reflects World Vision», *Harvard International Law Journal*, vol 23, N° 1, 1982, pag 71, Rolf Kuhner, *Vorbehalte zu multilateralen Völkerrechtlichen Verträgen*, Berlin, Springer-Verlag, 1986, Rafael Nieto Navia, «Las reservas a los tratados multilaterales en la Convención de Viena de 1969», *Rev Universitas*, Bogota, junio de 1974, pag 283, Joseph Nisot, «Les reserves aux traites et la Convention de Vienne du 23 mai 1969», *RGDI*, 1973, vol 77, N° 1, pag 200, Ernesto J Rey Caro, «Las reservas de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados», *Revista de derecho internacional y ciencias diplomaticas* (Rosario), 1972, pag 168; Ruda, *loc cit* (vease nota 10 *supra*), y Renata Szafarz, «Reservations to Multilateral Treaties», *Polish Yearbook of International Law*, vol 2, 1970, pag 239

<sup>12</sup> Vease Karl Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Études de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pag 323

todo al establecer una verdadera «presunción en favor de las reservas»<sup>13</sup>. Pero, por otra parte, estas disposiciones han «cristalizado» de ese modo anteriores tendencias que estaban bastante avanzadas<sup>14</sup>.

*However, in the twenty years [and more] that have elapsed since the Vienna Convention was opened for signature, the rules regarding reservations stated in that treaty have come to be seen as basically wise and to have introduced desirable certainty* [Sin embargo, en los [mas de] 20 años transcurridos desde que se abrió a la firma la Convención de Viena, se ha pasado a considerar que las normas relativas a las reservas que figuran en el tratado son básicamente acertadas y han introducido una certidumbre conveniente]<sup>15</sup>

Dicha consolidación —con carácter parcial (véanse párrs. 16 y 17 *infra*)— fue propiciada por varios factores, en especial:

a) Las normas reflejaban las condiciones de la sociedad internacional en el momento en que fueron aprobadas;

b) Formaban parte de una tendencia general orientada a hacer de las convenciones multilaterales unos instrumentos más flexibles y abiertos;

c) Además, fueron aprobadas casi por unanimidad en la Conferencia de Viena; y

d) Fueron incluidas de nuevo en la Convención de 1986.

15. Estas consideraciones han hecho que los Estados respetaran de modo general estas disposiciones, independientemente de que hubieren ratificado o no la Convención<sup>16</sup>, e incluso, como en el caso de Francia, independientemente de que la hubieran o no firmado. Ello ha motivado que los tribunales y árbitros internacionales percibieran en las disposiciones una expresión de las normas consuetudinarias. A este respecto, se hace referencia a la decisión del Tribunal de Arbitraje Franco-Británico, de 30 de junio de 1977, en el caso relativo a la delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Francia (que de aquí en adelante se denominará el caso *mer d'Iroise*)<sup>17</sup>.

16. Sin embargo, sólo cabe mantener esta conclusión con ciertas reservas:

<sup>13</sup> Imbert, *op cit* (vease nota 4 *supra*), pag 87, veanse especialmente el párrafo 5 del artículo 20 y el párrafo 3 del artículo 21

<sup>14</sup> Vease, por ejemplo, R. R. Baxter, «Treaties and Custom», *Recueil des cours* 1970-I, vol 129, pag 48

<sup>15</sup> Edwards, Jr, *loc cit* (vease nota 11 *supra*), pag 365

<sup>16</sup> Vease, por ejemplo, en el caso del Reino Unido, las declaraciones de Sir Ian Sinclair, y en el caso de los Estados Unidos, las declaraciones de Robert E Dalton, en *American Society of International Law—Proceedings of the 78th Annual Meeting*, 1984, pages 273 y 274 y pag 278, respectivamente

<sup>17</sup> Naciones Unidas, *Recueil de sentences arbitrales*, vol XVIII (N° de venta E/F 80 V 7), pages 73 y ss., en especial los párrs 37 y 38 y 58 a 61, e *International Law Report*, vol 54, 1979, pages 35 y 36 y 44 y 45. Vease Imbert, «La question des reserves dans la decision arbitrale du 30 juin 1977 relative a la delimitation du plateau continental entre la Republique française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *AFDI*, vol XXIV, 1978, pag 29, y Boyle, «The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitration», *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol 29, 1980, pag 498, y Giorgio Gaja, «Unruly treaty reservations», *Le droit international a l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol I, pag 307



a) Las formulaciones de los tribunales no carecen de cierta ambigüedad:

- i) En el asunto *mer d'Iroise*, el Tribunal de Arbitraje se refiere a la definición de reserva en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, haciendo observar que es aceptada por ambas partes (párrafo 55 de la decisión), y parece más bien estar estableciendo una correlación entre las normas del derecho internacional general y las establecidas en el párrafo 3 del artículo 21 de la Convención, en vez de adoptar una posición general sobre el valor de la Convención como instrumento de codificación (véase el párrafo 61 de la decisión);
- ii) En el asunto *Temeltasch*, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la Convención «recoge primordialmente\* normas que existen en el derecho consuetudinario y tiene esencialmente\* la naturaleza de un instrumento de codificación»<sup>18</sup>.

b) A pesar de que existen lagunas en la Convención sobre puntos a veces importantes y de que no podía haber previsto normas aplicables a problemas que no se planteaban en el momento de su elaboración, la Convención sirvió como punto de partida para nuevas prácticas que en la actualidad no se aplican de manera sistemática, o por lo menos no en toda su dimensión<sup>19</sup>. A juicio de un autor,

*Calm has been introduced by the Vienna Convention on the law of the treaties [ ] However, the Vienna Convention —perhaps the most successful international effort at codification ever undertaken— has not frozen the law. Rather, the rules in the Convention structure its future development [La Convención de Viena ha introducido un elemento de tranquilidad en el derecho de los tratados [ ] Empero, la Convención de Viena —que tal vez sea el esfuerzo internacional de codificación de mayor éxito jamás emprendido— no ha congelado el derecho. Mas bien, las normas de la Convención estructuran su desarrollo futuro]*<sup>20</sup>

c) Por último cabe señalar, como punto más importante, que la práctica de los Estados respecto de ciertos puntos, o la práctica de algunos Estados, contradice los términos de la Convención de 1969. A este respecto, véase, en especial, «Unruly treaty reservations» de Giorgio Gaja<sup>21</sup>, en que el autor examina sucesivamente, ofreciendo ejemplos, las prácticas relacionadas con las cuestiones siguientes:

- i) Las reservas subsiguientes a la ratificación<sup>22</sup> (en oposición a las disposiciones del apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 19 de la Convención);

<sup>18</sup> Decision de 12 de octubre de 1981, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Decisions et rapports*, vol 26, N° 9116/80, pag 217, par 68. Véase Imbert, «Les réserves a la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire Temeltasch)», *RGDIP*, 1983, vol 87, N° 3, pag 580, e *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol 33 (3ª parte), pag 558

<sup>19</sup> Véase la posición del Secretario General de las Naciones Unidas respecto del plazo dentro del que los Estados pueden plantear objeciones a la reserva

«El Secretario General no cree tener la facultad, salvo que la Asamblea General le imparta nuevas instrucciones, para conformar su práctica a las normas de la Convención de Viena que serían inconciliables con las instrucciones en vigor»

(Naciones Unidas, *Anuario Jurídico* 1975, pag 216, e *ibid*, 1981, pag 186

<sup>20</sup> Edwards, Jr, *loc cit* (véase nota 11 *supra*), pag 405

<sup>21</sup> *Loc cit* (nota 17 *supra*), *passim*, pags 307 a 330

<sup>22</sup> *Ibid*, pags 310 a 313

- ii) El caso omiso que han hecho los Estados de las disposiciones del artículo 19 relativas a las reservas inadmisibles<sup>23</sup>, aunque bien es cierto que la redacción de esta disposición también resulta ambigua;
- iii) La falta de observancia de la condición suspensiva representada por el plazo de un año antes de que un Estado pueda pasar a ser parte de la Convención, tal como se prevé en el párrafo 5 del artículo 20<sup>24</sup>; y
- iv) El efecto de las objeciones a las reservas<sup>25</sup>, aunque, de nuevo en este contexto, las disposiciones del párrafo 4 del artículo 20 parecen encerrar una especial ambigüedad.

17. No todos estos argumentos tienen el mismo peso. Sin embargo, sugieren la adopción de un enfoque prudente e impiden llegar a la conclusión de que las normas aplicables a las reservas son de una claridad meridiana, incluso en los puntos cubiertos por la Convención de 1969; en relación con la Convención de 1986, la práctica parece virtualmente inexistente.

- b) *Las ambigüedades de las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados*

#### *Definición y ámbito de las reservas*

18. Con todo lo satisfactoria que pueda resultar la definición de reserva, que es la misma en la Convención de 1969 (apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2), la Convención de 1978 (apartado *j* del párrafo 1 del artículo 2) y la Convención de 1986 (apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2), dicha definición incurre en omisiones que provocan incertidumbres que a menudo pueden resultar muy inconvenientes. El primer punto que queda sin aclarar, aunque resulte más perturbador en la teoría que importante en la práctica, se refiere a la posibilidad de formular reservas a tratados bilaterales. El problema, no obstante, se plantea debido a la enmienda introducida por la Conferencia de Viena al título de la sección II de la segunda parte de la Convención de 1969 («Reservas» en lugar de «Reservas a los tratados multilaterales»), la ambigüedad de los trabajos preparatorios<sup>26</sup> y la opinión de algunos autores que aceptan que «las reservas pueden operar en teoría» respecto de los tratados bilaterales<sup>27</sup>.

19. De mucho mayor interés práctico es la distinción entre reservas, por una parte, y las «declaraciones interpretativas» a las que los Estados parecen recurrir con una frecuencia cada vez mayor y respecto de las que no se pronuncian las Convenciones<sup>28</sup>.

20. La conclusión que cabe extraer de fallos recientes es que, dejando aparte otras consideraciones al respecto, la «declaración interpretativa» debe considerarse como una verdadera reserva si reúne los requisitos de la definición que figura en las convenciones. A este respecto, se hace

<sup>23</sup> *Ibid*, pags 313 a 320

<sup>24</sup> *Ibid*, pags 320 a 324

<sup>25</sup> *Ibid*, pags 324 a 329

<sup>26</sup> Véase Edwards, Jr, *loc cit* (nota 11 *supra*), pags 402 a 405

<sup>27</sup> Véase el cuarto informe de Reuter (nota 5 *supra*), pag 38

<sup>28</sup> Véase, en especial, D M McRae, «The Legal Effect of Interpretative Declarations», *BYBIL*, 1978, vol XLIX, pag 155

referencia a la decisión arbitral de 30 de junio de 1977 en el asunto *mer d'Iroise*<sup>29</sup> (párrafo 55 de la decisión); al informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el asunto *Temeltasch*<sup>30</sup> (párr. 73), y al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Belilos* de 29 de abril de 1988<sup>31</sup>, o la decisión de 8 de noviembre de 1989 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *T. K. et M. K. c. France*<sup>32</sup>. Pero esas decisiones también prueban que es en extremo difícil establecer una distinción entre «declaraciones interpretativas calificadas» y «simples declaraciones interpretativas»<sup>33</sup>. Además, no está claro cuál pueda ser el efecto jurídico de este último tipo de declaraciones.

#### *Determinación de la validez de las reservas*

21. Es probable que la ambigüedad de las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 ha quedado ya demostrada de manera obvia. Esta ambigüedad procede de la vaguedad del artículo 19 y de la falta de precisión, como mínimo, del mecanismo de evaluación de la validez de las reservas previsto —o no previsto— en las Convenciones.

22. Como Reuter hizo observar,

[ ] si el tratado no se pronuncia, las únicas reservas prohibidas son las que resultarían incompatibles con su «objeto y su fin», un concepto utilizado de nuevo por la Comisión de Viena, aun cuando su interpretación sigue siendo tan incierta como cuando surgió la Opinión Consultiva del Tribunal de 1951<sup>34</sup>

23. Estas incertidumbres no se disipan sino que, por el contrario, se intensifican merced al párrafo 2 del artículo 20, que reintroduce el criterio del objeto y el fin del tratado con respecto a los tratados multilaterales y parece dar a entender a contrario que «una reserva contraria al objeto y el fin de un tratado puede ser autorizada si lo aceptan todas las partes»<sup>35</sup>. Además, la definición misma de estos tratados multilaterales todavía es en extremo deficiente<sup>36</sup>.

24. Estas ambigüedades serían un problema de menor importancia si, como varios Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional habían propuesto, las Convenciones hubieran definido la manera en que había que examinar la compatibilidad de una reserva con las normas respecto de las cuales se formaba la reserva. Sin embargo, no ha sido así<sup>37</sup>. Las Convenciones confían a cada uno de los Estados la tarea de evaluar, en lo que a él le concierne, la validez de una reserva, bien sea el mismo

Estado el autor de la reserva o si ésta ha sido formulada por otro Estado parte en el tratado. Además, en el apartado *b* del párrafo 4 del artículo 20 se indica que, excepto en los casos muy raros en que un Estado ha formulado una objeción en el sentido de que no tiene la intención de obligarse con respecto al Estado autor de la reserva, el tratado entra en vigor entre los dos Estados interesados. Es innegable que esta disposición, introducida por la Conferencia de Viena el 25 de abril de 1969, es contraria al proyecto de la Comisión y, por consiguiente, al resto del texto resultante del proyecto<sup>38</sup>.

25. En todo caso, los criterios para la validez de la reserva fijados en el artículo 19, en esas circunstancias, parecen ser «una simple afirmación doctrinal»<sup>39</sup>. Dichos criterios sólo serán algo más que una simple afirmación doctrinal si el tribunal internacional es competente para evaluar la validez de la reserva. A este respecto, se hace referencia a los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Belilos*<sup>40</sup> (párrs. 50 a 60), el asunto *Weber* de 22 de mayo de 1990<sup>41</sup> y al informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de marzo de 1991 sobre el asunto *Chrysostomos et al.*<sup>42</sup>.

#### *Régimen de las objeciones a las reservas*

26. La filosofía subyacente al régimen de objeciones a las reservas aprobado en 1969 y utilizado de nuevo en 1986 es evidente: permitir un máximo de flexibilidad; no obstante, el régimen dista mucho de estar bien definido y la práctica ha revelado sus serias ambigüedades.

27. La primera de estas ambigüedades se refiere al ámbito sustantivo de las objeciones. Como mínimo, una objeción provoca como consecuencia que «las disposiciones a que se refiere ésta no se aplicaran entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva»<sup>43</sup>. Sin embargo, no siempre es fácil determinar «la medida determinada por la reserva» y han surgido problemas difíciles a este respecto (en especial por lo que hace a las objeciones a reservas formuladas por un Estado al artículo 66 de la Convención de Viena y los efectos de dichas reservas sobre la aplicabilidad de los artículos 53 y 64 entre los Estados interesados<sup>44</sup>).

28. La interpretación de las Convenciones de 1969 y de 1986 entraña la misma dificultad por lo que se refiere a la admisibilidad y al ámbito de las objeciones a una reserva que no está prohibida en el tratado ni se opone a su objeto

<sup>29</sup> Véase nota 17 *supra*

<sup>30</sup> Véase nota 18 *supra*

<sup>31</sup> *Cour européenne des droits de l'homme — Jugements et décisions, Serie A*, vol. 132, párrs. 40 a 49 (véase Gerard Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme [a propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988]», *RGDIP*, vol. 93, N.º 2, 1989, pag. 273)

<sup>32</sup> CCPR/C/37/D/220/1987, anexo

<sup>33</sup> McRae, *loc cit* (véase nota 29 *supra*), pag. 160

<sup>34</sup> Reuter, *op cit* (véase nota 11 *supra*), pag. 63

<sup>35</sup> *Ibid*

<sup>36</sup> Véanse Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs. 109 a 120, y Jacques Dehaussy, «Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pag. 305

<sup>37</sup> Véase Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), pag. 93

<sup>38</sup> Véase Zemanek, *loc cit* (nota 12 *supra*), págs. 329 a 333

<sup>39</sup> Véase en especial Ruda, *loc cit* (nota 10 *supra*) Véanse también Edwards, Jr, *loc cit* (nota 11 *supra*), pag. 390, Gaja, *loc cit* (nota 17 *supra*), págs. 313 a 320, Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs. 134 a 137, y Reuter, *op cit* (nota 11 *supra*), pag. 74

<sup>40</sup> Véase nota 31 *supra*

<sup>41</sup> *Cour européenne des droits de l'homme — Jugements et décisions, Serie A*, vol. 177, párrs. 36 a 38

<sup>42</sup> *Commission européenne des droits de l'homme, Décisions et Rapports*, marzo 1991, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, N.º 3, 1991, pag. 193

<sup>43</sup> Párrafo 3 del artículo 21 de la Convención de Viena de 1969

<sup>44</sup> Véase Charles de Visscher, «Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités», *Revue belge de droit international*, 1972, vol. VIII, pag. 416 Véanse también Edwards, Jr, *loc cit* (nota 11 *supra*), pag. 325, e Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs. 265 a 267

y fin. Las soluciones que ofrece la práctica son diversas, y la doctrina proporciona diversas respuestas<sup>45</sup>.

29. No obstante, los Estados basan sus objeciones, por lo general, en la naturaleza inadmisibles de las reservas que objetan. Sin embargo, de nuevo aquí la práctica se muestra incongruente y existen opiniones divergentes. A juicio de algunos, las reservas prohibidas por el tratado anulan la ratificación y, por consiguiente, el Estado deja de ser parte en el tratado y la objeción solamente tiene una naturaleza de declaración<sup>46</sup>. Empero, la doctrina predominante se opone a este punto de vista y considera que el párrafo 23 del artículo 21 de la Convención de Viena no establece una distinción entre reservas admisibles y no admisibles en el sentido de que, algo paradójicamente, «una simple objeción [...] tiene un valor comparable únicamente al de una declaración interpretativa»<sup>47</sup>. El Tribunal de Arbitraje parece haber llegado a una decisión similar en el caso relativo a la delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Francia (caso *mer d'Iroise*<sup>48</sup>, párr. 61 de la decisión).

c) *Lagunas en las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados*

*Efectos de las reservas sobre la entrada en vigor de un tratado*

30. Es esta una importante cuestión, ampliamente debatida, que ha sido fuente de serias dificultades para el depositario y a la que no se le ha dado cumplida respuesta en las convenciones pertinentes. La práctica seguida en esta esfera por el Secretario General en su calidad de depositario, que se enmendó en 1975<sup>49</sup>, ha sido objeto de una crítica doctrinal más bien severa<sup>50</sup>.

31. Además, en una opinión emitida en 1982, la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinó que un tratado entra en vigor con respecto a un Estado en la fecha de depósito del instrumento de ratificación o de adhesión, independientemente de que dicho Estado hubiere o no formulado una reserva<sup>51</sup>. Esta posición fue aceptada en

algunos círculos<sup>52</sup> pero otros autores pusieron en duda que fuera compatible con los párrafos 4 y 5 del artículo 20 de la Convención de Viena<sup>53</sup>. Existe también base para preguntar si la solución adoptada por la Corte refleja la naturaleza específica de la Convención Interamericana en vez de responder a consideraciones de tipo general (véanse párrafos 58 a 63 *infra*).

*Problemas relacionados con el objeto específico de ciertos tratados*

32. Debido a su carácter general, es comprensible que las principales convenciones de codificación descuiden los problemas especiales dimanantes del objeto y naturaleza específicos de algunas categorías de tratados. Sin embargo, esos problemas se plantean con mucha frecuencia en ciertas esferas, especialmente en relación con los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, por una parte, y los tratados relativos a los derechos humanos y de manera más general los tratados que establecen directamente derechos individuales, por la otra.

i) Reservas a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

33. Aunque las convenciones de 1969 y de 1986 no omiten totalmente pronunciarse sobre este punto, el párrafo 3 del artículo 20 dista mucho de resolver todos los problemas que surgen y que pueden surgir:

a) El concepto de un instrumento constitutivo no es un concepto inequívoco y cabe preguntar si la norma fijada por el párrafo 3 del artículo 20 se aplica a cualquier disposición normativa que dichos instrumentos puedan incluir;

b) ¿Incluye esta regla las declaraciones interpretativas? y, en caso afirmativo, ¿quién determina su naturaleza exacta? (Véanse párrafos 18 a 20 *supra*);

c) ¿Cuál es el órgano competente para aceptar reservas de este género?

d) ¿Cuál es el ámbito exacto de dicha aceptación? En particular, ¿quedan los demás Estados miembros vinculados por ella y, de este modo, se les cierra la posibilidad de poder formular objeciones a la reserva?<sup>54</sup>.

ii) Reservas a los tratados de derechos humanos

34. Aunque sea en extremo flexible, el régimen general de reservas se basa en gran medida en la idea de la reciprocidad<sup>55</sup>, un concepto difícil de trasladar a la esfera de los derechos humanos o a cualquier otra esfera<sup>56</sup>. Como se supone que los derechos humanos se aplican sin discriminación a todos los seres humanos, los tratados concertados en esta esfera no se prestan a reservas ni objeciones y, en particular, el Estado autor de la objeción no

<sup>45</sup> Comparense, por ejemplo, Bowett, *loc cit* (nota 11 *supra*), págs 86 y 87, y Zemanek, *loc cit* (nota 12 *supra*), págs 333 a 336

<sup>46</sup> Véase Bowett, *loc cit* (nota 11 *supra*), págs 83 y 84

<sup>47</sup> Reuter, *op cit* (nota 11 *supra*), pag 75, en el mismo sentido, véanse Gaja, *loc cit* (nota 17 *supra*), pag 327, Koh, *loc cit* (ibid), págs 102 y 103, Nisot, *loc cit* (ibid), pag 203, Ruda, *loc cit* (nota 10 *supra*), págs 199 y 200, Sinclair, *op cit* (nota 11 *supra*), págs 76 y 77, y Zemanek, *loc cit* (nota 12 *supra*), págs 76 y 77

<sup>48</sup> Véase nota 17 *supra*

<sup>49</sup> Véase *Repertorio de la practica seguida por los organos de las Naciones Unidas, Suplemento N° 5*, vol V, que abarca el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1970 y el 31 de diciembre de 1978, artículo 102

<sup>50</sup> Véanse Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs 277 a 282, y «A l'occasion de l'entree en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traites—Reflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire general des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de depositaire», AFDI, 1980, vol XXVI, pag 524 Véase también Henry H Han, «The UN Secretary General's treaty depositary function Legal implications», *Brooklyn Journal of International Law*, 1988, vol 14, N° 3, pag 562

<sup>51</sup> Opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallos y opiniones*, Serie A, N° 2; *International Law Reports*, 1984, vol 67, pag 559, e ILM, 1983, vol 22, N° 1, pag 37

<sup>52</sup> Véase Rosenne, *Developments in the Law of Treaties, 1945-1986*, Cambridge University Press, 1989, págs 435 y 436

<sup>53</sup> Véase, en especial, Edwards, Jr, *loc cit* (nota 11 *supra*), pag 401, o Gaja, *loc cit* (nota 17 *supra*), págs 321 y 322

<sup>54</sup> Sobre todos estos puntos, véanse, en especial, Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs 120 a 134, y Maurice H Mendelson, «Reservations to the constitutions of international organizations», BYBIL, vol XLV, 1971, pag 137

<sup>55</sup> Véase *Certains emprunts norvegiens*, fallo, C I J Recueil 1957, pag 9

<sup>56</sup> Véase Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs 250 a 260

puede ser liberado de sus obligaciones con respecto a los ciudadanos del Estado que formula la reserva.

35. Los tratados de derechos humanos, más que cualquier otro tipo de tratados, incluyen mecanismos de vigilancia y se plantea la cuestión de si estos órganos son competentes para evaluar la validez de las reservas. La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido su propia competencia en esta esfera, debido a las «obligaciones objetivas» dimanantes del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>57</sup>.

36. Esto hace surgir un tercer problema, es decir ¿qué efecto surte una reserva que ha sido declarada inválida sobre la participación en un tratado del Estado que formula la reserva? En el asunto *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos opinó que el Estado autor de la reserva seguía siendo, sin lugar a dudas, parte en la Convención (párr. 60)<sup>58</sup>.

37. El carácter específico de los problemas que plantean las reservas a los tratados relativos a los derechos humanos y cuestiones humanitarias también es evidente en las disposiciones de los tratados pertinentes, que a menudo han sido objeto de interpretaciones divergentes.

38. Existe una abundancia de literatura sobre este tema<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Véase el informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Temeltasch* (nota 18 *supra*), párrs. 63 a 65 y, de manera más indirecta, los fallos anteriormente mencionados del Tribunal en el asunto *Belilos* (nota 31 *supra*), párr. 50, y el asunto *Weber* (nota 41 *supra*), párr. 37.

<sup>58</sup> Véase también el Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Chryssostomos* (nota 42 *supra*).

<sup>59</sup> Véanse, en especial, Angela Bonifazi, «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo» en *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, pag. 301, Iain Cameron y Frank Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* case», *German Yearbook of International Law* (Berlín), 1990, vol. 33, pag. 69, Antonio Cassese, «A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pag. 266. Véase también Cassese, «Una nuova clausola sulle riserve», *Rivista di diritto internazionale*, 1967, vol. L, pag. 584, y «Su alcune "riserve" alla convenzione sui diritti politici della donna», *ibid.*, 1968, vol. LI, pag. 294, Cohen-Jonathan, *loc cit* (nota 31 *supra*), Alberto Colella, «Les reserves a la Convention de Geneve (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés», *AFDI*, 1989, vol. XXXV, pag. 446, Rebecca J. Cook, «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women», *Virginia Journal of International Law*, 1990, vol. 30, N.º 3, pag. 643, J. A. Frowein, «Reservations to the European Convention on Human Rights», *Protection des droits de l'homme — La dimension européenne, Melanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda*, Colonia, Carl Heyman Verlag KG, 1988, pag. 193, Imbert, «La question des reserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Francfort, 9-12 avril 1980*, Paris, Pedone, 1982, pag. 97, y «Les reserves a la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*)» (véase nota 18 *supra*), S. Marcus-Helmon, «L'article 64 de la Convention de Rome ou Les reserves a la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue de droit international et de droit compare*, 1968, vol. XLV, pag. 9, Claude Pilloud, «Les reserves aux Conventions de Geneve de 1949», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1957, N.º 464, pag. 409, *ibid.*, 1965, N.º 559, pag. 315, 1976, N.º 685, pag. 195 y N.º 687, pag. 131, e Isidoro Ruiz Moreno, «Reservations to treaties relating to human rights», *ILA, Report of the Fifty-fourth Conference, The Hague, 23-29 August 1970*, pag. 642 (debat, pag. 596 a 625, resolución, pag. XIV).

### *Reservas, tratados de codificación y normas consuetudinarias*

39. Es curioso que las Convenciones de 1969 y 1986 no traten de la cuestión de las reservas a las convenciones de codificación ni, para ser más precisos, de las cláusulas.

40. Se pueden exponer argumentos contrarios sobre esta cuestión. Una reserva no puede definitivamente surtir efecto alguno para los Estados que no sean partes en el tratado de codificación con respecto al cual el Estado autor de la reserva está vinculado por la norma consuetudinaria. Esto se aplica, incluso con mayor razón, a los Estados signatarios del tratado y esta es, por lo general, la interpretación contenida en el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 20 de febrero de 1969 en el caso relativo al *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>60</sup>. Sin embargo, se ha hecho observar que esta norma, que constituiría un criterio adicional para la invalidez de ciertas reservas en virtud del artículo 19, es «discutible con respecto a la intención de las partes en la Convención»<sup>61</sup> y crea una confusión lamentable entre *jus cogens* y *jus dispositivum*<sup>62</sup>.

### *Problemas de ciertos enfoques específicos de tratados*

41. Debido a que tuvieron que limitarse a un plano muy general, los redactores de la Convención de Viena no pudieron tener en cuenta ciertos enfoques específicos de tratados, algunos de los cuales evolucionaron rápidamente a partir de 1969. Bastará con citar dos ejemplos.

#### i) Las reservas y los protocolos adicionales

42. Cuando un protocolo adicional complementa a una convención ya existente, uno de estos instrumentos puede contener una cláusula relativa a las reservas y el otro tal vez no la contenga, o puede que ambos contengan dichas cláusulas pero que sean incompatibles entre sí. La situación es relativamente rara pero no deja de presentarse<sup>63</sup>. Además, al ratificar un protocolo (o al aceptar una cláusula facultativa), al Estado le puede tentar la posibilidad de formular retroactivamente una reserva al tratado básico<sup>64</sup>.

#### ii) Las reservas y el enfoque de bilateralización

43. Este enfoque, que frecuentemente se adopta en convenciones sobre materias de derecho internacional

<sup>60</sup> Fallo, *C I J Recueil 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 38 y 39, párr. 63.

<sup>61</sup> Reuter, *op cit* (nota 11 *supra*), pag. 82.

<sup>62</sup> Sobre este difícil problema véase, en especial, Gerard Teboul, «Remarques sur les reserves aux conventions de codification», *RGDIP*, 1982, vol. 86, N.º 4, pag. 679.

<sup>63</sup> Véanse la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 (párr. 1 del artículo 42) y el Protocolo de 1967 (artículo VII), al igual que la Convención Unica sobre Estupefacientes de 1961 y el Protocolo de 1972, que plantean problemas en extremo difíciles [véase Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs. 213 y 214, o Colella, *loc cit* (nota 59 *supra*), págs. 451 y 452].

<sup>64</sup> Cohen-Jonathan, *loc cit* (véase nota 31 *supra*), págs. 311 a 313, Cohen-Jonathan y Jean-Paul Jacque, «Activites de la Commission européenne des droits de l'homme», *AFDI*, 1991, vol. XXXVII, pag. 562, o Claudio Zanghi, «La declaration de la Turquie relative a l'art 25 de la Convention européenne des droits de l'homme», *RGDIP*, 1989, vol. 93, N.º 1, pag. 69.

privado, permite a los Estados partes elegir a sus asociados e incluso establecer arreglos excepcionales con ellos. Aunque se ha utilizado con cierta cautela en el pasado (véase GATT, artículo XXXV, párrafo 1), este sistema se extendió rápidamente, sobre todo en el decenio de 1970. Compárense los artículos 21 y 23 de la Convención de La Haya sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales extranjeras en asuntos civiles y comerciales, y el artículo 34 de la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías. Este enfoque flexible surgió como «rival» al enfoque de las reservas, pero también planteaba problemas específicos en relación con las reservas *stricto sensu* que podían formularse respecto de estas convenciones<sup>65</sup>.

*Problemas no resueltos por la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978*

44. El artículo 20 de la Convención de 1978 apenas trata, y mucho menos resuelve, los problemas potenciales relativos a las reservas en el caso de sucesión de Estados.

45. En primer lugar, debe señalarse que el artículo figura en la parte III de la Convención, que se refiere a los «Estados de reciente independencia». Por consiguiente, se aplica en el caso de la descolonización o disolución de Estados, mientras que la cuestión de las normas aplicables a la sucesión de un Estado respecto de una parte de un territorio, la unión de un Estado o la separación de un Estado se ignora por completo. Es cierto que, en primera instancia, «los tratados del Estado predecesor dejarán de estar en vigor respecto del territorio al que se refiere la sucesión de Estados desde la fecha de la sucesión de Estados» (párrafo *a* del artículo 15). También es cierto que la extensión de los tratados del Estado sucesor al territorio (párrafo *b* del artículo 15) parece implicar necesariamente la extensión automática de las reservas correspondientes. Los problemas con respecto a los «Estados de reciente independencia formados por dos o más territorios» no son menores; partiendo de esta premisa, los artículos 16 a 29 (y por lo tanto el artículo 20) se aplican indudablemente, en principio, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 30; pero cabe preguntarse qué sucede si el nuevo Estado no denuncia ninguna reserva incompatible en el momento en que se notifica la sucesión. El mismo problema se presenta en el caso de la unión de Estados, respecto de lo cual la Convención no contiene disposiciones aplicables relativas a las reservas.

46. En segundo lugar, mientras que el párrafo 1 del artículo 20 prevé la posible formulación de nuevas reservas por el nuevo Estado, y aunque el efecto del párrafo 3 es que un tercer Estado puede formular objeciones en tal caso, no se estipula si este último puede objetar a las reservas que se mantienen. No obstante, ello parece lógico si se reconoce que, al mantener una reserva anterior, el nuevo Estado está ejerciendo un derecho inherente y no actúa como si ejerciera los derechos del Estado predecesor<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Para esta cuestión, véanse Imbert, *op. cit.* (nota 4 *supra*), págs. 199 a 201, y, en especial, Ferenc Majoros, «Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye», *Journal du droit international*, 1974, vol. 101, N.º 1, pág. 73.

<sup>66</sup> Véase Marco G. Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, Éditions universitaires, Friburgo, 1969, págs. 345 y 346.

47. Por último, y ello constituye una seria laguna, en el artículo 20 no se hace referencia alguna a la sucesión en relación con las objeciones a las reservas, aunque las propuestas iniciales de Sir Humphrey Waldock se ocupaban de este punto, sin que estén claras las razones de esta omisión<sup>67</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

48. Los debates de la Sexta Comisión durante los periodos de sesiones cuadragésimo sexto y cuadragésimo séptimo de la Asamblea General aclaran los criterios que, a juicio de los Estados Miembros, deben guiar a la Comisión de Derecho Internacional en la elaboración de su programa de trabajo futuro. Cabe extraer cuatro criterios, a saber, el tema o temas que han de examinarse deben:

- a) Responder a una necesidad de la comunidad internacional;
- b) Tener posibilidades razonables de concluirse con éxito;
- c) En un período específico de unos pocos años;
- d) Entrar en el ámbito de competencia de la Comisión de Derecho Internacional y sus miembros<sup>68</sup>.

a) *Responder a una necesidad de la comunidad internacional*

49. Sería claramente presuntuoso que la Comisión de Derecho Internacional afirmara que el tema debatido en este informe responde a una necesidad de la comunidad internacional sin obtener primero la opinión de la Sexta Comisión, especialmente si se tiene en cuenta que es un asunto poco pertinente que la iniciativa sea tomada no por la Comisión misma, sino por los representantes de los Estados Miembros en la Sexta Comisión (véanse párrs. 1 y 2 *supra*). Sin embargo, haciendo una lista de las ambigüedades y omisiones de los textos de codificación existentes (véanse párrs. 18 a 47 *supra*) apenas si cabe duda de que las normas formuladas hasta la fecha son incompletas. Además, su adopción ha dado lugar a algunos problemas (véanse párrs. 14 a 17 *supra*).

50. Indudablemente, como la doctrina ha subrayado<sup>69</sup>, los Estados no han abusado de su derecho ampliamente reconocido de formular reservas, y los incidentes bastante numerosos que han surgido a ese respecto, por consiguiente, sólo rara vez han degenerado en verdaderas controversias. Sin embargo, sigue siendo cierta la existencia de una gran incertidumbre respecto del régimen jurídico que rige las reservas y existen motivos para creer que en un futuro próximo las dificultades irán en aumento (en especial en relación con las normas aplicables al caso de

<sup>67</sup> Véase Imbert, *op. cit.* (nota 4 *supra*), págs. 318 a 322.

<sup>68</sup> Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates realizados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.469, párrs. 398 a 402, y A/CN.4/446, párrs. 302 y 303).

<sup>69</sup> Véanse, específicamente, Colella, *loc. cit.* (nota 59 *supra*), pág. 475; e Imbert, *op. cit.* (nota 4 *supra*), págs. 324 a 339.

la sucesión de Estados, que están evidentemente incompletas (véanse párrs. 44 a 47 *supra*).

b) *Tener posibilidades razonables de concluirse con éxito*

51. Parecería que un ejercicio de codificación de ese género (véanse párrs. 67 a 69 *infra*) tendría posibilidades más que razonables de concluirse con éxito.

52. Es cierto que el tema, por muy técnico que parezca, nunca es políticamente neutral, y no cabe negar que las normas de codificación parcial aprobadas hasta la fecha en estas esferas se han inspirado en consideraciones eminentemente políticas.

53. Aunque el contexto político internacional ha experimentado cambios bastante profundos desde el decenio de 1960, probablemente no sea útil ni conveniente poner en tela de juicio los principios a la sazón establecidos (véanse párrs. 58 a 63 *infra*). Sin embargo, es razonable pensar que en el nuevo clima internacional será posible dotarlos de un mayor sentido y precisión, en un contexto más reposado que facilite la labor de codificación y desarrollo progresivo.

c) *En un periodo específico de unos pocos años*

54. Por las mismas razones, esta labor debe terminarse en un plazo concreto.

55. No parece poco realista creer que la Comisión podría aprobar un conjunto inicial de proyectos de artículos, o un primer borrador que sirviera de «guía» (véanse párrs. 67 a 69 *infra*), en un plazo de tres a cuatro años a partir de la inclusión del tema en su programa y el nombramiento de un Relator Especial:

a) Durante el primer año, el Relator Especial podría preparar un informe preliminar, con una lista de los problemas pendientes que fuera más amplia que la que figura en el presente informe y estableciendo su opinión general sobre la cuestión. Al mismo tiempo, podría encomendarse a la Secretaría la tarea de actualizar la información contenida en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en la primera parte de su 17.º período de sesiones<sup>70</sup>;

b) El segundo y el tercer año podrían dedicarse a la presentación por el Relator Especial de uno o dos proyectos sobre codificación y desarrollo progresivo, y a su debate en la Comisión;

c) Si la Comisión decidiera remitirlos al Comité de Redacción, éste podría examinarlos posiblemente a partir del final de su período de sesiones correspondiente al segundo año, y en cualquier caso durante el tercer año, aunque ello pudiere entrañar que no se propondría un texto definitivo hasta el cuarto año;

d) La Comisión podría debatir y aprobar el proyecto en primera lectura durante el cuarto año y remitirlo a la Asamblea General.

d) *Entrar en el ámbito de competencia de la Comisión de Derecho Internacional*

56. Finalmente, apenas cabe duda de que el tema entra perfectamente en el ámbito de la competencia de la Comisión y de sus miembros.

57. La codificación del derecho de los tratados es probablemente la esfera de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en que se han conseguido más progresos. Las lagunas iniciales (tratados concertados por organizaciones internacionales, la cláusula de la nación más favorecida y la sucesión de Estados en materia de tratados) han sido colmadas en gran medida o lo están siendo como resultado de la codificación de las normas aplicables a la responsabilidad de los Estados (véanse el artículo 73 de la Convención de 1969 y el artículo 39 de la Convención de 1978). Al emprender la tarea de terminar la codificación y el desarrollo progresivo de las normas aplicables a las reservas, la Comisión daría cima a una tarea que ha cumplido satisfactoriamente. [Sin embargo, quedaría por tratar la cuestión de los efectos del inicio de hostilidades entre los Estados (*ibid.*).]

58. Sin embargo, ya existen normas codificadas sobre el tema de las reservas, aunque en un Estado fragmentario e inconcluso. Si la Comisión decide examinar a fondo el tema de las reservas, como parecería conveniente, debe tener en cuenta esta situación, que no es completamente nueva. En la sucesión de Estados en materia distinta de los tratados, la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, o los tratados concertados entre Estados y organizaciones internacionales, la Comisión no ha abierto nuevos horizontes con respecto a la codificación.

59. Sin embargo, la situación con la que nos enfrentamos es en cierto modo excepcional porque existen ya algunas disposiciones sobre el mismo tema que han de ser objeto de codificación.

60. En la medida en que la intención de la Comisión es, ante todo, eliminar las lagunas, no surgen problemas sustantivos: se trata de incorporar adiciones a los textos actuales y no de modificarlos. No obstante, es necesario examinar qué forma deben adoptar esas adiciones: protocolos adicionales a convenciones anteriormente aprobadas o un texto consolidado que incorpore las disposiciones existentes pertinentes y añada nuevas normas.

61. Las ambigüedades que existen en las normas anteriormente codificadas son numerosas y representan un grave problema en algunos casos. Representan más un desafío que una laguna, ya que podría resultar difícil aclarar las disposiciones de que se trata sin modificar su redacción. Sin embargo, el enfoque sugerido para eliminar las lagunas podía adoptarse para tratar de resolver las ambigüedades.

62. Lo anteriormente expuesto también es aplicable si la intención es modificar las disposiciones existentes. Sin embargo, no puede adoptarse una decisión para modificar una disposición actual basándose simplemente en motivos técnicos. Es cierto que cuando las normas aprobadas en 1969, 1974 y 1986 se llevaron a la práctica se pusieron de relieve algunos defectos, y probablemente sería dema-

<sup>70</sup> *Anuario* 1965, vol II, págs 165 y ss., documento A/6009, en especial cap II

siado precipitado mantener que todas se han reforzado de tal manera como para convertirse en normas indiscutibles de derecho consuetudinario. Sin embargo, por otra parte, su adopción proporciona un equilibrio entre posiciones (políticas) parcialmente en conflicto. Aunque cabría argüir que el mundo ha cambiado desde 1969 y, por consiguiente, el problema de las reservas no constituiría la «cuestión candente» de antes, poner en tela de juicio sin necesidad esta transacción podría reavivar antiguas rencillas. El autor del presente informe se mostraría muy renuente a adoptar una estrategia que considera especialmente «gratuita» ya que —cualesquiera que sean sus defectos (menores)— las normas codificadas pertinentes, cuando existen, son por lo general satisfactorias y proporcionan la flexibilidad necesaria, cumpliendo de este modo un objetivo que, por lo que cabe observar, apoyan todos los Estados.

63. Sin perjuicio de la respuesta de los miembros de la Sexta Comisión, parecería conveniente que la Comisión de Derecho Internacional, si decide incluir la cuestión de las reservas en su programa de trabajo, se limitara a la tarea de eliminar las lagunas y resolver las ambigüedades en las normas existentes, sin modificarlas, o al menos sin poner en tela de juicio los principios en que se basan.

64. El Grupo de Trabajo y el Grupo de Planificación han elegido «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados» como título del tema que ha de examinarse. Este título parece más bien académico y prejuzga los resultados de la labor de la Comisión sobre el tema. El resultado será necesariamente un «estudio» o un «informe» porque mientras «la ley» se presta a la codificación, no es ese el caso de las «prácticas», que puede revelar normas consuetudinarias o conducir al desarrollo progresivo de la ley, pero que en sí misma no es objeto de codificación.

65. Por otras razones, la propuesta formulada en la Sexta Comisión de estudiar «los efectos jurídicos que han de reconocerse a las reservas y objeciones o a las reservas a las convenciones multilaterales» no es enteramente satisfactoria. Aunque el efecto de las reservas y de las objeciones continúa siendo uno de los grandes enigmas en el régimen de las reservas, existen otras lagunas y ambigüedades en esta esfera, y sería lamentable no aprovechar esta oportunidad para tratar de corregir la situación. Además, la palabra «convenciones» no está en consonancia con los usos de la Comisión, y existe una cuestión, aunque de carácter secundario, respecto de si han de examinarse o no las reservas a los tratados bilaterales.

66. Por consiguiente, parece sensato optar por un título lo más neutral y amplio posible, al menos provisionalmente, para ajustarlo después si se juzgara conveniente limitar el ámbito del estudio. Un posible título podría ser: «Reservas a los tratados».

67. Como se indicó anteriormente (véanse párrs. 58 a 63), este proceso podría conducir a la adopción de proyectos de protocolo de las convenciones actuales, o de un proyecto de artículos consolidado, en que se combinaran las distintas disposiciones de las convenciones y las nuevas normas codificadas, con objeto de terminar y aclarar las disposiciones; correspondería entonces a la Asamblea General decidir la suerte del proyecto. Existe un argumento más bien firme a favor de una u otra de estas solu-

ciones: las normas relativas a los tratados en realidad existen, y parecería válido continuar la misma orientación y consolidar el régimen de reservas a los tratados.

68. No obstante, bien se considere este ejercicio como de codificación o como de desarrollo progresivo del derecho internacional —en realidad ambos elementos están presentes—, no existe disposición alguna en el Estatuto de la Comisión que le obligue a presentar los resultados de su trabajo en forma de proyecto de artículos<sup>71</sup>. También puede presentarse en forma de estudio detallado, o incluso en forma de comentario sobre las disposiciones existentes, que podría ser una clase de «Guía de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales» que tendría la autoridad de un documento oficialmente aprobado por la Comisión. Este método, que obviaría la necesidad de ir «zigzagueando» entre las disposiciones existentes y haría posible solucionar sin grandes controversias los problemas anteriormente mencionados (ibíd.), ofrecería además ventajas claras.

69. En cualquier caso, y contrariamente a lo que se pretende algunas veces, no parece ser absolutamente necesario llegar a una decisión final sobre este punto en la etapa actual; sería conveniente que la Comisión adoptara una decisión sobre la base de una exposición más completa de las cuestiones que podían ser objeto de un informe inicial del Relator Especial (véanse párrs. 54 y 55 *supra*) y un tema de debate en la Sexta Comisión.

70. Como recapitulación, el autor desearía puntualizar lo siguiente:

a) El tema «Reservas a los tratados» resulta especialmente adecuado para un estudio de la Comisión y responde cabalmente a los criterios que surgieron durante el debate en la Sexta Comisión con miras a identificar un tema para su inclusión en el programa de trabajo futuro de la Comisión;

b) No es preciso en la etapa actual decidir qué forma debe adoptar ese estudio: un proyecto de protocolo a las convenciones existentes, un proyecto consolidado de convención o una guía de referencia analítica a la ley y la práctica en materia de reservas para uso de los Estados y las organizaciones internacionales;

c) Sea cual fuere la forma que se elija, las normas codificadas en las Convenciones de 1969, 1978 y 1986 no deben ser puestas en tela de juicio ni modificadas, sino que deben ser consolidadas y dotadas de una mayor concreción.

71. Por consiguiente, un estudio, de una naturaleza todavía muy básica, de la cuestión de las reservas recogería plenamente la idea inicial del Grupo de Trabajo, que en su informe al Grupo de Planificación concluyó que este tema «podía resultar adecuado para una rápida incorporación al programa de la Comisión». Sin embargo, el autor se reserva su posición sobre la segunda propuesta del Grupo de Trabajo —que este tópico podría «ser objeto de un instrumento de codificación»— si se ha de interpretar como refiriéndose a un conjunto de proyecto de artículos orientado desde el principio hacia otra convención.

<sup>71</sup> Acerca de este punto, al igual que sobre muchos otros, el Estatuto es bastante oscuro y contradictorio.

## Aplicación extraterritorial de la legislación nacional, por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao

1. Se ha tratado de otorgar jurisdicción extraterritorial a la legislación nacional en diversos contextos. Por ejemplo:

a) Para ejercer jurisdicción sobre los nacionales dondequiera que se encuentren<sup>1</sup>;

b) Para proteger a un Estado frente a la traición, el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y otros delitos que afectan a su poder y seguridad<sup>2</sup>;

c) Para proteger y regular las actividades que afectan a su riqueza, recursos y otros intereses económicos<sup>3</sup>;

d) Para asegurar derechos de seres humanos<sup>4</sup>.

2. Se considera que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial es inevitable, e incluso conveniente, debido a:

a) La interdependencia de la comunidad internacional que requiere la extensión de la jurisdicción legislativa del

Estado más allá de sus fronteras para regular actividades transnacionales que tienen efectos profundos en el Estado o le causan particular preocupación<sup>5</sup>;

b) La conveniencia de evitar lugares de refugio para los delincuentes<sup>6</sup>;

c) La necesidad de regular y supervisar las actividades de entidades con agencias dispersas por distintas partes del mundo, aunque conectadas o vinculadas a una fuente común o sede o que se extiendan por diversas jurisdicciones sin que una sola de ellas ejerza el control efectivo de la empresa<sup>7</sup>;

d) Los imperativos de la cooperación internacional para dar plena efectividad a obligaciones bilaterales o multilaterales<sup>8</sup>.

3. Las tesis y antítesis de la aceptabilidad o razonabilidad del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial se centran en torno a:

a) La naturaleza de la jurisdicción: civil o criminal<sup>9</sup>, y

<sup>1</sup> Los países de derecho civil ejercen jurisdicción sobre sus nacionales por los delitos que cometan incluso en el extranjero. Véase *Public Prosecutor v Antoni*, *International Law Reports*, vol. 32, 1966, pag. 140, véase una mención de las disposiciones legislativas de algunos países como Francia y Alemania en Louis Henkin *et al.*, *International Law Cases and Materials*, St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1980, pag. 445.

Entre los países de «common law» a) sección 4 del Código Penal de la India véanse *Pheroze Jehangir v Roshanlal*, en *Bombay Law Reports*, vol. 66, 1964, pag. 225, *Central Bank of India Ltd v Ram Narain*, en *International Law Reports*, 1954, pag. 92, b) el derecho del Reino Unido también contempla tal jurisdicción en ciertos casos, como la traición, el homicidio, la bigamia, el perjurio y la violación de la ley de secretos oficiales.

Los Estados Unidos de América ejercen jurisdicción territorial en una amplia variedad de casos: traición, evasión de impuestos, tentativas no autorizadas de influir en gobiernos extranjeros, violación de leyes de los Estados Unidos sobre prácticas comerciales restrictivas, negativa a responder a citaciones para comparecer a juicio como testigo (*Blackmer v United States*), *United States Reports*, vol. 284, pag. 421, en cuanto a delitos cometidos fuera del mar territorial en alta mar (*Skiriotos v Florida*, *ibid.*, vol. 313, pag. 60, *United States v Bowman*, *ibid.*, vol. 260, pag. 94, y *Steele v Bulova Watch Co.*, *ibid.*, vol. 343, pag. 962, y otros casos), véase Henkin, *op. cit.*, págs. 445 a 447, véase también Georges René Delaume, «Jurisdiction over Crimes Committed Abroad: French and American Law», *George Washington Law Review*, vol. 21, 1952, pag. 173.

<sup>2</sup> Véase un breve debate de este aspecto en Geoff Gilbert, «Aspects of Extradition Law», *International Studies in Human Rights*, vol. 17, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, págs. 43 a 45. Véase también *Joyce v Director*, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1946, pag. 347. Véase también Lotika Sarkar, «The proper law of crime in international law», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, 1962, pag. 446.

<sup>3</sup> Véase D. W. Bowett, «Jurisdiction: Changing patterns of authority over activities and resources», *BYBIL*, vol. LIII, 1982, pag. 1.

<sup>4</sup> El principio de personalidad pasiva permite que un Estado asuma jurisdicción por delitos cometidos contra sus nacionales. A título de ejemplo, véase el asunto del «*Lotus*» (decisión de 7 de septiembre de 1927, fallo N.º 9, *C.P.J.I. serie A*, N.º 10), en el que Turquía asumió jurisdicción sobre un capitán francés, el asunto *Cutting* de 1886, en el que México asumió jurisdicción sobre un nacional de los Estados Unidos (J. Dumas, «La responsabilité des Etats a raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers», *Recueil des cours 1931-III*, Paris, Sirey, 1932, t. 36, págs. 189 y 190). Tanto Francia como los Estados Unidos tienen en la actualidad sus propias versiones de leyes y prácticas que asumen analogía jurisdiccional (para Francia, véase *Code de procédure pénale*, 1975, art. 689, secc. 1). En cuanto a la práctica de los Estados Unidos, véase un análisis del asunto *Fawaz Yunis*, nacional libanés, en Andreas F. Lowenfeld, «U.S. law enforcement abroad. The Constitution and international law», *AJIL*, vol. 83, N.º 4, 1989, pag. 880.

<sup>5</sup> Ya en 1935, las investigaciones de Harvard en materia de derecho internacional, «Jurisdiction with respect to crime», *AJIL*, vol. 29, *Supplement*, N.º 3, Part II, 1935, pag. 435, reconocían que con la facilidad cada vez mayor de comunicaciones y transportes, las oportunidades de cometer crímenes cuyos elementos constitutivos ocurrían en más de un Estado habían aumentado simultáneamente, y para responder a estas condiciones se sugería que se ampliara el principio territorial incluyendo en él los principios de jurisdicción territorial subjetiva y objetiva.

<sup>6</sup> Véase el asunto reciente del Consejo Privado del Reino Unido en *Liangsirprasert v United States*, *The Law Reports 1991, Appeal Cases*, pag. 225.

<sup>7</sup> La bibliografía sobre problemas planteados por las empresas multinacionales o similares es muy amplia. Véase *Societes transnationales —Bibliographie selective* (ST/LIB/SER B/17) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta E/F 75 I 5) y la declaración de la OCDE de 1976 en *Investissement international et entreprises multinationales*, OCDE, 1986, en cuanto a los proyectos de código de conducta relativos a empresas transnacionales, véase E/C 10/1982/6, anexo IV. Véase Cynthia Day Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

Véase un debate de diversas cuestiones jurídicas pertinentes a la extraterritorialidad que afectan a la empresa matriz y sus sucursales en F. A. Mann, «The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years», *Recueil des cours 1984-III*, vol. 186, págs. 9 y ss., en especial págs. 56 a 66.

<sup>8</sup> La presunción de jurisdicción extraterritorial es un rasgo esencial de las convenciones multilaterales y bilaterales modernas sobre extradición, prevención de secuestros y otros delitos de aviación civil y protección de personas diplomáticas. También se requiere que el Estado asuma jurisdicción extraterritorial en cumplimiento de sus obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, consideradas obligaciones *erga omnes*. El ejercicio de tal jurisdicción es válido y aceptado conforme a la Corte Internacional de Justicia en lo que respecta a delitos según leyes que prohíben la agresión, o el genocidio, o que prescriben principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, inclusive la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. La Corte estimó también que algunos de los respectivos derechos de protección ya han pasado a formar parte del cuerpo del derecho internacional general, otros se confieren mediante instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal. Véase el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, fallo (C.I.J. *Recueil* 1970, pag. 32).

<sup>9</sup> I. Brownlie no cree que exista ninguna distinción real entre jurisdicción civil y criminal en este aspecto, véase *Principles of Public International Law*, 4.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, cap. XIV, pag. 299. Sin embargo, véase R. Y. Jennings, «Extraterritorial jurisdiction and the United States Antitrust Laws», *BYBIL*, vol. XXXIII, 1957, pag. 146, en que el autor distingue los casos elementales de daño



b) El tipo de jurisdicción: legislativa, declaratoria o ejecutiva<sup>10</sup>.

4. Se han planteado cuestiones o argumentos en pro y en contra que invocan<sup>11</sup>:

a) Los principios relativos a la jurisdicción;

b) La soberanía y la no interferencia,

c) Un vínculo auténtico o considerable entre el Estado y la actividad regulada;

d) La política pública y el interés nacional;

e) La falta de prohibiciones convenidas que restrinjan el derecho del Estado a extender su jurisdicción;

f) La reciprocidad, las represalias;

g) La promoción del respeto del derecho.

5. En el plano de la política a seguir se plantean varias cuestiones:

a) ¿Hasta dónde y dentro de qué límites debe ejercer un Estado su jurisdicción sobre un extranjero por conducta realizada fuera de su territorio cuando el extranjero está sujeto a la jurisdicción del Estado de la nacionalidad o a algún otro Estado con respecto a esa misma conducta<sup>12</sup>?

b) ¿Debe un Estado tener la misma autoridad y control sobre las actividades de un extranjero en zonas marinas más allá de su zona ribereña —mar territorial, zona contigua, zona económica, plataforma continental y alta mar— que tiene dentro de su territorio<sup>13</sup>?

físico directo, tal como el homicidio, de otros casos en que solo esta en juego un elemento de presunto daño remoto por vía de consecuencia (como, por ejemplo, en los asuntos antimonopolios) y asevera que, si bien en el primer supuesto es permisible el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción criminal, en el segundo supuesto la aplicación de la fórmula del «efecto» equivaldría, a su juicio, a «entrar en una pendiente resbaladiza», aprobando virtualmente la jurisdicción extraterritorial limitada del Estado. Véase también «Extraterritorial application of restrictive trade legislation: Jurisdiction and international law», en *Report of the Fifty-first Conference, Tokyo, 1964*, Londres, 1965, págs. 304 y ss.

<sup>10</sup> Muchos autores estudian los problemas de extraterritorialidad tratando por separado los tres tipos distintos de jurisdicción. Véase Mann, *loc cit* (nota 7 *supra*), Brownlie no está de acuerdo con esta distinción [*op cit* (nota 9 *supra*), pag. 310].

<sup>11</sup> M. Stuyt, *The General Principles of Law as Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1946; Mann, «The doctrine of jurisdiction in international law», *Recueil des cours 1964-I*, vol. 111, pag. 1; M. Akehurst, «Jurisdiction in international law», *BYBIL*, 1972-1973, vol. XLVI, pag. 145; A. F. Lowenfeld, «Public law in the international arena: Conflict of laws, international law, and some suggestions for their interaction», *Recueil des cours 1979-II*, vol. 163, pag. 311; M. S. McDougal, «Jurisdiction», en R. B. Lillich y J. N. Moore, eds., *Readings in International Law from the Naval War College Review, 1947-1977*, U.S. Naval War College International Law Studies, Newport (R.I.), vol. 62, 1980, pag. 634; A. V. Lowe, «The problems of extraterritorial jurisdiction: Economic sovereignty and the search for a solution», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, part 4, 1985, pag. 724; y D. E. Rosenthal, «Jurisdictional conflicts between sovereign Nations», *The International Lawyer*, vol. 19, N.º 2, 1985, pag. 487.

<sup>12</sup> Véase un debate de las cuestiones pertinentes a este aspecto en P. M. Roth, «Reasonable extraterritoriality: Correcting the “balance of interest”», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, part 2, 1992, pag. 245.

<sup>13</sup> Véase L. Oppenheim, *International Law A Treatise*, 8.ª ed., Londres, Longmans Green 1955, vol. 1, seccs. 141, 202, 203, 205 y 287 y 298. Véase un estudio de las cuestiones de política de la jurisdicción sobre las zonas marinas en McDougal y Burke, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, Londres, Yale University Press, 1986, y P. Sreenivasa Rao, *The Public Order of Ocean*

c) ¿Debe la naturaleza de la jurisdicción que ejerce un Estado sobre las zonas marítimas estar estrictamente limitada al tipo de autoridad de que disfruta sobre esas zonas o regiones en virtud del derecho internacional o puede considerarse razonable y, por tanto, permisible su ejercicio jurisdiccional en ausencia de cualquier pretensión contraria y contrapuesta<sup>14</sup>?

d) ¿Puede ejercer un Estado su autoridad y poder sobre los ríos, canales y otros recursos dentro de su jurisdicción territorial basándose en la soberanía de que disfruta sobre ellos, independientemente de los efectos adversos para otros Estados, en particular en el caso de ríos y canales cuyo curso se extienda a más de un Estado<sup>15</sup>?

e) A la inversa, ¿puede un Estado afectado, o que probablemente se verá afectado, de ese modo prescribir, mediante su legislación nacional, ciertas normas de conducta para otros Estados y sus nacionales y tratar de aplicarlas mediante sus órganos judiciales y ejecutivos<sup>16</sup>?

f) ¿Cuáles deben ser los límites al ejercicio de la jurisdicción basados en los principios de los «efectos», la «personalidad pasiva» o la «personalidad activa»<sup>17</sup>?

g) ¿Qué factores deben regir en el arreglo de conflictos de jurisdicción, por ejemplo, cuando un Estado prescribe una cierta conducta y otro la prohíbe<sup>18</sup>?

h) ¿Pueden prescribirse políticas uniformes para controlar los efectos extraterritoriales de la legislación nacional<sup>19</sup>?

i) ¿Cuál debe ser el papel adecuado del derecho internacional al tratar los conflictos de jurisdicción que versan esencialmente sobre derechos privados o personales de individuos y no sobre intereses públicos de un Estado? En otras palabras, ¿cuál es la relación apropiada entre los principios de derecho internacional público y privado, por

*Resources: A Critique of the Contemporary Law of the Sea*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1975.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, N. M. Hunnings, «Pirate broadcasting in European waters», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, pag. 410, y P. Sreenivasa Rao, «The Seabed Arms Control Treaty: Study in the contemporary American uses of the sea», *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 4, 1972, pag. 67.

<sup>15</sup> Véase la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre reglamentación del derecho relativo a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

<sup>16</sup> Véase James L. Brinerly, *The Law of Nations*, 6.ª edición, rev. por H. Waldock, ed., Oxford, Clarendon Press, 1963.

<sup>17</sup> «Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1987, vol. 10, págs. 155 y ss., en especial págs. 158 a 161.

<sup>18</sup> Véase un interesante intercambio de opiniones entre el Magistrado Wilkey, que decidió el caso de *Laker Airways Limited v. Sabena, Belgian World Airlines* (*Federal Reporter, Second Series*, vol. 731, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, pag. 909), y los Sres. Lowenfeld y Henkens, todas ellas relacionadas con la redacción del artículo 403 del *Restatement of the Law (Second) The Foreign Relations Law of the United States*, que dispone que deben existir un cierto equilibrio entre los intereses nacionales y una cierta razonabilidad como prueba para que los tribunales de los Estados Unidos puedan asumir la jurisdicción cuando otro Estado también tenga jurisdicción sobre el asunto con el resultado de jurisdicción concurrente y/o conflictiva, en H. G. Maier, «Resolving extraterritorial conflicts or “There and back again”», *Virginia Journal of International Law*, vol. 25, N.º 1, 1984, pag. 7.

<sup>19</sup> Mann, *loc cit* (nota 7 *supra*), págs. 26 a 31.

una parte, y derecho internacional e interno (o nacional), por la otra<sup>20</sup>?

f) ¿Puede justificarse la «autoayuda» de un Estado, o de sus funcionarios o agentes cuando aplican la ley y procedimientos nacionales frente a la oposición, falta de cooperación o falta de respuesta expeditiva por parte de los Estados extranjeros, o para superar demoras inevitables o intrínsecas en el despacho de peticiones formuladas ante tales Estados por vía diplomática, administrativa o judicial<sup>21</sup>?

k) ¿De qué tipo de recursos se dispone o debería disponerse en caso de abuso del ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado<sup>22</sup>?

6. Estas cuestiones o consideraciones de política son tema de la legislación nacional de varios Estados: Estados Unidos de América, Estados europeos, leyes penales de otros varios Estados y la Comunidad Europea, y de algunas convenciones multilaterales y declaraciones de las Naciones Unidas, así como de la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales<sup>23</sup>.

7. La doctrina relativa a la aplicación extraterritorial de la legislación nacional no está bien asentada. No hay normas uniformes ni principios universalmente aceptados al respecto. Su interpretación y su aplicación quedan esencialmente en manos de los tribunales en casos individuales y varían según el tema o esfera de que se trate.

8. Sin embargo, el principio básico es que todas las legislaciones nacionales son *prima facie* de carácter territorial<sup>24</sup>. Si bien la Corte Permanente reconoció este principio en el asunto del «*Lotus*», también sostuvo que varios Estados aprobaban que se concediera efecto extraterritorial a sus leyes nacionales, y que talcs políticas o prácticas no estaban prohibidas por el derecho internacional<sup>25</sup>. Esa opinión de la Corte Permanente parece haber proporcionado la base para que, en el asunto *Alcoa*, el magistrado Learned Hand se pronunciara por la validez de la extensión de la ley Sherman de los Estados Unidos a las actividades de extranjeros fuera de los Estados Unidos siempre que tuvieran efectos o consecuencias dentro de los Estados Unidos<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Véase Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, págs. 256 y 257, Brownlie (nota 9 *supra*), págs. 306 y 307, Mann, «The doctrine of jurisdiction in international law» (nota 11 *supra*), págs. 17 a 22, y «The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years» (nota 7 *supra*), págs. 31 y 32, H. G. Maier, «Extraterritorial jurisdiction at a crossroads: Intersection between public and private international law», AJIL, vol. 76, 1982, pag. 280

<sup>21</sup> Véase el debate del Congreso de los Estados Unidos sobre este tema en A. F. Lowenfeld, «U S law enforcement abroad: The Constitution and international law, continued», AJIL, vol. 84, N.º 2, 1990, pag. 444

<sup>22</sup> Véase la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados

<sup>23</sup> Véase una colección de materiales jurídicos en este aspecto en A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1983

<sup>24</sup> *American Banana Company v. United Fruit Company*, *United States Reports*, vol. 213, *Cases adjudged in the Supreme Court*, 1909, pag. 347

<sup>25</sup> Véase nota 4 *supra*

<sup>26</sup> Véase *United States of America v. Aluminum Company of America et al.* (*Federal Reporter, Second Series*, vol. 148, 1945, pag. 416), en que el Magistrado Learned Hand observó que es ley aceptada que cualquier

9. La prueba del efecto también sirvió de base para que los Estados Unidos y otros países ampliaran el alcance de sus leyes a actividades que afectan a sus intereses (incluidos los intereses de sus nacionales). Se sustenta esta posición basándose en el principio de la territorialidad objetiva que se considera una extensión del principio de territorialidad.

10. Aun cuando la aplicación del principio de territorialidad objetiva se considera en general aceptable<sup>27</sup>, sobre todo en los casos en que está en juego alguna lesión o daño físico<sup>28</sup>, hay desacuerdo acerca de las condiciones en que cabe considerar razonable la aplicación de la prueba de los efectos. Así, en varios campos —quiebra<sup>29</sup>, legislación antimonopolio<sup>30</sup>, navegación<sup>31</sup>, impuestos<sup>32</sup>, nacionalidad<sup>33</sup>, descubri-

Estado puede imputar responsabilidad, incluso a personas no sujetas a su adhesión, por conducta que el Estado reprenda y que se realice fuera de sus fronteras pero con consecuencias dentro de estas

Véanse también *Continental Ore Company v. Union Carbide and Carbon Corp. et al.* (*United States Reports*, 1962, vol. 370, pag. 690) y *United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Centre* (*Federal Supplement*, 1955, vol. 133, *United States District Court of New York*, pag. 40)

<sup>27</sup> Véase Mahomed K. Nawaz, «Criminal jurisdiction and international law», *The Indian Year Book of International Affairs* (Madras), 1952, pag. 210, en la que el autor estudia las aplicaciones extraterritoriales del código penal indio de 1860, que sigue vigente en gran medida hoy en día, y analiza los demás principios, incluido el principio de la territorialidad objetiva con referencia a asuntos indios [*Emperor v. Chotalal y Wheeler v. Emperor* (*ibid.*), pag. 214] Véanse también *Moharik Ali Ahmed v. State of Bombay*, *All India Reporter*, 1957; *R. v. Baxtor*, *The All India Law Reports*, 1971, vol. 2, pag. 359; y *Secretary of State for Trade v. Markus*, *ibid.*, 1975, vol. 1, pag. 958 Véanse también C. Blakesley, «United States jurisdiction over extraterritorial crime», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 4.ª parte, 1982, pag. 1109, y K. Dam, «Extraterritoriality, conflicts of jurisdiction», *American Society of International Law, Proceedings of the 77th Annual Meeting*, Washington (D. C.), 14-16 de abril de 1983, pag. 370

<sup>28</sup> Jennings, *loc. cit.* (véase nota 9 *supra*)

<sup>29</sup> Véase el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nota 8 *supra*)

<sup>30</sup> K. Messen, «Antitrust jurisdiction under customary international law», AJIL, vol. 78, N.º 4, 1984, pag. 783

<sup>31</sup> Mann, «The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years» (véase nota 7 *supra*), págs. 21 a 94, *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Company*, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committees of the Privy Council and Peerage Cases*, 1892, pag. 25, sobre el derecho del Reino Unido en materia de conferencias de navegación. Sin embargo, los Estados Unidos no aceptaron esta posición en algunos casos, que llevaron en 1981 a que varias líneas de navegación resultaran fuertemente multadas, entre ellas una alemana e inglesa. Véase BYBIL, vol. L, 1979, pag. 352, y vol. LII, 1981, pag. 459. Véase asimismo, en este sentido, la nota dirigida por un grupo de 13 Estados a los Estados Unidos rechazando el derecho a imponer su legislación a hechos y actividades ocurridos, en todo o en gran parte, dentro de los territorios de otros Estados (BYBIL, vol. XLIX, 1978, pag. 386). Según Mann, las conferencias de navegación son un ejemplo sobresaliente del funcionamiento de la «doctrina de los efectos» (pag. 92)

<sup>32</sup> Véase el artículo 7 de la Ley alemana, el artículo 482 del Código de Renta Internacional de los Estados Unidos y el artículo 80 de la Ley de Finanzas inglesa de 1984, que permiten, a reserva de varias condiciones, la asignación de los beneficios de sucursales a sus accionistas y la consiguiente gravación de estos con el impuesto. Véase también el artículo 38 de la Ley de Finanzas del Reino Unido de 1973, junto con el artículo 12 de la Ley del Impuesto a las Ganancias de Capital, en virtud del cual las ganancias de las compañías petrolíferas fuera del Reino Unido se tratan como ganancias transferidas al Reino Unido mediante una sucursal o agencia. Véase también F. K. Juenger, «Conflict of laws: A critique of interest analysis», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 32, N.º 1, 1984

<sup>33</sup> Véase el asunto *The Antelope* (*Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. X, 1825, pag. 66), en el que el Presidente del Tribunal Supremo, Magistrado Marshall, estimó que una corte de los Estados Unidos carecía de jurisdicción sobre un buque extranjero acusado de dedicarse al proscrito

miento<sup>34</sup>, reconocimiento de actos extranjeros<sup>35</sup>— la aplicación de la prueba de los efectos o la afirmación de la jurisdicción por parte de un Estado basada en el interés nacional provocaba controversia. Los Estados Unidos, Alemania y la Comunidad Europea, entre otros, han apoyado la extensión de la jurisdicción basándose en el principio de los efectos en el campo antimonopolístico<sup>36</sup>. Esta tesis tropezaba con la oposición del Reino Unido y de algunos otros países<sup>37</sup>. El Japón se oponía a los intentos de los Estados Unidos por extender su legislación para regular conferencias de navegación cuyas actividades tenían lugar esencialmente fuera de los Estados Unidos<sup>38</sup>. El Reino Unido y varios países también han adoptado legislaciones nacionales obstructivas, negando reconocimiento al derecho de los Estados Unidos<sup>39</sup>. También adoptaron el «recurso de las tenazas» en virtud del cual se otorga a una cierta clase de demandados en procedimientos extranjeros el derecho a reclamar ante los tribunales del Reino Unido la parte del fallo extranjero que asigne daños triples o múltiples con respecto a la indemnización normal<sup>40</sup>.

11. En vista de esta serie de conflictos, se habían realizado intentos de definir el ejercicio razonable de la jurisdicción extraterritorial por parte de los Estados. Se había sugerido que, para la afirmación de la jurisdicción extraterritorial, el efecto dentro del territorio tenía que ser considerable y el resultado de la actividad en el extranjero directo y previsible<sup>41</sup>. En otro asunto, se sugirió que debía

cómercio de esclavos, «por muy aborrecible que este tráfico pueda ser», rechazando así la aplicación extraterritorial de las leyes de los Estados Unidos a un buque extranjero y, por esa vía, a distintas nacionalidades. Sin embargo, véase *US v La Jeune Eugenie (Federal Cases, Circuit Court, District of Massachusetts, 1822, vol 26, pag 832)*, en que el Magistrado Story estimo que el comercio de esclavos violaba el derecho de las naciones y, por lo tanto, caía dentro de la jurisdicción de un tribunal americano. Véase también *Foley Bro., Inc v Filardo (United States Reports, vol 336, 1949, pag 281)*, en que el Tribunal mantuvo que la ley de la jornada de trabajo de ocho horas no era aplicable a un ciudadano americano que trabajaba en el extranjero según un contrato concertado entre el Gobierno de los Estados Unidos y un contratista privado. Véase un estudio de estos temas y otros aspectos en «Constructing the State extraterritorially. Jurisdictional discourse, the national interest, and transnational norms», *Harvard Law Review*, vol 103, N° 6, 1990, pags 1273 y ss, en especial pags 1288 y 1289.

<sup>34</sup> Roth, *loc cit* (véase nota 12 *supra*), pags 249 y 250. Véase también «Australia. Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act, 1976», en Lowe, *op cit* (nota 23 *supra*), pag 79.

<sup>35</sup> Oppenheim, *op cit* (véase nota 13 *supra*), cap IV, pag 371. Véase también *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino, Receiver (United States Reports, vol 376, 1964, pag 398)*.

<sup>36</sup> Roth, *loc cit* (véase nota 12 *supra*), pags 245 a 249 y 260 a 265.

<sup>37</sup> Brownlie, *op cit* (nota 9 *supra*), pags 311 a 314.

<sup>38</sup> Véase Lowe, *op cit* (nota 23 *supra*), pag 121.

<sup>39</sup> Véanse los documentos reproducidos en Lowe, *ibid*, 2ª parte, pags 79 y ss, y Bowett, *loc cit* (nota 3 *supra*), pags 22 a 24.

<sup>40</sup> Roth, *loc cit* (véase nota 12 *supra*), pag 252. Véase también *British Nylon Spinners, Ltd v Imperial Chemical Industries Limited (The All England Law Reports, vol 2, 1952, pag 780)*, asunto en que un tribunal del Reino Unido impidió que Imperial Chemical Industries se desprendiera de cualquiera de las patentes que había concertado otorgar a British Nylon Spinners en represalia por un decreto de un tribunal de los Estados Unidos en el caso *United States v ICI*. En el litigio sobre un contrato de uranio de la empresa Westinghouse Electric Corporation (vol 17, N° 1, 1978, pag 38) (2 de diciembre de 1977), la Cámara de los Lores se negó a cumplir con la rogatoria procedente de un tribunal de los Estados Unidos basándose en que los tribunales ingleses no tienen por que cooperar en investigaciones fundadas en la obligatoriedad extraterritorial de las leyes antimonopolísticas de los Estados Unidos.

<sup>41</sup> *Restatement of the Law (Second) The Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, St Paul (Minn), 1987.

existir un vínculo considerable y auténtico o *bona fide* para que tal jurisdicción fuera razonable<sup>42</sup>. Además, los tribunales también intentaron equilibrar el interés nacional como guía para justificar la jurisdicción en este sentido<sup>43</sup>. Una nueva declaración del American Law Institute indicaba una serie de factores para juzgar la razonabilidad del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en caso de réplicas que reclamaran la jurisdicción fundándose en el principio de la territorialidad o la nacionalidad<sup>44</sup>. Otros varios factores, como los intereses nacionales vitales, consideraciones de política o relaciones exteriores, derecho internacional o *comitas gentium*, límites del poder judicial, reciprocidad, penalidades del individuo afectado, control ejercido por el órgano central con respecto a las sucursales, también se consideraron pertinentes para juzgar la razonabilidad del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial<sup>45</sup>.

12. Los Estados también han concertado acuerdos formales o informales para coordinar sus políticas, promover su cooperación e institucionalizar las respuestas que rigen el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Pero la mayoría de estos esfuerzos tenían alcance limitado y otros seguían siendo en gran medida cuestión de persuasión<sup>46</sup>.

13. En algunos casos los tribunales expresaron su incapacidad para tratar, evaluar y conciliar intereses nacionales en conflicto<sup>47</sup>. Algunos Estados advirtieron que tales

<sup>42</sup> Brownlie, *op cit* (nota 9 *supra*), pag 310.

<sup>43</sup> Véase un análisis crítico en K Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, Nueva York, McGraw-Hill, 1958, en el que se elabora el concepto de «norma de razón jurisdiccional», y Bowett, *loc cit* (nota 3 *supra*), pags 18 a 22.

<sup>44</sup> *Restatement of the Law (Third) The Foreign Relations Law of the United States*, vol 2, The American Law Institute, St Paul (Minn), 1987.

<sup>45</sup> *Mannington Mills Inc v Congoleum Corporation, Federal Reporter, Second Series*, vol 595, 1979, pag 1287, véase *Timberlane Lumber Co v Bank of America, ibid*, vol 549, 1977, pag 597. Sin embargo, en el litigio sobre el contrato de uranio de la empresa Westinghouse (véase nota 40 *supra*), el tribunal de los Estados Unidos se apartó de la consideración de la *comitas gentium* al sopesar el interés del Estado extranjero y reducir la investigación a tres factores: la complejidad de la acción, la gravedad de los cargos y la actitud recalcitrante del demandado extranjero. En cuanto a censuras de la Comunidad Europea al Gobierno de los Estados Unidos por quebrantamiento del derecho internacional y negativa a aplicar la prueba del equilibrio del interés en relación con el suministro de materiales para el gasoducto soviético, véase ILM, vol 21, N° 4, 1982, pag 891.

En virtud de la práctica de los Estados Unidos, además del derecho concedido a los Estados extranjeros a intervenir en casos que entrañen conflictos de interés nacional, mediante escritos de *amicus curiae*, también tienen el derecho de accionar en virtud de las leyes antimonopolio de los Estados Unidos. Véase *Pfizer Inc v Government of India et al*, ILM, vol 17, N° 1, 1978, pag 93.

Véase también el artículo 418 (2) del *Restatement of the Law (Second)*, que contempla la jurisdicción de los Estados Unidos para las sociedades organizadas en virtud de leyes de Estados extranjeros que sean sustancialmente de propiedad y control de nacionales de los Estados Unidos. Véase Mann (nota 7 *supra*), cap III.

<sup>46</sup> Véanse, en general, Mann, *ibid*, y Lowe, *op cit* (nota 23 *supra*). También cabe mencionar diversas convenciones o tratados internacionales sobre terrorismo y extradición, tráfico de estupefacientes y doble imposición fiscal.

<sup>47</sup> *Laker Airways Limited v Sabena, Belgian World Airlines* (véase nota 18 *supra*). Véase también *Argentine Republic v Amerasia Hess Shipping Corporation and Others (International Law Reports, vol 81, 1990, pag 658)* la compañía naviera se enfrentaba con el silencio del Congreso con respecto a la aplicación extraterritorial de las leyes. Los tribunales invocan la presunción contra la extraterritorialidad. Véase *Harvard Law Review* (nota 33 *supra*), pags 1279 y 1280, nota 43.

cuestiones no podían dejarse en manos de foros internos que, en última instancia, sólo podían guiarse por su derecho e intereses nacionales<sup>48</sup>. En vista de ello, se estimaba que había razones poderosas para codificar y desarrollar el derecho internacional relativo al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por parte de los Estados<sup>49</sup>.

14. Algunos acontecimientos recientes que entrañan el secuestro de personas de jurisdicción extranjera para someterlos a juicio ante tribunales de los Estados Unidos por crímenes relacionados con el terrorismo y el narcotráfico han puesto de relieve la urgencia de la cuestión de la jurisdicción extraterritorial<sup>50</sup>. Esos secuestros ilegales y forzados habían sido condenados por varios Estados como violación de su soberanía y de las leyes nacionales y los derechos humanos. Varios países han pedido a la Asamblea General de las Naciones Unidas que presente estos asuntos de derecho a la Corte Internacional de Justicia para que emita una opinión consultiva<sup>51</sup>.

15. También han adquirido importancia las cuestiones relativas a la jurisdicción extraterritorial y requieren que se les dé una respuesta general y conceptual: a) en vista de las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre y en los cuerpos celestes, en diversas zonas marítimas y en la Antártida; b) dada su preocupación por el control del terrorismo, el narcotráfico, el movimiento transnacional de personas y el funcionamiento de empresas multinacionales; c) de las demandas de desarrollo que entrañan acciones sobre transferencia o venta de tecnología sin restringir los derechos de los Estados receptores a comerciar libremente en productos o servicios, así adquiridos, con terceros<sup>52</sup>; d) así como la necesidad de los Estados de conseguir seguridad e independencia y disfrutar de su soberanía. También quizá haya que considerar los problemas

relativos a la jurisdicción extraterritorial en el contexto de la interdependencia mundial, los daños transnacionales y ambientales, el ordenamiento de los ríos internacionales, la preservación del medio ambiente y la diversidad biológica, la contención del aumento de la población y la eliminación de la pobreza. Los diversos principios de jurisdicción —el principio de universalidad, los principios de nacionalidad activa y pasiva y el principio de los efectos— tienen elementos de aplicación extraterritorial del derecho nacional. Todo ello requiere análisis y consolidación como excepción al principio básico de jurisdicción, o sea, el principio de territorialidad.

16. En vista de lo antedicho, parece bastante claro que sería importante y oportuno que la Comisión de Derecho Internacional estudiara el tema de la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales. Existen un cuerpo amplio de práctica de los Estados, jurisprudencia, leyes nacionales y tratados internacionales, así como una gran variedad de propuestas y estudios críticos académicos. El estudio podría hacerse prescindiendo de tonos ideológicos y sería bien acogido por los Estados de cualquier convicción o credo. Para empezar, la Comisión no tiene por qué comprometerse a preparar una convención sobre el tema. Incluso una ley modelo o una compilación de los principios rectores podría contribuir al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho en esta importante esfera del derecho internacional. Tal estudio supondría complementar ulteriormente los esfuerzos de la Comisión en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho en otros ámbitos como los de la responsabilidad de los Estados, la responsabilidad por daños transnacionales, el proyecto de código de crímenes y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

17. Por último, el estudio del tema de la jurisdicción extraterritorial podría brindar la oportunidad de examinar la relación y los límites entre derecho internacional público y privado, por una parte, y derecho internacional y nacional, por otra<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Véanse las opiniones del Reino Unido en la nota de 21 de junio de 1982, BYBIL, vol. LIII, 1982, pag. 433. Véase también *Satya v Teja Singh (All Indian Reports, 1975)*, en que la Corte Suprema de la India dice que todo asunto que se plantee ante un tribunal indio debe decidirse según el derecho indio. Cualquier reconocimiento prestado a una ley extranjera debido a la presencia en el asunto de ciertos elementos extranjeros queda condicionado, según el tribunal, a su conformidad con la política pública india. Refiriéndose a la posición del Departamento de Estado de los Estados Unidos instando a la moderación judicial de los tribunales de los Estados Unidos a la hora de afirmar la jurisdicción extraterritorial (véase *American Society of International Law, Proceedings of the 71st Annual Meeting*, San Francisco [Ca.], 21-23 de abril de 1977, págs. 214 y ss.), Bowett aduce que tal criterio no dará resultados satisfactorios ni será suficiente. Véanse las diversas razones aducidas en Bowett, *loc cit* (nota 3 *supra*), págs. 21 y 22.

<sup>49</sup> Véanse Mann, *loc cit* (nota 7 *supra*), y Roth, *loc cit* (nota 12 *supra*).

<sup>50</sup> Véase, en cuanto a los documentos y resoluciones judiciales en el asunto Alvarez Machain entre los Estados Unidos y México (*International Legal Materials*, Washington [D.C.], vol. 31, N.º 4, julio de 1992, págs. 900 y ss.), *Limits to National Jurisdiction*, 1992, sobre la ilegalidad de los secuestros, véase Lowenfeld, *loc cit* (nota 21 *supra*).

<sup>51</sup> Véase la petición dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas por los representantes de varios países latinoamericanos, España y Portugal en los documentos A/47/249, Add.1 y Corr.1.

<sup>52</sup> Véanse los problemas creados en relación con el embargo por los Estados Unidos al envío de bienes o tecnología a la Unión Soviética para su utilización en la construcción de un gasoducto entre la Unión Soviética y Europa, H. E. Moyer y L. A. Mabry, «Export controls as instruments of foreign policy», en *Law and Policy in International Busi-*

*ness*, vol. 15, N.º 1, 1983, pag. 1, véase también Mann, *loc cit* (nota 7 *supra*), págs. 60 a 63.

La posición de los Estados Unidos es inconsistente, incluso en los casos de embargo y boicot. Véase el fallo de 10 de enero de 1977 en el caso *United States of America v. Bechtel Corporation* (District Court for the Northern District of California Stipulation and Final Judgment, en ILM, vol. 16, N.º 1, 1977, pag. 95) prohibiendo a las partes la aplicación del boicot árabe contra Israel dentro de los Estados Unidos. Esto contrasta con los casos de aplicación de embargos comerciales por los Estados Unidos contra China, Cuba y el bloque soviético, afirmando el alcance extraterritorial de sus Reglamentos de control de activos extranjeros y de su Ley de control de la exportación de 1949. Véase P. H. Silverstone, «The Export Control Act of 1949: Extraterritorial enforcement», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 107, N.º 3, 1959, pag. 331, e «International boycotts and embargoes», *American Society of International Law* (nota 48 *supra*), págs. 170 a 182.

Sobre la iniquidad de la universalización de las sanciones que figuran en la Ley Super 301 de los Estados Unidos y del sistema de represalias forzadas que se propone en el contexto de la Ronda Uruguay de Negociaciones, véase B. S. Chimni, «Political economy of the Uruguay Round of Negotiations: A perspective», *International Studies*, vol. 29, N.º 2, 1992, págs. 156 a 158.

<sup>53</sup> Véase Sir Anthony Mason, «The relationship between international law and national law, and its application in national courts», *Commonwealth Law Bulletin* (Londres), vol. 18, N.º 2, 1992, pag. 750.

## El derecho de las aguas subterráneas internacionales (confinadas), por el Sr. Alberto Szekely

1. Del volumen fijo e invariable de agua de la Tierra, que asciende aproximadamente a 1.400 millones de kilómetros cúbicos, aproximadamente el 97,3% es agua salada de los océanos. Sólo el 2,7% restante es agua dulce. De toda el agua fresca disponible en el planeta, el 77,2% está en los casquetes polares y en los glaciares. El resto de las existencias de agua dulce del mundo está dividido entre aguas subterráneas (22,4%), lagos y ríos (0,36%) y agua en estado gaseoso, presente principalmente en la atmósfera (0,04%). Muchos de los acuíferos subterráneos del mundo son transfronterizos.

2. Casi el 47% de la superficie terrestre (con exclusión de la Antártida) está comprendido en aproximadamente 165 cuencas fluviales y lacustres transfronterizas. La cifra correspondiente a acuíferos subterráneos transfronterizos es aún más alta y llega casi al 60% en África y en América Latina.

3. Los grandes acuíferos transfronterizos de los continentes, por ejemplo el acuífero del noreste de África, situado bajo los territorios de la Jamahiriya Árabe Libia, Egipto, el Chad y el Sudán, el acuífero europeo, situado bajo los territorios de los Estados ribereños del Rin, y los acuíferos de la Península arábiga, que atraviesan las fronteras de la Arabia Saudita, Bahrein, Qatar, los Emiratos Árabes Unidos y Jordania, demuestran claramente que las aguas subterráneas, como las de superficie, desconocen a menudo las fronteras políticas y están contenidas en estructuras geológicas que atraviesan fronteras internacionales o que alimentan o son alimentadas por ríos y lagos internacionales.

4. La demanda alarmante de recursos de agua subterránea del mundo está aumentando constantemente, en buena medida como resultado de las altas tasas de crecimiento demográfico, del desarrollo industrial y agrícola y, especialmente en las zonas fronterizas, del aumento reciente del comercio y los intercambios económicos internacionales y de los asentamientos humanos y las concentraciones de población<sup>1</sup>. En muchos lugares, la escasez o la mala calidad de las aguas de superficie han hecho que los usuarios incrementen el uso de aguas subterráneas, con el resultado frecuente de que se extraen volúmenes insostenibles de agua de los acuíferos, se deteriora la calidad del agua y llegan incluso a agotarse los pozos. Estas situaciones crean todas las condiciones necesarias para el desencadenamiento de posibles conflictos. Al igual que ocurre en el Oriente Medio, donde casi toda el agua corresponde a sistemas fluviales que ya se están usando (incluidos los ríos Nilo, Jordán y Tigris-Eufrates), se producirán en muchas otras zonas fronterizas del mundo, graves situaciones de escasez que, combinadas con el deterioro de la calidad del agua, llevarán a que aumente la presión de la demanda sobre los acuíferos conectados con esos ríos y sobre los acuíferos transfronterizos no relacionados básicamente con las aguas de

superficie. Esa situación se verá sin duda exacerbada por el impacto del calentamiento mundial.

5. Independientemente de todo lo que se ha dicho hasta aquí, la explotación de las aguas subterráneas y la preservación de su calidad ya se han convertido en la preocupación más acuciante de las comunidades fronterizas. Esto es especialmente cierto en las vastas regiones áridas del mundo, donde el abuso o la contaminación de los acuíferos transfronterizos están alcanzando proporciones de crisis. Muchos depósitos transfronterizos se están agotando rápida e incontrolablemente a causa de que las cantidades extraídas están por encima del nivel de recarga, y muchos otros han quedado inutilizados por la contaminación. A todas estas preocupaciones hay que añadir la destrucción a menudo irreversible de los acuíferos y la amenaza de una disminución grave de la recarga de los acuíferos causada por los usos impropios de la tierra, el problema de la contaminación a largo plazo resultante de la descarga directa e indirecta en las aguas subterráneas de desechos y sustancias sumamente tóxicas, y el impacto de las sequías y las inundaciones. Estas situaciones han ocasionado tradicionalmente desastres que afectan las aguas de superficie, o han dado lugar a catástrofes causadas por las aguas de superficie y las consecuencias de esos desastres suelen mitigarse recurriendo a los suministros vulnerables de aguas subterráneas, que se ven a su vez amenazados por la infiltración de aguas de inundación contaminadas.

6. Por ser el agua el recurso más crítico y vital para la supervivencia humana, los conflictos posibles o reales ocasionados por el acceso a ella o por el deseo de garantizar la preservación de su calidad no pueden sino menoscabar el desarrollo internacional armonioso y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. A esto se debe la necesidad de un régimen jurídico internacional en esta materia.

7. Varias entidades importantes de la comunidad internacional, gubernamentales y no gubernamentales, y varios órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas, conscientes de los peligros potenciales para la paz internacional y el bienestar del ser humano resultantes de las amenazas crecientes que se ciernen sobre las existencias de aguas subterráneas del mundo, ya se han pronunciado sobre la cuestión y han dado la voz de alarma. Cabe mencionar a este respecto la Conferencia Especializada Interamericana sobre Recursos Naturales Renovables, celebrada en Mar del Plata en 1965, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata en 1977<sup>2</sup>, la Reunión Interregional de Organizaciones Internacionales de Cuencas Fluviales organizada por las Naciones Unidas en Dakar en 1981<sup>3</sup> y la Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de Cuencas Fluviales y Lacustres, con Especial Atención a la región de

<sup>2</sup> Véase el documento E/CONF 70/CBP/1

<sup>3</sup> Véase *Experiencias en el aprovechamiento y administración de cuencas fluviales y lacustres internacionales*, Actas de la Reunión Interregional de Organizaciones Internacionales de Cuencas Fluviales (Naciones Unidas), Dakar, 5 a 14 de mayo de 1981, Recursos naturales/Serie del agua, N° 10 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 82 II A 17)

<sup>1</sup> Véase la evaluación sobre las perspectivas demográficas mundiales realizada en 1968 en *Perspectivas de la población mundial evaluadas en 1968* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 72 XIII 4)

África, organizada por la CEA y celebrada en Addis Abeba en octubre de 1988<sup>4</sup>, que recomendó que los gobiernos reconocieran la interdependencia y la diversidad de los componentes del ciclo hidrológico, incluidas, entre otras cosas, las aguas subterráneas y la interfase del agua y la atmósfera.

8. En la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, celebrada en Dublín en enero de 1992<sup>5</sup>, se pusieron de relieve las graves amenazas y los posibles conflictos resultantes de la escasez y el abuso del agua potable y, reconociendo la gran importancia de estos recursos naturales para el futuro de la humanidad, se hizo un llamamiento en pro de la negociación de acuerdos y principios relativos al uso, la conservación y la protección de las cuencas de agua subterráneas transfronterizas<sup>6</sup>.

9. El Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo ha reconocido también la necesidad de que se preste especial atención a las actividades relacionadas con la gestión de esos recursos transfronterizos<sup>7</sup>.

10. El capítulo sobre el agua del Programa 21 indica una preocupación considerable por la cuestión de las aguas subterráneas, incluidos los acuíferos transfronterizos, y se hace en él un llamamiento a todos los países para que establezcan principios y arreglos institucionales para su uso y su protección adecuados<sup>8</sup>.

11. En el derecho internacional hay solamente normas generales aplicables, entre otras cosas (pero no específicamente), a los acuíferos transfronterizos. Por esa razón, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua se recomendó:

Que en ausencia de acuerdos bilaterales o multilaterales, los Estados Miembros siguieran aplicando los principios generalmente aceptados del derecho internacional en el uso, el aprovechamiento y la ordenación de los recursos de agua compartidos<sup>9</sup>

12. A medida que ha evolucionado el derecho internacional relativo al uso y la conservación de los recursos naturales nacionales, internacionales o transfronterizos en

general, y sobre los recursos de agua en particular, los principios y normas respectivos se han aplicado generalmente a los acuíferos transfronterizos porque son básicamente recursos de agua naturales divididos por fronteras nacionales.

13. Así pues, algunos instrumentos jurídicos internacionales multilaterales contienen ya en sus normas algunas referencias, disposiciones e incluso principios generales aplicables a las aguas subterráneas (aunque no necesaria y específicamente a las aguas subterráneas transfronterizas). Ocurre así en la Carta Europea del Agua<sup>10</sup>, y en la Convención africana sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, la Declaración de Principios relativos al uso racional del agua aprobada por la Comisión Económica para Europa (decisión C XXXIX)<sup>11</sup>, y en algunas directrices del Consejo de la Comunidad Europea, así como en la Declaración de políticas sobre la prevención y el control de la contaminación del agua aprobada por la CEE en 1980. Un comité de la CEE aprobó en 1985 un conjunto de principios más directamente aplicables, en que se contemplaban asimismo la invasión de los acuíferos ribereños por aguas del mar, la recarga artificial, el almacenamiento de calor en los acuíferos, la eliminación de las aguas servidas, la contaminación debida a la minería y la agricultura y la contaminación radiactiva<sup>12</sup>. La CEE aprobó en 1987 sus Principios relacionados con la cooperación en la esfera de los recursos hídricos transfronterizos, en los que se expresaba el convencimiento de que la prevención y el control de la contaminación transfronteriza de los acuíferos subterráneos, así como la prevención de las inundaciones, son tareas importantes y urgentes que sólo pueden realizarse eficazmente mediante la cooperación activa entre los países interesados<sup>13</sup>. Los Principios se ocupan con algún detalle de los términos relacionados, en especial, con los acuerdos, los objetivos y criterios relativos a la calidad del agua, los arreglos institucionales, las funciones de los órganos institucionales, la contaminación, la vigilancia y el procesamiento de datos y los sistemas de advertencia y alarma.

14. El proyecto legislativo oficial más avanzado que se aplicaría concretamente a las aguas subterráneas transfronterizas es sin duda el proyecto de artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de la Comisión de Derecho Internacional<sup>14</sup>, del que quedará excluida una parte muy importante de los acuíferos transfronterizos del mundo, a saber las llamadas por el anterior Relator Especial «aguas subterráneas “confinadas”, esto es las que no guardan ninguna relación con aguas superficiales», es decir los acuíferos no conectados directamente o que «en virtud de su relación física, no constituyen un conjunto unitario»

<sup>4</sup> *Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres*, Deliberaciones de la Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de Cuencas Fluviales y Lacustres, con Especial Atención a la Región de África, Addis Abeba, 10 a 15 de octubre de 1988, Recursos naturales/Serie del agua, N.º 20 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 90 II A 10)

<sup>5</sup> Véase la Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible [Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente El desarrollo en la perspectiva del siglo XXI, Dublín, 26-31 de enero de 1992 (A/CONF 151/PC/112, anexo I)], así como el punto 7 del Programa de Acción aprobado por la Conferencia (ibid., anexo II, págs. 47 y ss.)

<sup>6</sup> Véanse los párrafos 4.12 y 4.13 y 7.6 del informe de la Conferencia (ibid., anexo II)

<sup>7</sup> Véase el informe del Consejo de Administración en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 25 (A/44/25)*, en especial pag. 111, decisión 15/1)

<sup>8</sup> A/CONF 151/26/Rev.1 (vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 93 I 8 y corrección), págs. 7 y ss., véanse, por ejemplo, los párrafos 18.25, apartado d, 18.37 y 18.39, apartado a (páginas 271 y 276)

<sup>9</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14-25 de marzo de 1977* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 77 II A 12), primera parte, cap. I, recomendación 93, párrafo b

<sup>10</sup> Aprobada el 6 de mayo de 1968 por el Consejo de Europa

<sup>11</sup> Véase *Rapport annuel de la Commission économique pour l'Europe, 24 avril 1983-14 avril 1984, Documents Officiels du Conseil économique et social, 1984, Supplément N.º 13*, vol. I (E/1984/23-E/ECE/1983), cap. IV

<sup>12</sup> WATER/GE I/R 66, anexo

<sup>13</sup> Véase E/EC/(42)/L 19, resolución 1 (42) de 1987

<sup>14</sup> Para el texto aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 75

con cursos de agua internacionales de superficie «que fluyen a un término común»<sup>15</sup>.

15. No hay casi precedentes en la jurisprudencia internacional en esta materia, aunque pueden encontrarse algunos casos más o menos relacionados, y otros más remotamente relacionados, como el del *Lago Lanos*<sup>16</sup> o el laudo de 1927 del Tribunal Supremo del Reich en un caso relativo a aguas subterráneas transfronterizas que se infiltraban en el Danubio (*Wurtemberg y Prusia c. Baden*)<sup>17</sup>.

16. Esto no significa que no hay una práctica internacional sobre la cuestión. Por el contrario, es posible identificar un gran número de acuerdos bilaterales que en una u otra forma se ocupan de aguas subterráneas transfronterizas (y en algunos casos de acuíferos concretos)<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Los términos citados entre comillas se han tomado directamente del texto del proyecto de artículos

<sup>16</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.º de venta 63 V.3), pag. 281

<sup>17</sup> *Sireusache des Landes Wurttemberg un des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung* Staatsgerichtshof alemán, 18 de junio de 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin)*, vol. 116, apéndice, págs. 18 y ss

<sup>18</sup> Veanse, en especial, el Tratado definitivo de límites entre Francia y España, de 27 de agosto de 1785, el Tratado sobre las fronteras entre los Países Bajos y Hannover, de 2 de julio de 1824, el Acta de límites entre Francia y el cantón de Neuchâtel, de 4 de noviembre de 1824, la Convención entre Italia y Suiza sobre el arreglo del conflicto de la frontera entre Lombardia y el cantón de Ticino, de 5 de octubre de 1861, el Tratado entre Austria y Baviera sobre el régimen de la frontera y otras relaciones entre Bohemia y Baviera, de 24 de junio de 1862, el Tratado de límites entre España y Portugal, de 29 de septiembre de 1864, el Acuerdo entre Gran Bretaña y Francia relativo a la Costa somali, de 2 y 9 de febrero de 1888, el Tratado entre Suiza y Austria-Hungría para la rectificación del Rin desde la desembocadura del Ill, aguas arriba, hasta la entrada del río en el lago Constanza, aguas abajo, de 30 de diciembre de 1892, el canje de notas entre Francia y el Reino Unido sobre la frontera entre la Costa de Oro y el Sudan francés, de 8 de abril de 1904, el Acuerdo relativo a la delimitación de la frontera entre Persia y Turquía, de 21 de diciembre de 1913, las Disposiciones relativas a la frontera común de Bélgica y Alemania, de 6 de noviembre de 1922, el Protocolo entre Francia y Gran Bretaña que define la frontera entre el África ecuatorial francesa y el Sudan angloegipcio, de 21 de enero de 1924, el Acuerdo entre Egipto e Italia relativo a las fronteras entre Cirenaica y Egipto (sobre el pozo de Ramla), de 6 de diciembre de 1925, el canje de notas entre los Gobiernos británico e italiano para regular el aprovechamiento de las aguas del río Gäch, de 12 y 15 de junio de 1925, el Tratado entre Francia y Alemania relativo a la delimitación de la frontera, de 14 de agosto de 1925, la Convención entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Persia relativa a la utilización común de las aguas y ríos limítrofes, de 20 de febrero de 1926, el Acuerdo entre Bélgica y Alemania relativo a la frontera común, de 7 de noviembre de 1929, el Tratado de paz, amistad y arbitraje entre la República Dominicana y Haití, de 20 de febrero de 1929, el Acuerdo entre Persia y Turquía relativo a la línea fronteriza, de 23 de enero de 1932, el Acuerdo entre Bélgica y el Reino Unido sobre el uso de las aguas en la frontera entre Tanganyika y Ruanda-Urundi, de 22 de noviembre de 1934, el Acuerdo entre Austria y el Estado de Baviera sobre la desviación de las aguas del Rissbach, del Durrach y del Walchen, de 16 de octubre de 1950, el Convenio entre Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la República Federal de Alemania relativo a la construcción de una central hidroeléctrica en el Sauer, de 25 de abril de 1950, el Protocolo de 1953 entre Albania y Yugoslavia que reglamenta el uso de las aguas en su frontera común, el Acuerdo entre la República Siria y el Reino Hachemita de Jordania sobre el aprovechamiento de las aguas del Yarmuk, de 4 de junio de 1953, el Acuerdo entre la República Popular Federativa de Yugoslavia y la República Popular de Albania sobre el régimen de aguas, de 5 de diciembre de 1955, el Convenio entre la República Federal de Alemania y Francia sobre el aprovechamiento del curso superior del Rin entre Basilea y Estrasburgo, de 27 de octubre de 1956, el Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular Federativa de Yugoslavia y el Gobierno de la República Popular Hungría relativo a cuestiones de hidroeconomía, de 8 de agosto de 1955, el Acuerdo entre el Gobierno de la República italiana y el Gobierno de la República Popular Federativa de Yugoslavia relativo al abastecimiento

17. La doctrina en la materia se ha basado en una cantidad considerable de obras especializadas publicadas, y especialmente en dos trabajos académicos muy avanzados encaminados a codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional relativo a las aguas subterráneas transfronterizas.

18. Esos trabajos son, por una parte, las Normas de Seúl de 1986 sobre aguas subterráneas internacionales<sup>19</sup>, de la Asociación de Derecho Internacional (que se basaban en las Normas de Helsinki de 1966 sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales<sup>20</sup>) y, por otra parte, el Proyecto de Tratado de Bellagio de 1987, mucho más avanzado y completo, sobre aguas subterráneas y transfronterizas<sup>21</sup>, elaborado por un equipo de expertos jurídicos en aguas internacionales y medio ambiente del Centro sobre Recursos Transfronterizos Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nuevo México. Este proyecto se desarrolló a su vez como revisión del «Proyecto de Ixtapa» publicado en 1985<sup>22</sup>.

19. El Proyecto de tratado de Ixtapa y su revisión contenida en el Proyecto de tratado de Bellagio ya han sido examinados a fondo, y suelen citarse con frecuencia creciente en las obras especializadas y en la labor, las reuniones y

de agua al municipio de Gorizia, de 18 de julio de 1957, las actas de la reunión de las delegaciones de la República Popular Federativa de Yugoslavia y del Reino de Grecia que se efectuó el 26 de agosto y el 1.º de septiembre de 1957 a fin de establecer la forma y el plan de colaboración para los estudios hidroecológicos de la cuenca de desague del lago de Dojran, de 1.º de septiembre de 1957, el Convenio entre el Gran Ducado de Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la República Federal de Alemania relativo a la construcción de instalaciones hidroeléctricas en el Our, de 10 de julio de 1958, el Acuerdo sobre el régimen de aguas entre el Gobierno de la República Popular Federativa de Yugoslavia y el Gobierno de la República Popular de Bulgaria, de 4 de abril de 1958, el Acuerdo entre Checoslovaquia y Polonia relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en aguas fronterizas, de 21 de marzo de 1958, la Convención de 16 de noviembre de 1962 entre Francia y Suiza relativa a la protección de las aguas del lago Lemán contra la contaminación, el Acuerdo entre Polonia y la Unión Soviética relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en las aguas fronterizas, de 17 de julio de 1964, la Convención entre Francia y la República Federal de Alemania sobre el desarrollo del Rin entre Estrasburgo/Kehl y Lautembourg/Neuburgweiler, de 4 de julio de 1969, el Acuerdo de los ríos fronterizos entre Finlandia y Suecia, de 15 de diciembre de 1971, el Acuerdo de 1973 (Acta N.º 242) de la Comisión Internacional de Límites y Aguas entre México y Estados Unidos relativo a los problemas de salinidad del río Colorado, el Acuerdo de 1974 entre la República Democrática Alemana y Checoslovaquia, el Acuerdo de 5 de mayo de 1977 entre Francia y Suiza sobre la intervención de los organismos encargados de luchar contra la contaminación accidental de las aguas por los hidrocarburos u otras sustancias que puedan alterar las aguas y reconocidos como tales en el marco de la Convención franco-suiza de 16 de noviembre de 1962 relativa a la protección de las aguas del lago Lemán contra la contaminación, el Convenio de 1978 entre el Canadá y los Estados Unidos de América respecto de la calidad del agua de los Grandes Lagos, de 22 de noviembre de 1978, y el Acuerdo entre Austria y Checoslovaquia a fin de solucionar algunas cuestiones de interés común en materia de centrales nucleares, de 18 de noviembre de 1982

<sup>19</sup> ILA, *Report of the Sixty-Second Conference, Seoul, 1986*, Londres, 1987, págs. 238 y ss

<sup>20</sup> Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966, véase ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs. 484 y ss, reproducido parcialmente en *Anuario 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 389 y ss, documento A/CN.4/274, párr. 405

<sup>21</sup> R. D. Hayton y A. E. Utton, «Transboundary Groundwaters: The Bellagio Draft Treaty», *Natural Resources Journal* (Albuquerque [N.M.]), vol. 29, N.º 3, 1989, pag. 663

<sup>22</sup> A. B. Rodgers y A. E. Utton, «The Ixtapa Draft Agreement relating to the use of transboundary groundwaters», *Natural Resources Journal* (Albuquerque [N.M.]), vol. 25, N.º 3, 1985, pag. 713

los informes de órganos internacionales. Cabe mencionar a este respecto varios períodos de sesiones de la Asociación de Derecho Internacional y una reunión especial del Sexto Congreso de la Asociación de Recursos de Agua Internacionales celebrada en Ottawa en mayo de 1988, así como el Coloquio de Doman sobre el derecho de los cursos de agua internacionales realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado en Boulder en octubre de 1991, y la Conferencia Trinacional y el Seminario Internacional sobre la experiencia norteamericana en la ordenación de sistemas fluviales internacionales, celebrados respectivamente en la Isla de Gasparilla en abril de 1991 y en Bellagio en diciembre de 1992.

20. Debido a su enfoque detallado y su precisión, el Proyecto de Bellagio ahorraría un tiempo y un esfuerzo considerables a la Comisión de Derecho Internacional. Utilizando como base este Proyecto, que tiene ya un amplio prestigio internacional, la Comisión podría iniciar la redacción de su propio proyecto de normas, y posteriormente, de su proyecto de convención.

21. El Proyecto de Bellagio sería útil sobre todo porque en él ya se identifican las cuestiones que abarca el derecho internacional de los recursos de agua transfronterizos y se proponen disposiciones concretas y avanzadas para cada una de las cuestiones, junto con comentarios sustantivos bien fundados. El proyecto contiene una buena cantidad de definiciones importantes y de disposiciones encaminadas a satisfacer los objetivos generales del proyecto de artículos, a crear un mecanismo institucional, a prever su cumplimiento y las responsabilidades de supervisión, a establecer y mantener una base de datos, a proteger la calidad del agua, a crear zonas de conservación de las aguas subterráneas transfronterizas, a establecer principios y criterios para la adopción de planes de gestión amplios, a hacer frente a las emergencias de salud pública, a prever el agotamiento planificado de un acuífero, a realizar transferencias transfronterizas, a planificar medidas para casos de sequía, a realizar investigaciones en bien del interés público, a tener en cuenta el régimen de derechos y obligaciones existentes, a salvar las diferencias y a solucionar las controversias.

### Bienes comunes de la humanidad, por el Sr. Christian Tomuschat

1. Uno de los temas considerados para su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión es el de los «Bienes comunes de la humanidad». El objetivo del presente análisis es tratar de determinar si el tema es adecuado para su estudio y para su posible codificación y desarrollo jurídico posterior.

#### 1. EL CONCEPTO DE LOS BIENES COMUNES DE LA HUMANIDAD

2. La expresión «bienes comunes de la humanidad» se ha utilizado ampliamente en los últimos años. Pese a su aparición frecuente, incluso en documentos jurídicos, su alcance y su significado no son enteramente claros. No existe una definición jurídica establecida. Hay, a nuestro entender, dos categorías de elementos que suelen considerarse cuando se hace referencia a los bienes comunes de la humanidad.

3. Por una parte, se trata de las zonas o espacios no sujetos a jurisdicción nacional. En este sentido, los bienes comunes de la humanidad incluyen los territorios que no pertenecen a ningún Estado, entre los que cabe citar, en primer lugar, la Antártida, la alta mar y los espacios por encima y por debajo del nivel del mar fuera de las zonas bajo jurisdicción nacional, incluidos los fondos marinos y su subsuelo, y el espacio ultraterrestre, incluidos la Luna, los demás planetas y las estrellas, en la medida en que no están en forma alguna sujetos a la dominación del ser humano.

4. Por otra parte, puede considerarse también que los bienes comunes de la humanidad incluyen los recursos ambientales que no pueden ser controlados totalmente por el hombre, a saber, el aire y el agua, así como el clima

mundial resultante de la interacción del aire, el agua y las condiciones topográficas con el Sol. En un sentido aún más amplio, los bienes comunes de la humanidad incluirían la fauna y la flora terrestres, dondequiera que estén situadas.

5. Parece evidente a primera vista que no es fácil agrupar todos estos elementos dispares. Por otra parte, es de conocimiento público que algunos de ellos, por lo menos, ya están reglamentados en instrumentos internacionales. Así pues, el primer paso debe consistir en determinar si los diferentes elementos constitutivos de los bienes comunes de la humanidad están sujetos a reglas concretas con arreglo a tratados en vigor o que están por entrar en vigor, y en caso afirmativo, en qué medida. Dejaremos de lado por el momento las normas generales del derecho consuetudinario que han evolucionado en los últimos decenios, ya que las normas consuetudinarias tienen siempre un cierto grado de fluidez. En consecuencia, la existencia de un derecho consuetudinario no sería un obstáculo para renovar los esfuerzos de codificación y desarrollo progresivo.

#### 2. TRATADOS APLICABLES A LOS BIENES COMUNES DE LA HUMANIDAD

##### a) Zonas o espacios que constituyen bienes comunes de la humanidad

6. En lo que concierne a los océanos terrestres, es bien sabido que su régimen ha quedado reglamentado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar va mucho más allá de las normas rudimentarias contenidas en la Convención de Ginebra sobre



la Alta Mar, y se dedica en ella todo un capítulo (Parte XII) al medio marino. Su postura básica está consagrada en el artículo 192, según el cual «los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino». En las disposiciones siguientes se aclara más esa norma.

7. En lo que respecta a «la Zona», es decir, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (párrafo 1.1 del artículo 1), se prevén en la Convención (artículo 145) varias medidas concretas que deberá adoptar la Autoridad de los Fondos Marinos. Sería ciertamente difícil mejorar este régimen en un instrumento general que abarcara los bienes comunes de la humanidad en su totalidad. De todos modos, ello entrañaría una enmienda de la Convención en una etapa en que ni siquiera ha entrado en vigor.

8. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no es el único instrumento que reglamenta las actividades relacionadas con los océanos del mundo. Se han formalizado bajo los auspicios de la OMI muchos tratados que abarcan temas tales como los derramamientos de petróleo y el vertimiento de desechos, incluidos los desechos nucleares. En el Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua se prohíben todos los ensayos nucleares debajo del agua. Aunque es posible que haya algunas lagunas, las principales amenazas ambientales están así sujetas a reglamentación jurídica.

9. Cabe mencionar también que existen varios tratados regionales cuyo objetivo principal es prevenir la contaminación de los mares desde fuentes terrestres.

10. En lo que respecta a la Antártida, en 1991 se formalizó un Protocolo al Tratado Antártico sobre la Protección del Medio Ambiente. No sería sensato presentar propuestas tendientes a modificar el régimen previsto en ese Protocolo.

11. El espacio ultraterrestre se sometió a reglamentación jurídica en 1967 mediante el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, inclusive la Luna y otros cuerpos celestes. El Tratado no se ocupa directamente de cuestiones relacionadas con el medio ambiente, aunque podría pensarse que las prohibiciones contenidas en el párrafo 1 del artículo 4, que tienen básicamente por fin prohibir las armas nucleares y otras armas de destrucción en masa, tienen los mismos efectos beneficiosos para los bienes comunes de la humanidad. El Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes va un paso más allá al disponer en su artículo 7 que al explorar y utilizar la Luna, los Estados Partes deben adoptar medidas para impedir que se perturbe el equilibrio de su medio ambiente. Sin embargo, hasta el momento no han surgido problemas prácticos que requieran la adopción de medidas de protección adicionales.

#### b) Recursos ambientales

12. Es obviamente redundante declarar que es imposible mantener el aire dentro de las fronteras nacionales.

Según los conocimientos de que se dispone actualmente, el aire flota alrededor de la Tierra. En consecuencia, toda interferencia con la pureza original del aire tiene repercusiones en otros lugares. Sin embargo, las reglamentaciones internacionales sólo pueden llegar hasta un cierto punto en lo referente a establecer un régimen jurídico para cualquier actividad humana que afecte la calidad del aire, dado que no hay prácticamente actividad humana que no tenga en mayor o menor medida repercusiones sobre las condiciones atmosféricas. En consecuencia, se han seguido en la práctica criterios restrictivos. En primer lugar, las reglamentaciones internacionales se han concentrado en la contaminación del aire de carácter claramente perceptible a nivel internacional. En segundo lugar, los esfuerzos por reducir la contaminación del aire se han concentrado, como es natural, en los factores que exceden un cierto nivel de gravedad. El ejemplo más destacado de tratado encaminado a combatir la contaminación del aire es la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Ahora bien, este instrumento, con sus tres protocolos adicionales, sólo es aplicable a la región de Europa. Surgió de los trabajos preparatorios realizados en el seno de la CEE. Hasta el momento, ninguna otra región del mundo ha seguido sus pasos. No existe tampoco ningún instrumento obligatorio internacional de carácter mundial.

13. El agua tiene cualidades similares a las del aire. Se mueve constantemente mediante la evaporación y la lluvia. En consecuencia, es imposible mantener el agua confinada para siempre en una nación, excepto tal vez en lo que respecta a las reservas de aguas subterráneas que, si no se utilizan, pueden permanecer sin cambios durante siglos. Por otra parte, el agua es un recurso mucho más estable que el aire, dado que la evaporación y el correr de los ríos son procesos relativamente lentos que el hombre puede en alguna medida controlar. Por estas razones, las reglamentaciones jurídicas no se han ocupado nunca del agua como tal, sino que se ha procurado en cambio establecer en ellas normas para reglamentar el agua de los ríos, los lagos, los mares y los océanos. Como se ha demostrado en los debates de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, los Estados consideran las aguas de los ríos que corren a través de sus territorios como un recurso sujeto a la soberanía nacional, aunque reconocen que debe haber algunos compromisos internacionales que restrinjan su uso. En todo caso, el concepto de un recurso compartido—incluso entre los Estados ribereños de un sistema fluvial internacional—nunca ha sido aceptado por la Comisión.

14. Según las investigaciones científicas, la capa de ozono tiene una importancia particular, en la medida en que previene que la radiación ultravioleta perniciosa para la vida llegue a la superficie de la Tierra. A este respecto, la comunidad internacional ha adoptado medidas mediante la aprobación del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono que fue posteriormente complementado por el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. Tampoco aquí queda mucho por hacer. En todo caso, no cabría mejorar ese régimen en un instrumento general relativo a los bienes comunes de la humanidad en su totalidad.

15. Por último, cabe mencionar la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Como lo indica su título, la Convención se ocupa de manera concreta de todas las cuestiones relacionadas con el clima mundial. Aunque sólo se establece en ella un marco general, es preciso tener presente que cualquier instrumento destinado a reglamentar los bienes comunes de la humanidad en su totalidad debería limitarse a establecer principios bastante amplios. Por su propia naturaleza, no sería posible entrar en detalles.

16. En resumen, existe ya en el momento actual una amplia red de normas jurídicas que protegen los bienes comunes de la humanidad. Esas normas no son plenamente satisfactorias. No es difícil tampoco señalar a la atención las deficiencias y las lagunas que caracterizan el panorama global. Por otra, las posibilidades de lograr avances innovadores son, como es evidente, bastante limitadas. En las esferas importantes, donde pueden percibirse amenazas ambientales significativas, los instrumentos existentes contienen reglamentaciones más detalladas de lo que podría incluirse en un conjunto de principios o normas sobre los bienes comunes de la humanidad.

17. Podría abrirse un capítulo totalmente nuevo si se considerase que la fauna y la flora mundiales, cualquiera que sea su ubicación territorial, también deberían considerarse parte de los bienes comunes de la humanidad. Evidentemente, ese concepto estaría en contra de muchas opiniones tradicionales sobre la soberanía nacional. Sin embargo, existen a nivel regional varios tratados encaminados a proteger la fauna y la flora silvestres amenazadas de extinción. En la Conferencia de Río se aprobó también el Convenio sobre la diversidad biológica. Una vez más, parece haberse llegado a los límites de lo que resulta por el momento aceptable a nivel internacional.

### 3. PRINCIPALES DIFICULTADES QUE PLANTEA UN PROYECTO ENCAMINADO A PROTEGER LOS BIENES COMUNES DE LA HUMANIDAD

18. En las observaciones anteriores ya se han indicado algunas de las dificultades con que tropezaría un proyecto sobre los bienes comunes de la humanidad.

19. Todos los tratados en vigor son concretos. En ellos se establece o bien un régimen general para un elemento determinado de los bienes comunes de la humanidad (por ejemplo la Antártida, la alta mar, el espacio ultraterrestre) o se procura contrarrestar una amenaza ambiental concreta (por ejemplo la contaminación atmosférica). Resultó así posible adaptar el régimen en cuestión a las características específicas del tema y elaborar normas que deberían aplicarse directamente y no sería necesario detallar y concretar en distintas etapas legislativas. Si la Comisión se propusiera redactar normas para todos los bienes comunes de la humanidad, con sus características divergentes, esas normas deberían redactarse a un nivel tal de abstracción que sería casi imposible hacer progresos en comparación con la Declaración sobre el Medio

Humano<sup>1</sup> o la reciente Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>2</sup>.

20. Si la orientación general consiste en establecer un régimen jurídico para los bienes comunes de la humanidad como un todo, se trataría en última instancia de exhortar a los Estados a que adoptaran medidas de precaución de modo que las actividades llevadas a cabo en sus territorios no perjudicaran los recursos que constituyen una condición para la existencia de la humanidad. Sin embargo, un régimen de ese tipo no podría distinguirse de un régimen encaminado a proteger la integridad territorial de los demás Estados. Esto es especialmente cierto en el caso de la contaminación atmosférica. La mayor parte de la contaminación que afecta negativamente los océanos proviene del aire. Para mantener intacto el medio marino, es preciso entonces reducir las fuentes de contaminación del aire basadas en la tierra, es decir, en los territorios bajo jurisdicción nacional. Sin embargo, las mismas fuentes de contaminación perjudican a los Estados vecinos. En consecuencia, lo que se necesita es un régimen para la contaminación atmosférica cuyos parámetros se determinen teniendo en cuenta, al mismo tiempo, el daño que puede causarse a los bienes comunes de la humanidad y el daño que puede causarse a otros Estados. Sería sumamente artificial, si no imposible, elaborar normas de prevención diferentes según la identidad de la posible víctima. La responsabilidad es una cuestión diferente. A este respecto, las normas clásicas no proporcionan respuestas, ya que se supone en ellas una relación bilateral entre un Estado autor y un Estado víctima.

21. Hay una última dificultad que se desprende del hecho de que la Comisión tiene en su programa el tema bien conocido relativo a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Con arreglo a las decisiones adoptadas en el 44.º período de sesiones<sup>3</sup>, la labor sobre este tema debe llevarse a cabo, en primer término, mediante el estudio de todos los aspectos pertinentes relacionados con la prevención. Como se señaló *supra*, la prevención es un concepto unitario, destinado a evitar que se produzcan efectos nocivos sin tener en cuenta el lugar. Al incluir en su programa como nuevo tema la cuestión de los bienes comunes de la humanidad, la Comisión duplicaría necesariamente la labor ya llevada a cabo con arreglo al tema de las consecuencias perjudiciales. Sería entonces preferible tener presente la necesidad de proteger los bienes comunes de la humanidad al redactar un código sobre los deberes de prevención. Cualquier otra decisión llevaría inevitablemente a debates interminables y estériles acerca de la delimitación de los dos temas.

<sup>1</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S 73 II A 14 y corrección), primera parte, cap I

<sup>2</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF 151/26/Rev 1 (vol I, vol I/Corr I, vol II, vol III y vol III/Corr 1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S 93 I 8 y corrección), vol I. Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución I, anexo I

<sup>3</sup> Anuario 1992, vol II (segunda parte), párrs 343 a 349

## 4. CONCLUSIONES

22. No es recomendable incluir un tema sobre los «Bienes comunes de la humanidad» en el programa a largo plazo de la Comisión.
23. Las preocupaciones en que se ha basado la sugerencia de incluir ese tema en el programa de trabajo de la

Comisión pueden satisfacerse en buena medida mediante la elaboración de normas apropiadas de prevención dentro del marco del tema relativo a las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Sería ciertamente recomendable cambiar oportunamente el título de ese tema a fin de reflejar más claramente su nueva orientación.

## Derechos y obligaciones de los Estados en lo que respecta a la protección del medio ambiente humano, por el Sr. Chusei Yamada

## 1. IDEAS GENERALES

1. En las conclusiones del Foro sobre el Derecho Internacional del Medio Ambiente, celebrado en abril de 1990 en Siena (Italia), se señalaba correctamente que, desde la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano<sup>1</sup>, ha habido muchos acontecimientos importantes en el ámbito del derecho internacional del medio ambiente. Su situación actual se caracteriza por una abundancia de convenciones y otros instrumentos internacionales que abarcan varias esferas y forman una verdadera red de derechos y obligaciones de los Estados. Esto debe considerarse un logro importante del derecho internacional contemporáneo.

2. Sin embargo, la red de obligaciones contenidas en las convenciones internacionales tiene algunas lagunas. Algunas esferas, en particular las relacionadas con problemas mundiales, no están todavía plenamente cubiertas. La aplicación de las convenciones, tanto a nivel interno como internacional, no es siempre satisfactoria.

3. El enfoque sectorial adoptado en la finalización de las convenciones, dictado a menudo por la necesidad de responder a necesidades concretas, acarrea el riesgo de perder de vista la necesidad de un enfoque integrado de la prevención de la contaminación y el deterioro continuados del medio ambiente.

4. El derecho consuetudinario en la esfera de la protección del medio ambiente está en una etapa preliminar de desarrollo. El desarrollo de principios generales en forma de una convención con el fin de llenar las lagunas existentes en las convenciones y garantizar la protección de los bienes comunes de la humanidad sería, en consecuencia, una tarea difícil y compleja pero importante para la Comisión de Derecho Internacional.

5. Cabe recordar a este respecto que en el «Examen de conjunto del derecho internacional»<sup>2</sup>, preparado por la secretaría para que la Comisión de Derecho Internacional seleccionara una lista de temas que habrían de incluirse en su programa de trabajo a largo plazo, se dedicaba un capi-

tulo al derecho relativo al medio ambiente a fin de señalar a la atención de la Comisión el desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera.

6. Se propone que el título del tema sea «Derechos y deberes de los Estados para la protección del medio ambiente» en lugar de «Medio ambiente humano». Cuando se propuso el título en el 44.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, el autor tuvo presente la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, pero si se limitara el alcance del tema al medio humano se limitarían demasiado la eficacia y la utilidad de los resultados a la luz de los desarrollos conceptuales recientes en la esfera del medio ambiente.

## 2. DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

7. Una breve exposición del desarrollo histórico del derecho internacional del medio ambiente puede proporcionar sugerencias útiles en cuanto a lo que habría que hacer en esta esfera.

8. Las características de los problemas tradicionales del medio ambiente, que han sido temas del derecho internacional desde el período entre las dos guerras mundiales, son que esos problemas surgían normalmente entre dos naciones vecinas, con lo que la identificación de los contaminantes y de las víctimas era relativamente fácil, y que la controversia bilateral entre los Estados afectados y los Estados que causaban el efecto era del tipo que podía resolverse mediante la aplicación del principio de la buena vecindad. Un ejemplo típico de este tipo de controversia fue el arbitraje del asunto *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*<sup>3</sup>, que se resolvió en 1941.

9. Las normas de derecho internacional de este tipo se basan en la premisa de la igualdad soberana de los Estados, y en que se espera que los Estados ejerzan la debida diligencia para supervisar las actividades económicas dentro de su territorio de modo que ellas no causen ningún daño a otros Estados; *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

10. La característica de este tipo de derecho internacional del medio ambiente es que está encaminado funda-

<sup>1</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14 y corrección), primera parte, cap. I.

<sup>2</sup> Anuario... 1971, vol. II (segunda parte), pág. 1, documento A/CN.4/245.

<sup>3</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

mentalmente hacia el logro de la coordinación equilibrada de la soberanía territorial exclusiva de los Estados y que no está en consecuencia encaminado a proteger el medio ambiente mundial.

11. Cuando, en una etapa posterior, la degradación del medio ambiente dejó de afectar solamente a los Estados vecinos y empezó a causar también daños en zonas más amplias, se observó una tendencia a modificar las normas de derecho internacional aplicables.

12. En las convenciones que se ocupan de los daños causados por la contaminación del océano y de las actividades sumamente peligrosas, como las actividades espaciales o nucleares, ha empezado a introducirse el principio de la responsabilidad por los riesgos (que consiste en imponer a un cierto nivel la responsabilidad absoluta a los que crean el riesgo para la sociedad), aparte del principio tradicional de la responsabilidad basada en la negligencia.

13. Sin embargo, no hay ninguna convención general que estipule los derechos y obligaciones de los Estados sobre las actividades sumamente peligrosas, con la excepción de las convenciones sobre actividades concretas, y el contenido de los derechos y obligaciones descritos en ellas no es amplio.

14. Con la notable ampliación de la economía y el crecimiento explosivo de la población en los últimos años, los problemas mundiales, como la destrucción de la capa de ozono y el cambio climático, se han convertido en temas importantes del derecho internacional.

15. Los problemas del medio ambiente mundial, como el cambio climático, la destrucción de la capa de ozono, la diversidad biológica y los bosques tropicales, se caracterizan por daños graduales, pero muy extendidos y de larga duración, al medio ambiente como resultado de una combinación de distintas actividades en distintos países.

16. Estos problemas, por ser preocupaciones comunes de la humanidad, dan lugar a una cuestión totalmente nueva con respecto a los derechos y obligaciones de los Estados, que va más allá de la relación tradicional de obligaciones recíprocas entre los Estados, y que adopta la forma de obligaciones *erga omnes* u «obligaciones generales» en su contenido, su naturaleza y su método de ejecución.

17. Desde este punto de vista, el principio de la obligación general de los Estados en lo que respecta a la protección del medio ambiente creado por varias convenciones sobre el medio ambiente tiene una importancia significativa como principio básico de derecho internacional (por ejemplo el principio contenido en el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención para la protección de la capa de ozono).

### 3. FORMA DEL DOCUMENTO QUE DEBERÍA REDACTARSE

18. En lo que respecta a la forma del instrumento relativo al medio ambiente, sería apropiado considerar la posibilidad de redactar un convenio marco en el que se establecieran derechos y obligaciones generales de los Estados y que fuera más allá de las esferas específicas y

los aspectos concretos del medio ambiente. Mediante la elaboración de normas de derecho internacional comunes a todos los problemas ambientales actuales y futuros podría ser posible llenar las lagunas existentes en las convenciones vigentes y mantener en alguna medida bajo el control del derecho internacional los nuevos problemas ambientales que están surgiendo. Esto contribuiría a evitar que hubiera lagunas en las normas aplicables, incluso en ausencia de convenios pertinentes. Se promovería al mismo tiempo la identificación temprana de los posibles problemas ambientales y el establecimiento de disposiciones más concretas en convenios específicos. Huelga decir que el objetivo de ese convenio marco no sería sustituir los convenios individuales, cuya formalización debería promoverse para lograr una protección más eficaz del medio ambiente. El convenio que se está considerando establecería normas comunes que se relacionarían con las distintas convenciones existentes; en los convenios individuales sobre temas concretos se incluirían detalles complementarios.

### 4. POSIBLE ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

19. En vista del desarrollo histórico del derecho internacional y de la situación actual que enfrenta la comunidad internacional (véanse párrafos 7 a 17 *supra*), podría considerarse el siguiente esquema de los derechos y obligaciones generales de los Estados en esta esfera.

#### I. Principios generales

##### A. Términos utilizados

(Definición de términos como «medio ambiente», «contaminación», «daño», «lesión», «perjuicio» y «riesgo» para el medio ambiente, etc.)

##### B. Consecuencias jurídicas de las «obligaciones generales» de los Estados con respecto a la comunidad internacional

##### C. El principio de la responsabilidad de los Estados de garantizar que las actividades dentro de su jurisdicción o su control no causen daño al medio ambiente

##### D. Principios relativamente nuevos

1. El concepto del «desarrollo sostenible» —responsabilidad para con las generaciones venideras

2. Responsabilidades comunes pero diferenciadas con respecto a los intereses de toda la humanidad —consideración de las situaciones especiales de los países en desarrollo

3. Armonización de la política ambiental y la política comercial

#### II. Normas sustantivas y de procedimiento

##### A. Normas básicas

1. Responsabilidad en las relaciones de buena vecindad

2. Responsabilidad relacionada con las actividades de alto riesgo
  3. Aplicabilidad del principio de que el contaminante debe pagar
  4. Protección del medio ambiente mundial como un todo
- B. Cooperación internacional  
(Intercambio de información, consultas, evaluaciones ambientales, etc.)
- C. Principios relativos a la distribución de la responsabilidad
1. Responsabilidad resultante de negligencia
  2. El principio de la responsabilidad estricta o absoluta
  3. Responsabilidad de prever recursos (por ejemplo, responsabilidad de una empresa matriz y/o un Estado a que pertenece una empresa matriz con respecto a las actividades de sus subsidiarias que son nocivas para el medio ambiente)
- D. Procedimiento para el arreglo de controversias
1. Procedimiento internacional para el arreglo de controversias
    - a) Arbitraje y/o decisión de organizaciones internacionales competentes
    - b) Cuestión de la jurisdicción de la CIJ con respecto a las controversias ambientales
    - c) Admisibilidad de la *actio popularis* en la esfera de las controversias sobre el medio ambiente mundial
  2. Procedimiento interno para el arreglo de controversias — igualdad de acceso de los no residentes a los tribunales nacionales
- III. Medidas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones
- A. Clasificación de las obligaciones según su naturaleza y su relación con los métodos para asegurar su cumplimiento
- B. Medidas de aplicación directa
1. Aplicación por las organizaciones internacionales, establecimiento de normas dentro del marco de las organizaciones internacionales, sistema de elección, sistema de compromiso y examen, etc.
  2. Aplicación a través de las leyes nacionales — incluidas las cuestiones de los principios relativos a la jurisdicción de los Estados y a los aspectos extraterritoriales de las medidas nacionales unilaterales de un Estado
3. Cuestión del vínculo entre los convenios marco y los protocolos de aplicación
- C. Medidas de aplicación indirecta
- D. Medidas de disuasión
1. Observación del cumplimiento de las obligaciones al nivel internacional
  2. Medidas adoptadas por la sociedad internacional con respecto a un Estado que ha cometido algunos actos nocivos para el medio ambiente
    - a) Imposición de multas e impuestos
    - b) Sanciones económicas, incluidas restricciones comerciales y suspensión de la ayuda
    - c) Otras medidas
- E. Medidas de incentivo
1. Transferencia de fondos y tecnología, incentivos fiscales
  2. Mecanismo internacional para compartir la carga financiera
  3. Establecimiento de mecanismos de seguros de responsabilidad
5. PERSPECTIVAS FUTURAS DE LA LABOR  
DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL  
CON RESPECTO A ESTE TEMA
20. Esta lista es evidentemente ambiciosa. La Comisión decidirá oportunamente qué subtemas deberían considerarse en forma prioritaria.
21. Es preciso asegurar que la convención de que se trata sea compatible y se armonice con otros temas relacionados con problemas ambientales (especialmente el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional; y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad) de que está ocupándose actualmente la Comisión.
22. Considerando que el instrumento previsto en este tema debería ser un convenio marco amplio, algunos de los temas enumerados en el punto 4 *supra* podrían constituir una duplicación del contenido de trabajos que ya están en marcha en la Comisión, cosa que, naturalmente, sería conveniente evitar en la futura labor.



## LISTA DE DOCUMENTOS DEL 45.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/445	Programa provisional	Mimeografiado. Para el programa aprobado, véase <i>Anuario... 1993</i> , vol. II (segunda parte), cap. I, párr. 11
A/CN.4/446	Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General	Mimeografiado.
A/CN.4/447 y Add.1 a 3	El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.—Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/448 y Add.1	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional en su 43.º período de sesiones. — Comentarios y observaciones de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/449	Undécimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/450	Noveno informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/451	Primer informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/452 y Add.1 a 3	Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional.—Observaciones de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/453 y Add.1 a 3	Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/454	Esquemas preparados por miembros de la Comisión sobre temas seleccionados de derecho internacional	Ídem.
A/CN.4/L.479	Informe del Grupo de Planificación. — Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.460 [y Corr.1] y Add.1	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. — Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción: segunda parte	Texto reproducido en <i>Anuario... 1993</i> , vol. I, acta resumida de la 2318.ª sesión (párr. 3).
A/CN.4/L.481	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones: capítulo I (Organización de los trabajos del período de sesiones)	Mimeografiado. Para el texto aprobado, véase <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/48/10)</i> . Para el texto definitivo, véase <i>Anuario... 1993</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.482 [y Corr.1] y Add.1 [y Rev.1]	Ídem: capítulo II (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	Ídem.
A/CN.4/L.483	Ídem: capítulo III (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	Ídem.
A/CN.4/L.484 [y Corr.1] y Add.1 a 7	Ídem: capítulo IV (Responsabilidad de los Estados)	Ídem.
A/CN.4/L.485	Ídem: capítulo V (El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación)	Ídem.
A/CN.4/L.486	Ídem: capítulo VI (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.487 [y Corr.1]	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional — Títulos y textos aprobados por el Comité de Redacción artículos 1, 2, 11, 12 y 14	Texto reproducido en <i>Anuario 1993</i> , vol. I, acta resumida de la 2318ª sesión (párr. 58)
A/CN.4/L.488 y Add.1 [y Corr.1] y Add.2 a 4 [y Corr.1]	Informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	Mimeografiado
A/CN.4/L.489	Proyectos de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, con los comentarios correspondientes, aprobados por la Comisión en segunda lectura artículos 1 a 6 y 8 a 10	Texto reproducido en <i>Anuario 1993</i> , vol. I, acta resumida de la 2322ª sesión (párr. 5)
A/CN.4/L.490 y Add.1	Informe revisado del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	Reproducido en <i>Anuario 1993</i> , vol. II (segunda parte), documento A/48/10, anexo
A/CN.4/SR.2295-A/CN.4/SR.2327	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2295ª a 2327ª	Mimeografiado El texto definitivo figura en <i>Anuario 1993</i> , vol. I





---

### كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم استلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف

#### 如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

#### HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

#### COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

#### КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу Организация Объединенных Наций Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

#### COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

---